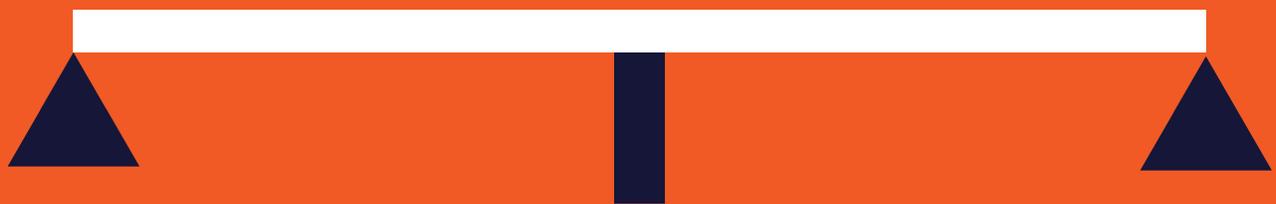


# EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CASOS **NO** PENALES EN AMÉRICA LATINA



## DIRECCIÓN

ÁNGELA E. LEDESMA

## INVESTIGADORES

FERNANDO GARCÍA | CLAUDIO GIACIN | GUSTAVO VEGA



Affaires mondiales  
Canada

Global Affairs  
Canada



## ¿Qué es CEJA?

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un organismo internacional autónomo creado en 1999 por resolución de la Asamblea General de la OEA, dando cumplimiento de ese modo al Plan de Acción de la Segunda Cumbre de las Américas en 1998 y las recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA).

La misión de CEJA es apoyar a los estados de la región en sus procesos de reforma a la justicia, para lo cual desarrolla actividades de capacitación, estudios e investigaciones empíricas, entre otras acciones.

[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)

 @CEJAoficial

 @CEJAoficial

 /CEJAoficial



Affaires mondiales  
Canada

Global Affairs  
Canada

## ¿Qué es GAC?

Global Affairs Canada gestiona las relaciones diplomáticas y consulares de Canadá, promueve el comercio internacional del país y lidera el desarrollo internacional y la asistencia humanitaria de Canadá.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)  
Rodó 1950, Providencia  
Santiago, Chile  
Tel.: 56 2 22742933  
[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)

**Directora**

Ángela E. Ledesma

**Investigadores**

Fernando García

Claudio Giacín

Gustavo Vega

**El rol del Ministerio Público en casos no penales en América Latina**

Registro de Propiedad Intelectual: A-297092

ISBN: 978-956-8491-55-0

Publicado en Santiago de Chile

**Diseño de Portada**

Carolina Mardones

**DISTRIBUCIÓN GRATUITA**

Las opiniones expresadas en los informes nacionales son de exclusiva responsabilidad de los autores y autoras.

## Contenido

<b>Presentación</b> .....	3
<b>1. Primera parte: Marco Teórico</b> .....	5
1.1. Antecedentes y evolución histórica .....	5
1.2. Razones para justificar la necesidad de regular funciones no penales en los Ministerios Públicos .....	18
1.3. Estado de situación normativa en América Latina .....	26
1.4. Corolario .....	40
<b>2. Segunda parte: Estudios por País</b> .....	42
<b>2.1. Introducción</b> .....	42
<b>2.2. Reglas generales</b> .....	53
2.2.1. Argentina .....	53
2.2.2. Brasil .....	53
2.2.3. Colombia.....	54
2.2.4. Perú.....	54
<b>2.3. Organigramas del Ministerio Público Fiscal (no penal)</b> .....	55
2.3.1. Argentina .....	55
2.3.2. Brasil .....	59
2.3.3. Colombia.....	60
2.3.4. Perú.....	62
<b>2.4. Función principal</b> .....	65
2.4.1. Argentina .....	65
2.4.2. Brasil .....	67
2.4.3. Colombia.....	70
2.4.4. Perú.....	71
<b>2.5. Análisis jurisprudencial por materias o fueros en Argentina</b> .....	72
2.5.1. Materia comercial.....	72
2.5.2. Materia civil .....	81
2.5.3. Materia laboral .....	86
2.5.4. Materia seguridad social .....	95
2.5.5. Materia contencioso administrativo .....	97
2.5.6. Materia electoral .....	102
2.5.7. Materia ambiental .....	104
2.5.8. Políticas públicas trascendentes (Procesos colectivos e intereses difusos) .....	105
<b>2.6. Ministerio Público Fiscal: nuevos desafíos en causas que no admiten demora</b> .....	113

<b>2.7. Aspectos especiales</b> .....	116
2.7.1. Superposición de competencias y diferencias entre la función del Fiscal no penal y el Defensor del Pueblo. Ausencia de designación del ombudsman, cuándo debe actuar y motivo de intervención del fiscal en su lugar asumiendo su rol...	116
2.7.2. Superposición de competencias entre el Fiscal no penal y el defensor Oficial (Ministerio Público de la Defensa) .....	118
<b>2.8. Conclusiones</b> .....	119
<b>2.9. Índice de abreviaturas</b> .....	121

## Presentación

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) organismo internacional del Sistema Interamericano, durante casi 20 años ha llevado a cabo su misión de apoyar a los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) en los procesos de reforma y modernización de sus sistemas de justicia.

En los años recientes, CEJA ha comenzado a estudiar y trabajar en los sistemas de justicia civil, ampliando así su campo de acción, que inicialmente se centró en la contribución a las reformas procesales penales, en concordancia con las significativas transformaciones que han experimentado los sistemas de justicia penal de América Latina en las últimas décadas.

Parte de estos cambios ha sido el otorgamiento de nuevas funciones al Ministerio Público, que ha pasado a constituirse en el órgano encargado de la persecución penal. Sin embargo, lo anterior no ha limitado las funciones del Ministerio Público exclusivamente al proceso penal. El Ministerio Público también actúa en otras áreas del derecho y sub sistemas de justicia, si bien estas intervenciones se dan con características distintas. Estas actuaciones están marcadas por el particular carácter de la institución, arraigado desde su nacimiento y caracterizado por alinearse con los intereses públicos que tutela el Estado.

El Ministerio Público históricamente se gestó como respuesta a la necesidad de resguardar los grandes intereses de la sociedad. Esto lo erigió en defensor del sistema de legalidad dentro del Estado de Derecho, actuando por la sociedad, mediante su facultad de fiscalización.

En el contexto del objetivo de estudiar en profundidad los sistemas de justicia, CEJA con el apoyo de Global Affairs Canada (GAC), en el marco del proyecto “Mejorando el acceso a la Justicia Civil en América Latina”, presenta el estudio “El rol del Ministerio Público en casos no penales en América Latina”. La publicación busca identificar las funciones que cumplen los Ministerios Públicos en América Latina en el ámbito no penal y examinarlas a la luz de su origen y evolución, como, asimismo, en el contexto de la naturaleza de la institución y del rol que ocupa dentro de los sistemas de justicia.

El estudio comienza con un marco teórico que examina la evolución histórica de la figura del Ministerio Público, las razones que justifican la necesidad de regular funciones no penales, y el estado de la situación normativa en torno a los Ministerios Públicos en América Latina. Luego, se abordan los estudios por país, presentando los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú, en cuanto a la evolución de sus fiscalías y su organización, funciones y reglas que las rigen. Finalmente, se presenta un análisis jurisprudencial por materias o fueros, realizado únicamente en el caso de Argentina, ante lo cual destacamos la necesidad de profundizar en un análisis de esta naturaleza en los otros países objeto de estudio, en cuanto restan importantes preguntas de investigación por responder.

Ponemos a disposición de los y las interesadas el presente estudio dirigido por Ángela

Ledesma y llevado a cabo por Fernando Ariel García, Claudio Héctor Giacín y Gustavo Javier Vega. Esperamos que esta investigación aporte a la reflexión en torno a las nuevas dimensiones que ha adquirido la labor de los Ministerios Públicos. Éstas, si bien aún son incipientes, tienden a comprometerse directamente con los intereses detrás del conflicto individual, logrando un papel protagónico en la defensa de los intereses generales. Este rol del Ministerio Público resulta fundamental para procurar dar garantía de un efectivo y eficaz acceso a la justicia, actuando como nexo entre la sociedad y el Poder Judicial, como ocurre en los ejemplos estudiados.

Jaime Arellano Quintana  
Director Ejecutivo  
Centro de Estudios de Justicia de las Américas

# 1. Primera parte: Marco Teórico

Por Angela Ledesma

## 1.1. Antecedentes y evolución histórica

### 1.1.1. Aspectos generales

La investigación principal habrá de girar sobre la base de un conjunto de datos empíricos y experienciales unidos a la confrontación de la realidad procedimental con los criterios teóricos aceptados por el desarrollo de la disciplina procesal civil. El sistema escriturista, a cargo de jueces que proceden habitualmente mediante delegaciones y donde todo lo que es acto se convierte en acta -generándose una burocracia farragosa e ineficaz, distanciada de la sociedad y peligrosa para las garantías individuales, donde el juzgamiento se produce a través de una retórica que, por lo general, solo toma en cuenta un expediente- dista de aproximarse a lo querido en los modelos constitucionales y por el propio modelo convencional de justicia sobre tan importante materia, acercándose más a los modelos de actuación autoritarios de las monarquías que a los requerimientos de las repúblicas democráticas y, en diversas ocasiones, poco tiene que ver con las necesidades sociales derivadas de la solución de los conflictos civiles<sup>1</sup>.

Con relación al Ministerio Público en el proceso penal se pregunta Vázquez Rossi: ¿De dónde viene la institución? ¿Qué ha sido, qué es y qué queremos que sea? ¿Para qué? ¿Cuáles serán sus auténticas funciones dentro de un sistema penal democrático? Estas son las mismas cuestiones que hoy nos convocan en torno a lo civil.

En términos generales, conforme con los antecedentes que se han relevado y que se refieren a continuación, hay coincidencia en que la institución se perfila desde los inicios con los intereses públicos que tutela el Estado, sea por expropiación a las víctimas, sea con un carácter protectorio del patrimonio estatal o de aquellos a quienes por su incapacidad, ya sean menores, ciudadanos con discapacidad o capacidades diferentes o simplemente por contar con declaración de pobreza, hoy podrían englobarse como grupos en condición de vulnerabilidad.

Como bien se ha dicho: “No es una figura exclusiva del proceso penal, porque su intervención se conoce en otros campos procesales, aunque en rigor actúe en ellos con caracteres o en circunstancias muy distintos de los que definen su participación en el cuadro de la justicia criminal”<sup>2</sup>.

Según Ayarragaray: “La idea de establecer intermediarios entre el trono y los

1 Cfr. Vázquez Rossi Jorge, “Ideas en torno al papel del Ministerio Público en el moderno proceso penal”, Jurisprudencia Argentina, T. 1989-IV, Buenos Aires, pág. 816.

2 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene, Ricardo (H), “Derecho Procesal Penal, T. I”, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, Año 1945, pág. 367.

depositarios del poder delegado, para no permitir al soberano el ejercicio de la acusación y la persecución de los culpables, nació de la necesidad inmediata de defender los grandes intereses de la sociedad atacados por las pretensiones que siempre surgen de los intereses privados”<sup>3</sup>.

Continúa el mismo autor señalando que en la sociedad representada por el gobierno, los agentes de uno se convierten en agentes de la otra, limitadas sus atribuciones al interés social, siendo esas lo que la moral y la sociedad tienen de más sagrado. Los delegados del príncipe quedaban bajo su vigilancia, para que jamás pudieran hacerlas opresivas<sup>4</sup>.

Estos intermediarios, que correspondían a los oficiales del ministerio público, eran desconocidos en los pueblos antiguos, pero no podría afirmarse que fueran creación exclusiva de los legisladores modernos.

La institución del ministerio público tiene un carácter particular que le ha valido la admiración de Montesquieu, Filangiéri y Portalís; dicen estos, que aun cuando quisiera el ministerio público convertirse en instrumento de las pasiones humanas, no podría consumir jamás la pérdida de la inocencia si aquél no encontrara cómplices en los depositarios de la ley, aun pudiendo en casos particulares abusar de su ministerio. Portalís descubre en esta institución el poder imponente que se empeña actualmente en los tribunales, en nombre de la sociedad, en los debates entre los ciudadanos. Esta defensa, opina, debió ser incompatible con las formas democráticas de los antiguos Estados<sup>5</sup>.

Cuando reaparecieron en Francia en el siglo XIV los defensores de los derechos y dominios del príncipe, se trocaron con el andar del tiempo en defensores de los débiles y en acusadores de los criminales. Desde entonces, se les instituyó con el título de oficiales del ministerio público, por los grandes servicios que prestaron al trono y a la nación al combatir las pretensiones de poderosos vasallos, las tentativas del despotismo ultramontano, las usurpaciones del clero nacional y el perseguir a los grandes culpables, cuya audacia asustaba aun a los reyes y cuya rapacidad no respetaba siquiera a los indigentes.

3 Cfr. Ayarragaray Carlos A., Ministerio Público, Editorial J. Lajouane & Cia, Librería Nacional; Buenos Aires, 1928, pág.2

4 Cfr. Ayarragaray Carlos A., pág.3

5 Cfr. Ayarragaray Carlos A., págs.3/4.

### 1.1.2. Antecedentes

#### i. Edad Antigua y parte de la Edad Media

Se intentará seguir una secuencia cronológica, a partir de la indagación de los autores que en la región abordan el tema.

Según Vázquez Rossi: “Más allá de las discusiones, de muy relativa importancia, sobre los orígenes remotos de las fiscalías, que en ocasiones se hacen remontar hasta el antiguo Egipto, pasando luego por los éforos espartanos, los *avocatus fisci* romanos, los senescales y común acusadores de la Alta Edad Media, etc., lo cierto es que esta particular figura cobre aspectos relevantes dentro del proceso social de centralización y consolidación del poder público estatal”<sup>6</sup>. Con esta conclusión coinciden todos los autores, según se reseñará a continuación.

Recuérdese que “éforos” se denominó a ciertos magistrados que cumplían la función de supervisar en los antiguos estados dorios de Grecia. Entre ellos, los más importantes eran los éforos de la antigua Esparta. El cargo, en cierto modo, estaba orientado a “proteger la ley” de sus potenciales enemigos, los reyes. El éforo representa el ordenamiento jurídico institucionalizado y legitimado por los dioses frente a la realeza<sup>7</sup>.

Con relación a Egipto, Ayarragaray interpreta que: “No sería extraño, estando el territorio egipcio dividido entre la casta sacerdotal, los monarcas y los soldados, que hayan existido oficiales encargados de defender sus derechos, impidiendo las usurpaciones, haciendo respetar la división de las tierras, sus límites y extensión y asegurar la renta del príncipe”<sup>8</sup>. A su vez, no duda el autor de que la institución no hubiera sido penal.

En tiempo del emperador Valentiniano (año 404), para detener la corrupción reinante de los magistrados y oficiales con imperio se crearon oficiales elegidos por el pueblo, cuya principal misión fue defender los oprimidos, oponiéndose a la violencia de los poderosos y a la concusión de los empleados subalternos, velando para mantener el orden entre los ciudadanos y el respeto a las leyes. Eran, pues, acusadores y defensores públicos con funciones para favorecer las víctimas de la opresión. Tales defensores ampararon eficazmente al pueblo durante una década. Desaparecidos, sus

6 Vázquez Rossi, op. Cit., pág. 816.

7 Cualquier espartano podía acceder al cargo de éforo, y era elegido por la Asamblea Popular (Apella), su mandato duraba un año y no podía ser reelegido. El de más edad era nombrado el epónimo, dando su nombre al año. La corta duración de su mandato impedía posibles abusos de poder. Institución del siglo VII a.C.

8 Ayarragaray, ob. Cit., pág. 12.

contemporáneos entrevistaron sus ventajas y cuánto importaba para el bienestar general la ayuda al débil y la continencia de la opresión<sup>9</sup>.

Los gastos siempre crecientes del Estado inevitablemente trajeron la necesidad de nuevos órganos capaces de aumentar las rentas y, desde antiguo, los delitos políticos se castigaron con la pena de confiscación. Simultáneamente, se establecieron delatores especiales para cuidar la ocultación de los bienes de los perseguidos, siendo aquéllos recompensados con una cuota parte de los bienes confiscados. Para defender semejante regalía y para contradecir el efecto de la oratoria de los abogados de las partes acusadas, se creyó conveniente establecer un abogado del fisco encargado de discutir los derechos del tesoro y refutar los argumentos de los contrarios. Estos funcionarios adquirieron extraordinaria importancia y sus cargos, honorables y lucrativos, se otorgaron a los abogados más distinguidos, quienes se convirtieron en abogados de la orden y gozaron de innumerables privilegios. Ya en tiempos de Adriano se anulaban los juzgamientos finiquitados sin intervención de los mismos; desaparecieron, al ser conquistado el Imperio de Occidente, siendo a la sazón sus funciones encomendadas a los condes de la ciudad<sup>10</sup>.

Junto con los abogados del fisco, se estatuyeron los procuradores del dominio público y del emperador, encargados de cuidar la administración de las propiedades del Estado y de los soberanos, quienes los hacían respetar como buen padre de familia con el patrimonio de sus deudos. Una ley de Claudio I, olvidando la antigua organización romana, concedió facultades de parte y de juez a los abogados del fisco, de modo que la sentencia se dictaba teniendo en cuenta el interés del príncipe. Contra estas resoluciones no cabía otro recurso que el interpuesto ante el emperador, que se preocupaba más en conservar sus derechos que en proteger los de sus súbditos, si se exceptuaban los atinentes a menores y mujeres, amparados por la ley<sup>11</sup>.

En la civilización romana pues, se puede afirmar que no existió ministerio público, a pesar de encontrarse magistrados y ciudadanos investidos de funciones especiales con lejanas semejanzas con la institución moderna<sup>12</sup>.

Sin embargo, se reitera que no existe unanimidad en la doctrina en cuanto al origen del ministerio público. Obsérvese que Alcalá-Zamora y Levene refieren que Hélie en Francia, Botolotto y Siracusa en Italia, entre otros varios, han pasado revista a las diversas figuras que se le señalan como antecedente. Combinadas las noticias de dichos autores, suministran una información muy extensa. Siracusa menciona en primer término los *tesmoteti* griegos, que eran funcionarios encargados de denunciar a los empleados

9 Cfr. Ayarragay, ob. Cit., pág. 19.

10 Cfr. Ayarragay, ob. Cit., pág. 19.

11 Cfr. Ayarragay, ob. Cit., pág. 21.

12 Cfr. Ayarragay, ob. Cit., pág. 21.

públicos ante el Senado o la Asamblea del Pueblo, quienes designaban un ciudadano para sostener la acusación (como se ve, no eran acusadores, sino meros promotores de una especie de juicio político). El propio expositor recuerda luego, en el Derecho romano, al *praefectus urbis* en Roma, a los *praesides* y *precónsules* en las Provincias y, en otra dirección, a los *defensores civitatis*, *advocati fisci* y *procuratores caesaris* (encargados estos de vigilar la administración de los bienes del emperador). A su vez, Hélie, tras recordar que el reemplazo en Roma del sistema acusatorio por la persecución de oficio implicaba solo la ausencia de acusador, pero no un precedente del Ministerio Público, se refiere a los *curiosi* en el siglo IV, y a la misión encomendada a los obispos por el emperador Justino en el siglo VI; pero destaca que los primeros desempeñaban tan solo una función de policía y que los segundos estaban investidos de un cometido de vigilancia, que de hecho no ejercieron<sup>13</sup>.

De manera más categórica se afirma que la institución “nace en Roma con el *Fisci advocatum primus instituit* y se perfila en su división interna con la caída de las acciones populares, pues el abogado del Príncipe, que limitaba su defensa al Fisco, la amplía al promover los procesos criminales”. Aclaran Alcalá-Zamora y Levene que con el tiempo, el Fisco (el tesoro del Emperador) y el Erario se refundieron, y el Fisco vino a significar toda la Hacienda pública, por lo que la denominación Ministerio Fiscal, que en España, y por influjo suyo en la Argentina ha prevalecido, resulta adecuada para reflejar su actuación como defensor de la Administración, o más concretamente, de la Hacienda del Estado, pero no para caracterizar su papel como representante de la Ley y más singularmente su destacada intervención en materia penal<sup>14</sup>.

Se añade: “...aun que ese precedente romano es el recogido o, más exactamente, evocado por la ley XII, título XVIII, de la Partida IV, al enunciar las causas legales de emancipación: “*Patronus fisci* –dice- tanto quiere decir en romance, como ome que es puesto para razonar e defender en juyzio todas las cosas e los derechos que pertenescen a la Camara del Çrey. E esta es –prosigue- la ochava dignidad por la que sale el fijo de poder de su padre”. Este *patronus fisci*, y lo mismo los procuradores del Çrey en Francia en su caualidad de defensores de intereses patrimoniales, son unos remotos ascendientes de la Abogacía del Estado española y de la *Avvocatura de lo Stato* (o *erariale*, como se llamó hasta 1930) en Italia”<sup>15</sup>.

## ii. Antecedentes reconocidos desde principios de la Edad Media

13 Cfr. Alcalá Zamora – Levene, ob cit. Pág. 369.

14 Cfr. Alcalá Zamora – Levene, ob cit. Pág. 369, con cita de Barrquero, El ministerio Público: su estudio ante la doctrina, la ley y la jurisprudencia, en Gaceta del Foro, num 2442, 2-VI-1924.

15 Alcalá Zamora – Levene, ob cit. Pág. 369.

Agregan Alcalá-Zamora y Levene, que: “Antecedentes remotos, en el tiempo y en el parentesco institucional, son algunas otras figuras de la Edad Media, como los *gastaldi* del Derecho longobardo, que eran representantes del Rey junto a los Duques, quienes ejercían la policía; los condes o los sayones de la época franca y visigoda; los actores o *missi dominici* de Carlo Magno; el promotor o *vindex religionis* del Derecho canónico de los siglos III y IV, adscrito a la vigilancia del procedimiento inquisitivo y con la misión de sostener la acusación...; los *avogadori del Comune* en Venecia, cuyo origen parece remontar al siglo X; o bien en Alemania el *Gemeiner Ankläger* (conocido también con otros nombres), que era el funcionario encargado de ejercer la acusación cuando ningún particular la asumía”<sup>16</sup>. Agregan que, en el Derecho medieval español, en Valencia durante el siglo XIII, existían dos funcionarios, uno llamado abogado fiscal, al que correspondía acusar de los delitos, cuidar de la ejecución de las penas y sostener la jurisdicción real, y otro denominado abogado patrimonial, al que incumbía la defensa del patrimonio real y del Erario, la de los derechos del monarca en asuntos civiles y la recaudación de los impuestos. Bajo la dirección de los abogados fiscales se pusieron procuradores fiscales, que se ocupaban de la denuncia de los delitos.

Sin embargo, no coinciden las investigaciones al definir los precedentes de la Edad Media. Ayarragaray dice que los condes de la ciudad, con el tiempo, en vez de ser elegidos por el monarca, lo fueron por el conde de la provincia y después por elección popular. Recibieron entonces el nombre de jueces fiscales, pues el título de conde solo era otorgado por los reyes. Estos jueces fiscales, en los tribunales de los condes, además de hacer conocer las leyes romanas cuando ellas debían ser aplicadas, podían castigar a los culpables de desórdenes o atentados contra el orden social, protegiendo a las viudas y huérfanos, haciéndoles con tal propósito conocer las leyes dictadas en su favor o invocándolas en su descargo de oficio. Los *saions*, *graffions* y los jueces fiscales, reunían a las funciones judiciales, el ejercicio de la acción pública para las causas fiscales, y secundaban a las viudas y huérfanos<sup>17</sup>.

En la jurisdicción real y en la señorial existían agentes del fisco ante los tribunales, que se informaban de todos los delitos para cuidar exclusivamente la recaudación de las multas o para vigilar la determinación de la composición debida al príncipe; pero los mismos eran extraños a la aplicación de una pena corporal. Aún no había surgido el concepto que a los reyes y a la sociedad no interesaba castigar a los culpables para aumentar con la aplicación de penas, la renta del Estado, que para desviarlos del crimen y satisfacer la vindicta pública<sup>18</sup>.

También establecieron los reyes de Francia en la época medioeval, agentes llamados

16 Alcalá Zamora – Levene, ob. cit. Pág. 369/70.

17 Cfr. Ayarragaray, ob. Cit., pág. 24/25.

18 Cfr. Ayarragaray, ob. Cit., pág. 27.

*actores fiscalium patrimoniorum*, con obligación de perseguir a los deudores del dominio del príncipe. Al comienzo fueron delegados del monarca, pero concluyeron por demandar en su nombre y juzgar todas las contestaciones relativas a los derechos que estaban encargados de conservar. Sus funciones eran, por tanto, distintas de las de los agentes del fisco ante los tribunales, jueces fiscales o abogados del fisco, que perseguían a los deudores del tesoro público<sup>19</sup>.

Resulta esclarecedora la mirada de Vélez Mariconde. Sin resolver el problema de su origen, parece cierto que el ministerio público surgió “de las cenizas de la Edad Media”, como un órgano del Monarca: primero defendió sus intereses económicos y después procuró la represión de los delincuentes, ocupando el lugar del acusador privado<sup>20</sup>.

Al comienzo, como enseña Hélie, el Rey designó procuradores para que defendieran en los juicios sus intereses o trataran de asegurar la recaudación de las multas que se imponían a los delincuentes, pues una parte de ellas ingresaba a su patrimonio; y esos procuradores, que empezaron por ser transitorios, se convirtieron más tarde en funcionarios permanentes.

Mucho tiempo después, cuando el Rey asumió la soberanía y la representación del Estado, de suerte que debía asegurar la represión de los crímenes que atentaban contra la organización jurídica de la sociedad (excepto los delitos en que el derecho de acusar siguió perteneciendo al ofendido), sus procuradores “ *fueron llevados insensiblemente a asumir, con la defensa de los intereses privados de aquél, la defensa de los intereses generales del Estado; confundieron en sus atribuciones objetos que emanaban del mismo principio; salvaguardaban los derechos del Rey al asegurar la represión de los crímenes; obraban en su interés al obrar en interés general*”<sup>21</sup>.

Coincide Vázquez Rossi en que hacia el siglo XIV encontramos la figura de los procuradores del rey, ejerciendo, especialmente en Francia, la función de representar los intereses de la monarquía. Es decir que el fiscal, como funcionario oficial, pareciera guardar mayores correspondencias con las formas procedimentales inquisitivas que con las acusatorias, lo que se explica por la decisiva circunstancia de que, ese sistema, tal cual se conoce en sus manifestaciones de la antigüedad greco-latina, funcionaba mediante la acción popular y la privada<sup>22</sup>.

Lo cierto es que con la transformación del tribunal árbitro de los germanos y de ciertas formas compositivas, se pasa en plena Edad Media a aparatos de justicia estatal en la que, con palabras de Foucault, “se es a la vez juez, parte y fiscal”. Es preciso señalar que

19 Cfr. Ayarragaray, ob. Cit., pág. 28.

20 Cfr. Vélez Mariconde Alfredo, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Lerner, Córdoba, 1982 pág. 241.

21 Vélez Mariconde, ob. Cit., pág. 242, resaltado nos pertenece.

22 Cfr. Vázquez Rossi, ob. Cit, pág.816.

este autor no hace precisamente una pintura idílica del nacimiento de la institución. Dice al respecto: “Cuando en el siglo XIV la feudalidad tuvo que enfrentarse a las grandes revueltas campesinas urbanas, buscó apoyo en un poder, un ejército, una fiscalidad centralizada; y de golpe aparecieron con el Parlamento, los procuradores del rey, las acusaciones de oficio, la legislación contra los mendigos, vagabundos, ociosos y enseguida los primeros rudimentos de policía, una justicia centralizada; el embrión de un aparato de Estado jurídico que supervisaba, duplicaba, controlaba las justicias feudales, con su fiscalidad, pero les permitía funcionar”<sup>23</sup>.

A su vez, Alcalá-Zamora y Levene interpretan que no obstante los claros antecedentes del derecho medieval español, se lo suele ubicar con precedente en el derecho francés. Se confunden así el origen, la difusión o expansión del mismo, al haber sido favorecidos con la propagación de las ideas de la Revolución. Pero con cita de Hélie que se apoya en Beumanoir, se dice que en el siglo XIII no existía aun en Francia ninguna institución que responda al concepto de Ministerio Público, hasta el punto de que si durante los plazos fijados por el *bayle* legista no comparecía ningún acusador popular, el inculpado debía ser puesto en libertad. Lo que sí se conocían entonces eran los *procurateurs o procureurs*, que eran los procuradores que tanto las partes como los señores y el monarca tenían derecho a instituir. Los procuradores del rey fueron suprimidos en 1318 y aparecen en 1355 y 1367 disposiciones relativas a los Procuradores reales como Ministerio Público. Así, la nueva institución se fue abriendo paso tanto en la práctica como en la legislación (ordenanzas de Carlos VIII en 1493 y de Luis XII en 1498), pero no alcanza su pleno desarrollo hasta el siglo XVI (Ordenanzas de 1522/3 y 1586)<sup>24</sup>.

De esta manera, la fiscalía era como el largo brazo y la mirada del rey, que si bien no sustituía a los tribunales inquisitivos, los controlaba en aquellos aspectos que más le importaban, como se desprende con claridad de las ordenanzas de 1553 y 1586. Con la transformación republicana derivada del triunfo de la Revolución Francesa la institución se mantiene, pero respondiendo ahora, lógicamente, a las nuevas concepciones imperantes<sup>25</sup>.

### iii. Discusiones que plantea su aparición en la Edad Moderna

Una acabada síntesis de lo expuesto se puede extraer de las enseñanzas de Maier<sup>26</sup>: “Probablemente se deba marcar como antecedente de las fiscalías que aparecieron en la última parte de la Edad Media, y se desarrollaron en la Moderna, a los *procuratores caesaris* y a los *advocati fisci* romanos, verdaderos funcionarios fiscales encargados del

23 Foucault Michel, Microfísica del poder, pág. 49, La piqueta, Madrid, 1989.

24 Alcalá Zamora-Levene, ob. Cit., pág. 374.

25 Vázquez Rossi, ob. Cit., pág. 816.

26 Maier Julio B., El ministerio público: ¿un adolescente?, en AAVV: El Ministerio Público en el Proceso Penal”, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1993, págs. 22/23.

interés del emperador, fundamentalmente de los impuestos y las gabelas.” Según este autor, “El puente se establece a través de los *actores regiae domus* y de los *actores fisci*, encargados del cuidado de los derechos feudales del Medioevo, de las capitulaciones, hasta llegar, en Francia, a los *procurers du roi* a los *advocats du roi*. Hasta la reforma de los siglos XIII y XIV ellos eran entonces, en principio, funcionarios. Cuando entraban en conflicto los intereses privados del rey con los de sus vasallos, al rey, que ostentaba el doble carácter de persona privada (propietario privado) y señor (soberano), no le estaba permitido comparecer en persona ante los funcionarios de su dominio, razón por la cual debía ser representado. Los *procurers du roi* eran sus verdaderos mandatarios (los hombres de la pluma), mientras que los *advocats du roi* eran quienes abogaban por él oralmente, frente al tribunal (los hombres de la palabra), sus defensores. (Con cita de Goldschmidt, James)

Continúa dicho autor: “Con la transformación de la organización social, encamino hacia el absolutismo (los comienzos del Estado moderno, el Estado-Nación), con el cambio en situación político-jurídica del rey, de señor feudal a soberano absoluto y al ejercicio del poder del Estado así formado (central), y con la confusión entre los intereses privados del monarca y los intereses públicos, consecuencia del desarrollo apuntado, los procuradores pasaron a ser funcionarios públicos (*gens du roi* –p. ej.: Ordenanza del 25/3/1302 de Felipe el Hermoso), que prestaban juramento oficial y que no podían ocuparse de la defensa de otros intereses privados; inclusive, comenzaron a recibir un sueldo de la función también: ahora resguardaban el orden público, especialmente los intereses fiscales de la corona.”

En todo momento se destaca que la intervención de estos funcionarios *procurers du roi*, que se convirtieron con la inquisición en denunciadores de la corona (denuncia que abría la inquisición general y a la que seguía, inclusive por promoción de ellos, la inquisición especial), se debe computar el interés fiscal de la corona por las multas, al lado del ejercicio del poder estatal, ahora en manos del monarca. Aquí se une el desarrollo medieval, con su origen romano, nuevamente correspondiendo a la recepción del Derecho romano imperial por los estados nacionales, a través del Derecho Canónico, con desplazamiento del Derecho feudal o foral<sup>27</sup>.

El desarrollo en España depende del francés y de ahí se traslada a Hispanoamérica. En sentido similar se había dado en Alemania con la figura del *das Fiskalat*, en tanto que el fiscal prusiano aparece recién en la segunda mitad del siglo XV<sup>28</sup>. En el año 1468 fue nombrado un Fiskal ante el Tribunal de Cámara del principado, un tribunal que se ocupaba únicamente de cuestiones de Derecho civil, característica que ya orienta sobre representar y defender los intereses financieros del príncipe, controlar la observancia

27 Cfr. Maier, ob cit., págs. 23/4.

28 Cfr. Maier, ob cit., págs. 25.

en el ingreso de los derechos soberanos, cuidar y representar los intereses patrimoniales del señor feudal y demandar cualquier inobservancia del derecho de regalías: una función similar a la de los *advocati fisci* romanos, pero no idéntica, pues también demandaba por sí misma, representando al monarca, los derechos feudales y de regalías, obligación de los vasallos (*procurator*). Se observa, claramente, inexistencia de función penal alguna. Solo las penas pecuniarias, por desobediencia del vasallo en ingresar regalías y derechos feudales, que interesaban al patrimonio señorial, y las penas procesales, que interesaban al fisco, en definitiva, al patrimonio señorial, según ya se observó, muy confundido con el patrimonio personal del príncipe soberano, ingresaron dentro de la competencia del fiscal así concebido: en todo caso, las infracciones leves. Así, la función, que afirma Maier que recién se puede hablar de la penal del fiscal prusiano a partir de la finalización del siglo XVI<sup>29</sup>. Reflexiones que ilustran con claridad acerca de algo que suele olvidarse: los fiscales nacieron en un ámbito no penal.

El fiscal significó primero un apoyo para el monarca en su lucha con los señores feudales; se transformó en órgano de la monarquía; después, como antes, pero en un sentido más referido al procedimiento penal.

Tuvo también funciones de vigilancia de los funcionarios estatales, incluidos los judiciales, funciones que condujeron, al lado de la dependencia de los jueces en el procedimiento, a confusiones evidentes sobre la naturaleza de su función y disputas interminables con los tribunales. En el siglo XVIII comienza su función con el aforismo “custodio de las leyes” (*Wächter der Gesetze*), en el Esto-policial, como órgano del Derecho de policía del Estado y como control para súbditos y funcionarios, formando, inclusive, una rama de la policía estatal, encargada del control de las infracciones en mercados y moneda<sup>30</sup>.

Agrega Maier: “Empero, la escasa claridad de su ubicación en la burocracia estatal (dependiente del gobierno, del rey y su ministro de justicia, y, por fin, de los tribunales, al mismo tiempo) y de sus funciones (confundidas entre las disciplinarias y administrativas, las de control, las judiciales, civiles y penales, y las de ejecución), lo condujo hasta su práctica desaparición, a comienzos del siglo XIX (1810). De allá resurgió, transformado en ministerio público penal, en acusador penal, como “hijo de la Revolución” (1848)<sup>31</sup>.

En Alemania, el *advocatus fisci* asistía y representaba oralmente al *procurator fisci* o Fiskal, y las funciones de este último se correspondían con las tradicionales: perseguía en los procesos vinculados a la recaudación del reino y, en materia criminal, estaba

29 Cfr. Maier, ob. Cit., pág. 26.

30 Cfr. Maier, ob. Cit., pág. 27.

31 Maier, ob. Cit., pág. 27.

encargado de la persecución penal de hechos punibles leves, cuya consecuencia era la enmienda patrimonial del fiscal. Algo similar sucedía en los procesos por delitos contra la seguridad del reino, cuyas penas estaba también encargado de ejecutar<sup>32</sup>.

Según Maier, su función de persecución penal en delitos de acción pública es un desarrollo contemporáneo, un oficio público posterior a la transformación de la inquisición histórica e, inclusive, a las propias ideas del Iluminismo. “No puede haber duda en afirmar que tiene carta de ciudadanía francesa; empero, la fecha de su nacimiento no se corresponde exactamente con el orden revolucionario inmediato, surgiendo de la revolución francesa, sino, antes bien, con la crítica política a ese orden y el advenimiento del orden napoleónico, inmediatamente posterior. De allí que resulte exagerado, hasta parcialmente falso, acuñar la bella metáfora que señala al fiscal moderno como “hijo de la Revolución”<sup>33</sup>.

De algún modo coincidente concluye Vélez Maricó: “En los países monárquicos o imperiales, el Ministerio Público siguió siendo un representante del *Rey o del Emperador*, pero *defendiendo ya un interés público de justicia*; y cuando se implantó la *República*, triunfando el principio de soberanía nacional, *se transformó en un representante de la sociedad y agente del Poder Ejecutivo*”<sup>34</sup>.

En base a esos antecedentes se perfila el Ministerio Público durante la Revolución francesa. En efecto, en 1789 adquiere la garantía de la inamovilidad, más tarde suprimida. Ejercían entonces funciones en materia civil y penal, promovían la acción de la justicia y cuidaban la ejecución de los fallos, mientras que la acusación ante el jurado de sentencia era sostenida por otra clase de funcionarios en que se dividió la institución, *acusadores públicos*, nombrados en virtud de elección popular. Los fiscales, llamados antes comisarios del rey en 1792, transfirieron su función a los acusadores públicos. En 1799 se reafirmó la unidad del Ministerio Público, convirtiéndolo en órgano del Ejecutivo mediante los comisarios del Gobierno. Napoleón le da su organización definitiva en 1810<sup>35</sup>.

Con todo, agrega Maier, la bella metáfora de “hijo de la Revolución” posee su cuota de verdad, tan pronto refiramos esa calidad, aun con reservas, ya no a la Revolución en sí misma, sino a la construcción del Estado de Derecho que se desarrolló en Europa continental con punto de partida en ella<sup>36</sup>.

Lo cierto es que en América (1492 en adelante), hay que recordar que en el Consejo de

32 Maier, ob. Cit., pág. 28/9.

33 Maier, ob. Cit., pág. 29.

34 Vélez Maricó, ob. Cit., págs. 241/2, resaltado nos pertenece.

35 Cfr. Alcalá Zamora-Levene, ob. Cit., pág. 376.

36 Maier, ob. Cit., pág. 29.

Indias hubo un fiscal encargado de cuidar la jurisdicción y de defender el patrimonio y la hacienda real, y que la Audiencia de Buenos Aires contó, al igual que las de Lima y México, con un fiscal, cuyas funciones se regulaban en el Libro II, título XVIII, de las Leyes de Indias<sup>37</sup>. La regulación normativa que aún rige en algunos lugares tiene indudable origen en aquel instituto.

Del *iter* evolutivo concluye Vázquez Rossi, pero evocando a lo penal, que se requiere de la autoridad tanto por razones de efectividad, como de objetividad y cumplimiento de las garantías fundamentales que limitan al poder penal del Estado, lo atinente a la averiguación<sup>38</sup>.

La pregunta es si se pueden trasladar estas afirmaciones al proceso civil, como omni comprensivo de lo no penal, cuando se encuentra en cuestión un “interés público”.

#### **iv. Cuestión ligada a su ubicación institucional**

Los antecedentes históricos del Ministerio Público se confunden con los del surgimiento del sistema inquisitivo y marcan una evolución de la fiscalidad en relación directa con los intereses del monarca, ejerciendo un control sobre la actividad de los tribunales. Pero es con la Revolución Francesa que el instituto adquiere sus características modernas, apareciendo ubicado dentro de la órbita del poder ejecutivo y dependiendo del gobierno. En el derecho anglosajón también se sitúa en el campo ejecutivo, pero con la característica de ser un órgano electivo, controlado popularmente y en estrecha relación con la comunidad. En las actuales democracias populares en crisis del Este europeo, la cabeza del Ministerio Público es de designación parlamentaria<sup>39</sup>. En Italia se lo regula dependiente del Poder Judicial, en tanto que también se advierte como tendencia la de conferirle independencia funcional<sup>40</sup>, y a nuestro ver ésta es la posición más adecuada.

A su vez, sobre la nueva proyección competencial, nos ilustrarán seguidamente las constituciones de Brasil y de Colombia.

Valga esta brevísima reseña para mostrar los cambios que se perfilan en el instituto y la incidencia que ellos pueden tener en el cumplimiento de una función eficiente y eficaz, en la medida que siga reconociéndose como un órgano garantizador de la legalidad.

37 Alcalá Zamora-Levene, ob. Cit., pág. 373.

38 Cfr. Vázquez Rossi Jorge, Acción Penal Pública y Actividad Fiscal, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Abeledo Perrot, V. 1993-II, Buenos Aires, pág. 1035.

39 Cfr. Vázquez Rossi, Jurisprudencia Argentina, pág. 1037.

40 Así v.gr. Constitución Argentina reformada en 1994, Art. 120.

## v. Consecuencias del nacimiento

Todo el derrotero descrito va marcando desde qué bases emerge la actual figura de los fiscales civiles, donde a partir de las nuevas constituciones remontan este carácter.

Tal como enseña la doctrina, “nació como un híbrido, con escaso poder sobre el procedimiento”<sup>41</sup>. Así se discute y observa en la legislación en materia penal, y, a nuestro ver, también se observa en lo “civil o no penal” la distinción entre parte en sentido formal y en sentido material. “El problema de la acusación pública tiene así el aspecto de un juego de palabras, cuya fórmula paradójica es la de la parte imparcial; puesto que, como se dijo, la acusación pública no es una acusación de parte, si quien la sostiene fuese una parte, sería y no sería una parte. De esta dificultad, que ha obstaculizado por largo tiempo la doctrina penal, o se sale sino a través de aquella distinción entre parte en sentido material y parte en sentido instrumental, que responde a la distinción de los elementos del juicio....la parte en sentido material sufre el proceso; la parte en sentido instrumental obra en el proceso...”<sup>42</sup> Esto mismo sucede en los casos de defensa del interés de usuarios y consumidores, por ejemplo, dado que a la parte lesionada corresponde la figura de parte material y, en cambio, el representante estatal es parte instrumental.

Diversos problemas presenta este híbrido, incluso en su dimensión moderna, dado que algunas veces confunde su labor con el Defensor del Pueblo y otras con el Defensor Oficial.

Chiovenda, al referirse a la legislación italiana, destaca su función dual en el proceso civil, también mostrando dos modos de actuación. “El Ministerio Público actúa mediante acción o requerimiento (conclusiones o dictamen). Por vía de acción, puede obrar para hacer cumplir las leyes de orden público y que interesan los derechos del Estado, en cuanto tal acción no esté atribuida a otros.” ...Por vía de requisitoria o dictamen, el Ministerio Público obra, no como parte litigante, sino como representante del interés público, en un asunto que se ventila entre otros, y en los asuntos de jurisdicción voluntaria. En los pleitos ante la Corte de Casación civil, concluye siempre y aun asiste a la deliberaciones de la Corte...” en tanto que, la ley de 1875 modificó tales disposiciones limitando la obligación de la asistencia y de las conclusiones a los casos en los cuales el Ministerio Público procede por vía de acción y a los pleitos matrimoniales, salvo la facultad de pedir la comunicación de los actos, y concluir en todos los pleitos, para la observancia de la ley en interés de la justicia y salvar las atribuciones en los asuntos de

41 Vázquez Rossi Jorge, Derecho Procesal Penal, T. I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2006, pág. 339, con cita de Maier, que si bien se hace en reflexiones sobre el proceso penal, ellas son perfectamente aplicables al no penal.

42 Carnelutti Francesco, Lecciones sobre el Procesal Penal, Vol. I, Editorial Librería El Foro, pág. 227.

jurisdicción voluntaria y en las funciones que le están confiadas por leyes especiales<sup>43</sup>.

Pero advierte que: “También es cuestionable si el M. P. debe siempre concluir en los casos en que la ley no habla de conclusiones pero exige un dictamen. No hay motivo para estimar que la ley distingue entre dictamen y conclusión; en todo caso el M. P. da mediante conclusión su dictamen, y por tanto, debe considerarse desechada la necesidad de ambos”<sup>44</sup>.

Recuerda el maestro Chiovenda, que por otro lado tiene funciones menores: promueve acción disciplinaria sobre los jueces, tiene la vigilancia sobre los cancilleres y oficiales judiciales, puede hacer representaciones al tribunal o a la Corte para la observancia de las leyes y reglamentos o por asuntos relativo al servicio o a la disciplina, etc.<sup>45</sup>, funciones todas éstas que también se regulan en nuestras legislaciones latinoamericanas.

El cambio esencial parece que proviene de la Constitución de 1988 del Estado Federal de Brasil, cuando en su art. 127 señala que “El Ministerio Público es la institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de intereses sociales e individuales indisponibles”.

A modo de corolario, su origen en la concepción actual se consolida en el control y la desconfianza en los jueces, función que le confiriera también la Revolución Francesa. Ello sin desmedro de los nuevos desarrollos en defensa del interés social.

## 1.2. Razones para justificar la necesidad de regular funciones no penales en los Ministerios Públicos

El derrotero histórico seguido por la institución no es por sí mismo auspicioso para reconocer las razones que hoy pueden justificar la necesidad de regular “funciones civiles en términos generales” como omnicomprendivas de lo no penal.

Esta figura, confundida entre la defensa del fisco y de la justicia, razón de poder y razón de justicia, va adquiriendo nuevos perfiles y sobre ello debería girar la indagación en América Latina.

Para poder arribar a una conclusión en este aspecto se hace necesario analizar los alcances que la doctrina procesal civil le ha conferido y luego referir, aunque fuere

43 Chiovenda José, Principios de Derecho Procesal Civil, T. I, Madrid, Editorial Reus S. As., Año 1922, pág. 539

44 Chiovenda, ob. Cit., pág. 539.

45 Chiovenda, ob. Cit., pág. 539.

brevemente, los signos positivos que se advierten en términos de reconocimiento de una verdadera expansión y nueva función institucional.

Así, según Clemente Díaz: “La representación y la defensa de los intereses públicos sociales que se implican o que pueden estar implicados en el proceso no estarían suficiente o completamente satisfechos si se los dejara librados a la actividad ciudadana particular, mediante el ejercicio de la llamada ‘acción popular’, o se los atribuyera exclusivamente al órgano del poder jurisdiccional del Estado. Entre ambos extremos, aparece un organismo del Estado encargado de una compleja serie de funciones, que no solamente representa los intereses patrimoniales del Estado, y los intereses individuales de determinada categoría de personas, sino que en otros casos, se le reconoce la titularidad de la pretensión de la tutela penal como derivado del ius puniendi del Estado, y en todos los casos, se le erige en defensor del sistema de legalidad dentro del Estado de Derecho: al cual se define como órgano estatal encargado de hacer valer ante el órgano jurisdiccional la representación y la defensa de los intereses públicos y sociales del estado”<sup>46</sup>.

A los agentes o procuradores fiscales se les asigna la representación y defensa de la causa pública, promoción y ejercicio de la “acción penal”, velar por el cumplimiento de las leyes, defensa de la jurisdicción (asuntos y cuestiones de competencia), negocios concernientes al orden público y en general intervenir cuando esté en cuestión una causa pública.

Siguiendo al mismo autor<sup>47</sup>: “El concepto de causa pública comprende todo asunto en que el Estado tenga un interés directo como parte principal, sea como actor o demandado”, así como los supuestos de representación de determinadas clases de personas o de bienes.

En general, las leyes autorizan su intervención con fórmulas muy genéricas como “negocios concernientes al orden público”, que como se reconoce, es una noción vaga y confusa de orden público<sup>48</sup>.

A su vez, el modo de intervenir en el proceso en tal carácter hace que por lo general su actuación pueda darse como parte adjunta, sin embargo, “defiende un interés distinto al de las partes, aunque, generalmente, debe plegarse al de alguna de ellas, aun cuando niegue a ambas la totalidad de sus pretensiones, y de ahí la discutibilidad de su intervención, ya que su fundamento, esto es, la defensa del orden público, se encontrará siempre suficientemente amparada por la intervención del juez”<sup>49</sup>.

46 Díaz Clemente A., Instituciones de Derecho Procesal, T. II A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 1972, pág. 458.

47 Díaz Clemente A., pág. 488 y sgtes.

48 Díaz Clemente A., pág. 495.

49 Díaz Clemente A., pág. 495 y sgtes.

La apreciación crítica de la institución ha sido severa y no siempre favorable; algunos postulan su supresión en lo civil. Así, Palacio<sup>50</sup> lo piensa solo integrado por asesores de menores y por defensores de pobres y ausentes, y de este modo advierte otra arista para la discusión; es el delgado límite entre los intereses que representan los fiscales y los defensores públicos en las materias de su incumbencia.

Otros dicen que hay que limitarla a lo indispensable<sup>51</sup>. Según Díaz, posición crítica a la cual ha dado margen el propio Ministerio Público, que en el proceso civil ha reducido su actividad a una mera formalidad, sin aportar elementos positivos, entorpeciendo o gravando el proceso con una intervención necesaria que la praxis cotidiana demuestra ser completamente innecesaria<sup>52</sup>. Mirada ésta que hace a la función que tradicionalmente ha cumplido y que como se verá, va abandonando en algunas jurisdicciones. Así, el mismo autor lo describe como “Dictaminador, intervención casi siempre superflua. El juez no necesita que le digan cómo debe juzgar ni qué debe decidir; esa función de asesor jurídico del juez es inadmisibles desde cualquier punto de vista que se la encare. Y si el dictamen del Fiscal no es obligatorio para el juez, que solamente está obligado a oírlo, pero no a acatarlo, pues si estuviera obligado a lo último habría dejado de ser juez, ¿cómo explicar la subsistencia de una institución tan ambigua?”<sup>53</sup>. Pregunta que sin lugar a duda podría orientar también la presente investigación.

A pesar de las críticas que ha merecido el accionar de los fiscales no penales, la doctrina también ha entendido que: “Esto no significa propugnar la supresión de la institución, pues los defectos anotados son más de los hombres y de la organización, que de la propia institución, la cual siempre será necesaria en la organización del Estado en tanto ejercite la vigilancia y el control de la legalidad sobre aquellos derechos disponibles o no disponibles por las partes, en que la iniciativa de éstas no sea suficiente garantía de dicha observancia”<sup>54</sup>.

Pero una mirada de la realidad actual y de la propia evolución que se ha dado en las últimas tres décadas, hace pensar que se debería redireccionar el funcionamiento del instituto a la luz de los textos de derechos humanos, de las nuevas generaciones de derechos y en particular de los derechos sociales. Se trata en definitiva del bienestar general de la sociedad democrática.

En tal sentido, los principios de igualdad, solidaridad y dignidad serán motivo primordial

50 Cfr. Palacio Lino E., Derecho Procesal Civil, T.II, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1994, p 620 y sgtes

51 Vgr. Art. 151 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, supuestos de divorcio y nulidad de matrimonio.

52 Díaz Clemente A., pág. 496.

53 Díaz Clemente A., pág. 496/7.

54 Díaz Clemente A., pág. 497, con cita de Calamandrei, Instituciones, T II pág. 440.

de consideración, en tanto son los términos que concentran los argumentos de justificación de los derechos humanos<sup>55</sup>.

En esa línea, la necesidad de garantizar a la ciudadanía en general el acceso a los servicios públicos indispensables pone en cuestión su efectivo funcionamiento. Se exigen contenidos mínimos para atender y satisfacer los derechos a la vida, la justicia, la salud, la alimentación, el trabajo, el medio ambiente, la vivienda, la educación, la seguridad social, el transporte, entre otros tantos. Es preciso atender a la interpretación de carácter obligatorio que a través de sus Observaciones proveen los organismos internacionales de control de las Convenciones, por ejemplo, el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, toda vez que se requiere de los Estados el máximo esfuerzo en la aplicación de los recursos disponibles.

De este modo se reconoce como norma imperativa (*ius cogens*) el deber de los Estados a que la salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI. Como señala Christe –a quien seguimos en este tema-, existe un derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social. Ello, resulta consistente con el “Paradigma de acceso a los bienes jurídicos primarios”, con vinculación a la responsabilidad del Estado por incumplimiento u omisión de las prestaciones positivas a las que se halla obligado<sup>56</sup>. Los Estados partes se han obligado hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, inc.1).

Estas nuevas dimensiones del interés público asoman vigorosas en los acuerdos internacionales y a la luz de los fines que persiguen los estados, nuevos rumbos que hoy se encuentran constitucionalizados en nuestra región.

A título de ejemplo adviértanse los alcances del concepto de seguridad social, que para la Organización Internacional del Trabajo es “la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos” (OIT- AISS 2001:9). Sin embargo, la tendencia reciente lleva a ampliar su horizonte para que deje de ser solo redistribución de ingresos y prestaciones y logre un bienestar mínimo que asegure el

55 Cfr. Christe Graciela E., Editorial HS Grupo Editorial, Buenos Aires 2017, pág. 37.

56 Cfr. Christe, pág. 68.

acceso a las necesidades esenciales del ciudadano.

Siguiendo con este derecho, a modo de ejemplo, la Seguridad Social es entendida como el conjunto de medios e instrumentos mediante los cuales la comunidad social organiza de un modo sistemático la atención y cobertura de los diversos acontecimientos que pueden afectar a cada uno de sus integrantes, especialmente los relativos a la enfermedad, el desempleo, la maternidad, la vejez y la muerte. Los principios que nutren al Derecho de la Seguridad Social son los de solidaridad, universalidad, subsidiariedad, integralidad, justicia social, equidad, razonabilidad y sustentabilidad económica y financiera.

Parecería que desde ese lugar debería dimensionarse la “re fundación” o “re significación” de la figura de los denominados fiscales “civiles o no penales”, a la luz de los textos de derechos humanos y como actores esenciales del efectivo acceso a la justicia, procurando la nivelación o igualación de las partes involucradas en el proceso civil –en general-, en la medida que resurjan como **exigentes niveladores frente a la situación de desigualdad que sufren los ciudadanos frente al estado, en particular los sectores más vulnerables de la población**. Para ello, la tradicional defensa de “la justicia y la legalidad”, aparece consagrada en Tratados internacionales que reconocen los derechos de niños, mujeres, ancianos y las personas con discapacidad. En términos generales, lo que también ha dado en llamarse derechos sociales.

Desde esta perspectiva, lo que se advierte es que ha mutado el objetivo central, al adquirir otras dimensiones aquello a lo que se denominaba “**interés público**”. Según Christe, una definición que conjuga los nuevos elementos que sostienen la noción de interés público se encuentra en la Opinión Consultiva OC-6/86, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que es posible entender el “bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos (...) pudiendo considerarse como un imperativo del bien común (...) que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana (...)”<sup>57</sup>, en cuya dirección también entiende que la terminología que acuerda entidad al ‘bien común’ o al ‘bienestar general’ se reconduce a dos principios fundamentales: el desarrollo personal y la plena realización de los derechos humanos de todos, que solo encuentra límites en los derechos de los demás, en el contexto del fortalecimiento de las instituciones democráticas<sup>58</sup>.

57 Christe, Pág. 225.

58 Confr. Christe, Pág. 225.

Siguiendo la misma doctrina<sup>59</sup>, ese concepto de ‘interés público’ equiparado a ‘orden público’ sufre una notable matización, en la medida en que el ‘bien común’ al que se asimila va a ser descripto bajo el sistema de protección de los derechos humanos como un “elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permiten progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad (...)” con cita OC-6/86.

Existe una novedosa configuración de las nociones ‘interés general’, ‘bien público’, ‘bien común’ y ‘bienestar general’ que alternativamente emplean los textos del sistema internacional de los derechos humanos<sup>60</sup>.

La defensa de la legalidad no es otra cosa que la defensa de la vigencia del Derecho en el Estado, y se refiere fundamentalmente a la legalidad de la actuación de las instituciones, y al respeto de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. En este sentido se entrelazan la defensa de la legalidad y la defensa de la sociedad.

En el campo de los derechos sociales, económicos y culturales los fiscales deben cumplir siempre con las funciones de requerir e investigar. Estos cometidos surgen de la obligación de promover la actuación ante el órgano jurisdiccional en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Lo anterior implica una actitud proactiva, es decir, actuar de oficio si la situación lo amerita.

La ampliación del concepto de lo que otrora se considerara interés público, puede advertirse en algunos dictámenes señeros de procuradores no penales, que provocaron importantes decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Argentina. Así, se ha privilegiado el crédito laboral siguiendo el Convenio N° 173 Art. 5 de la OIT, frente a otro crédito que afectaba directamente las arcas del estado, pues se trataba de la Administración Federal de Ingresos Públicos<sup>61</sup>. En esta línea se podrían citar diversos dictámenes y acciones concretas –que excederían el objetivo del presente- efectuadas por fiscales en lo comercial, previsionales y de la seguridad social, laborales, en lo contencioso administrativo, entre otros; quienes asumen una tarea que va más allá de la originariamente prevista. Recuérdese que las primeras manifestaciones legislativas en nuestra región tendieron a generar un papel más protagónico a los fiscales en cuestiones de familia y de menores.

Otro ejemplo trascendente de la incidencia de los términos de la opinión fiscal en la decisión, también en Argentina, fue la necesidad de determinar si el reconocimiento de

59 Confr. Christie, Pág. 227.

60 Christie, pág. 228 y sgtes.

61 Corte Suprema de Justicia Argentina: P. 575 y 589; L. XLVI, Pinturerías y Revestimientos Aplicados S.A. s/ quiebra”, sentencia del 24 de marzo de 2014, dictamen fiscal del 25 de abril de 2012.

fuerza ejecutoria de una sentencia extranjera afecta el principio de orden público, en la medida que conmina al Estado a pagar a un acreedor títulos de la deuda pública en las condiciones originales pactadas, desconociendo la ulterior reestructuración dispuesta por el Estado en el marco de un régimen de emergencia. En el caso, si la decisión del juez extranjero afecta atribuciones ejercidas por el gobierno nacional que están fundadas en el orden público del derecho argentino. Allí se entendió que la pretensión vulnera el orden público local en tanto la reestructuración de la deuda pública ha sido dispuesta por el Estado nacional para afrontar una situación crítica de emergencia social, económica, financiera y administrativa, que ponía en juego su continuidad. La sentencia extranjera interfiere en la potestad del gobierno argentino de redefinir ulteriormente el conjunto de sus obligaciones en una situación de emergencia extrema, con el objetivo de asegurar su subsistencia y garantizar la provisión de los bienes públicos esenciales en el territorio de su jurisdicción. Entonces, se interpretó que estaba en juego la soberanía nacional y que son los órganos creados por la Constitución quienes tienen a su cargo la fijación de las políticas públicas y de distribución de los recursos necesarios para llevarlas adelante y quienes tienen a su cargo arbitrar las medidas necesarias para afrontar una situación de emergencia; medidas que tomó para garantizar su continuidad, recomponer las instituciones que habían colapsado, disparar y afianzar el crecimiento, recobrar el sistema financiero y el comercio exterior y atender las necesidades fundamentales de una población desahuciada tras la crisis que hizo eclosión en diciembre de 2001. Se agregó que no puede obligarse a un gobierno a poner en riesgo la provisión de los servicios elementales o el cumplimiento de sus funciones prioritarias en aras de satisfacer sus créditos<sup>62</sup>.

A su vez, en uno de los casos señeros en materia de derechos colectivos, específicamente en un supuesto de derechos individuales homogéneos, fue el Ministerio Público Fiscal quien propició hacer extensiva la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina, sentada respecto del Defensor del Pueblo, para reconocer legitimación anómala o extraordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios. Entendió para ello que con la denegatoria de legitimación para obrar –de la instancia de apelación civil- había una clara afectación del acceso a la justicia. Para ello dijo que aun cuando se debatían derechos patrimoniales divisibles, sería el escaso monto de los reclamos individuales el que generaría la aplicación de las cláusulas impugnadas. En el caso se reclamaba la declaración de ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión celebrado entre una empresa de medicina prepaga y sus afiliados, por cuanto habilitaba a aumentar el valor de las cuotas mensuales que abonaban<sup>63</sup>.

62 Corte Suprema de Justicia Argentina: C.462 LXLVII Claren Corporation c/ E.N. -arts. 517/518 CPC exequátur s/ varios, sentencia 6 de marzo de 2014, dictamen Fiscal del 05 de abril de 2013.

63 Corte Suprema de Justicia: P. 361. XLIII PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales, sentencia del 21 de agosto de 2013, dictamen del 30 de marzo de 2009.

Por otro lado, en Argentina, por ejemplo, se advierte un rol proactivo de los fiscales en determinados fueros como los del trabajo y la seguridad social, donde aun sin regulación expresa entienden en la mayoría de los casos. Así, en lo previsional, la defensa del interés social los lleva a recurrir decisiones tales como la imposición de astreintes al estado, en la medida que pueden condicionar la previsibilidad y el normal funcionamiento del Sistema Previsional, al afectar su financiamiento y la consecución de los objetivos de protección y promoción de inclusión social<sup>64</sup>.

Un vistazo de los diferentes casos en los que intervienen ha permitido advertir la utilidad de la institución y descubrir una cantidad de situaciones antes impensadas en las cuales poco a poco ha ganado terreno.

Otro aspecto interesante que se advirtió fue cómo los fiscales previsionales, por ejemplo, pudieron impulsar algunos casos penales e interactuar en ambos fueros haciendo gala además del principio de unidad de acción; ello merced a que en 2002 se creó en Argentina una Unidad Fiscal de Investigaciones de Delitos de la Seguridad Social<sup>65</sup>.

La justificación actual es superadora de la antigua función formal, limitada a responder una “vista” de lo actuado por escrito, opinión muchas veces insustancial y otras tantas, producto de la práctica, que ni siquiera reconocía un antecedente legislativo y, lo que es peor, menos aún lógico. Lo formal era hasta hace algunos años la regla, nadie sabía por qué razón, ni se lo había preguntado por qué, en un asunto meramente patrimonial debía opinar el fiscal con motivo de la pretensión de embargo o declaración de incompetencia en razón del territorio o del monto.

En estos tiempos, y en particular a partir de la Constitución de Brasil de 1988, que expresamente reconoce en su Artículo 129, entre otras funciones, que el Ministerio Público debe: “velar por el efectivo respeto de los Poderes Públicos y de los servicios de relevancia pública para los derechos garantizados en esta Constitución, promoviendo las medidas necesarias para su garantía; *promover la demanda civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos*; promover la acción de inconstitucionalidad o la petición para la intervención de la Unión y de los Estados, en los casos previstos en esta Constitución; defenderá judicialmente los derechos y los intereses de la población indígena;”. La tendencia es abarcativa de un criterio que involucra intereses colectivos y modernos derechos que los estados deben tutelar.

La nueva dimensión que ha adquirido hoy la función del Ministerio Público, en la función

64 Para ilustrar el rol desplegado por las Fiscalías en materia Civil, Comercial, de la Seguridad Social, Contencioso Administrativo, del Trabajo y Electoral, ver: Informe de las Fiscalías con Asiento en la Región Metropolitana, Ministerio Público Fiscal, Informe Anual 2013, Procuración General de la Nación.

65 Procuración General de la Nación N° 33/02, a cargo de uno de los fiscales ante el fuero de la seguridad social.

de los procuradores o fiscales “civiles o no penales”, refuerza su “originaria” defensa de la legalidad como legado de la Revolución Francesa, y en ese sentido no solo puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y reglamentos, así como cuestionar la validez de las decisiones jurisdiccionales, sino que aparece como *garante* también de los compromisos internacionales que en materia de *Derechos Humanos* tienen vigencia en América Latina.

Las leyes más modernas demuestran como el propio nombre de “fiscal”, como representante del fisco, muta por la función de procurar en apoyo de los individuos o colectivos de ciudadanos desventajados.

Desde ese lugar parecen resurgir los procuradores y fiscales “civiles o no penales” como **exigentes niveladores frente a las situaciones de desigualdad o asimetrías en el acceso a la justicia de los ciudadanos, en particular los sectores más vulnerables de la población.**

Es decir, la primigenia razón de poder (resguardar los intereses del soberano) mutó en una clara razón de justicia.

Habrà que definir en qué casos, dentro de este nuevo modelo, procederà la intervención del ministerio público, siempre teniendo en mira procurar la nivelación paritaria de intereses tutelados por el Estado Constitucional y democrático de Derecho.

### 1.3. Estado de situación normativa en América Latina

La tarea encomendada en este punto es por lo demás compleja, toda vez que existen normas dispersas en distintos ordenamientos entre lo sustantivo (civil, comercial, laboral, previsional, consumidores, etc.), lo procesal y lo organizacional. Además, se encuentran algunas dificultades para acceder a ellas y un mayor grado de complejidad en países como Brasil y Argentina, por la cantidad de estados federados.

Por tal motivo se abordarán los aspectos más significativos dentro del material al que se ha podido acceder. En primer lugar, se habrá de referir la normativa constitucional y los aspectos más interesantes vinculados con la actuación del ministerio público no penal. Siguiendo la tradición que emana de la Revolución Francesa, las Cartas Magnas como regla les asignan a los fiscales o procuradores la función de garantizar la **custodia o control de la “legalidad”**, a cuyo efecto los sitúan a la par de los jueces. Así, cuando se refieren a que son “**defensores de la legalidad**”, como sucede con el Art. 120 de la Constitución Argentina, no se puede pensar en otra legalidad que no sea ese “control, cumplimiento o resguardo” de la Ley Fundamental. En esa dirección se refieren a la

Constitución, los Tratados, el Debido Proceso.

i. Reglas Generales: **defensa de la legalidad**

Dicha función en **Bolivia y Argentina**, por ejemplo, está expresada en términos similares. En el primero de los países, el Art. 225 estatuye: “1. *El Ministerio Público defenderá la legalidad...*”, y en términos casi idénticos, en el segundo dice el Art. 120: “..., *que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad...*”.

En **Brasil**, el Art. 127 prevé: “*El Ministerio Público es una institución permanente, esencial para la función jurisdiccional del Estado, **incumbiéndole la defensa del orden jurídico...***”

En el caso de **Colombia**, (1991) el Art. 277 establece en primer término: “1. *Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos*”, tarea que aparece implícita en otros incisos del mismo artículo, así como: “5. *Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas. 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.*”

En el Art. 159 de la Constitución de **Perú** también se expresa la regla: “1. *Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.*”

En el caso de **Venezuela** (1999), se establece un claro orden de atribuciones, Art. 285: “1. *Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República. 2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso... 5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones. 6. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley. Estas atribuciones no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los o las particulares o a otros funcionarios o funcionarias de acuerdo con esta Constitución y la ley.*”

En tanto que en **Ecuador** (2008) aparece dentro de las funciones, en el Art. 219: “*Coadyuvará en el patrocinio público **para mantener el imperio de la Constitución y de la ley.***”

Podría interpretarse que esta función está implícita en la Constitución de **Panamá** (2004), entre la defensa del interés del estado y la defensa de la legalidad, en los Arts. 219 a 222: *“Defender los intereses del Estado o Municipio, **promover el cumplimiento y ejecución de las leyes, sentencias y disposiciones.**”*

En **México**, en cambio la referencia es indirecta, en el Art. 102, ya que aparece como un principio pero dentro de la carrera para ejercer el cargo: *“La ley establecerá las bases para la formación y actualización de los servidores públicos de la Fiscalía, así como para el desarrollo de la carrera profesional de los mismos, la cual **se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos.**”*

Algo similar acontece en **República Dominicana** (2015), donde pareciera que solo rige la institución para lo penal, se regula como principio en el Art. 170 que señala: *“Ejerce sus funciones conforme a los principios de legalidad, objetividad, unidad de actuaciones, jerarquía, indivisibilidad y responsabilidad.”*

## ii. Reglas Generales: **representación de la sociedad**

La mayoría de los estados reconocen expresamente la “representación de la sociedad ante la jurisdicción” como función esencial de los fiscales.

En **Brasil**, el Art. 127 consigna: *“El Ministerio Público es una institución permanente, esencial para la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los **intereses sociales e individuales indisponibles.**”*

En **Bolivia** aparece detrás de la legalidad como una de las dos funciones prioritarias en el Art.225, que señala: *“...y los intereses generales de la sociedad...”*

En **Argentina**, el Art. 120 establece: *“...que tiene por función la promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad que tiene por función la 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.**”*

En **Paraguay** la Constitución establece en su Art. 266: *“El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado...”*, y si bien se refiere con amplitud a la función penal, al final del Art. 268 (De los deberes y las atribuciones) deja abierta una puerta para que sea la ley la que pueda regular la función: *“los demás deberes y atribuciones que fije la ley.”* Ello, precedido de otra expresión amplia: *“Recabar información de los funcionarios públicos para el mejor cumplimiento de sus funciones, y...”*. Por otro lado, podría interpretarse que cuando se refiere al deber de: *“Velar por el*

*respeto de los derechos y de las garantías constitucionales*” (268). El amplio campo de actuación ante los órganos jurisdiccionales también abarca las demás materias judiciales.

En **Perú** el Art. 159 reza: “3. *Representar en los procesos judiciales a la sociedad.*”

En esta línea también se encuentra el Art. 277 de **Colombia**: “2. *Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.* 3. ***Defender los intereses de la sociedad***”. A nuestro ver esa función también está implícita en el inciso 2.

iii. Países que tienen escasas referencias a lo no penal

Entre ellos se destaca en un extremo **México**, cuyo Art. 102 solo habla de la función penal. Sucede lo mismo con el Art. 169 de **República Dominicana** y el Art. 83 de **Chile**.

Luego podemos referir **Ecuador** cuya Constitución (2008) en su Art. 219 se refiere largamente a las funciones penales y solo al final consigna: “*Coadyuvará en el patrocinio público para mantener el imperio de la Constitución y de la ley.*”, y agrega una frase que eventualmente podría abrir otras puertas: “*Tendrá las demás atribuciones, ejercerá las facultades y cumplirá con los deberes que determine la ley.*” Relevada la legislación solo se advierte la tradicional regulación genérica respecto a cuestiones civiles, de familia y de menores.

iv. Reglas generales, los que introducen **nuevas funciones**:

En primer lugar, como fue anticipado, se ubica la Constitución de **Brasil** de 1988, al prever expresamente en su Art. 127 que le incumbe la defensa del “*...régimen democrático*”. Y el más llamativo, Art. 129 inc.3: “***Promover la demanda civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos...***”

Otro país señero es **Colombia** (1991), que en el capítulo del Ministerio Público, en su Art. 277 establece: “4. ***Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.***” Esta función moderna aparece matizada por el componente tradicional del orden público, pero con una mirada más amplia: “7. *Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.*”

v. **Remisión a la ley**

La remisión a demás funciones que instituya la ley la tienen **Ecuador, Paraguay, Colombia y Perú**, entre otros países.

## vi. Dispersión normativa

El análisis legislativo, como se ha dicho anteriormente, resulta dificultoso dado que las normas que regulan la institución no penal suelen estar en diversos cuerpos.

Se advierte además que el estado de la legislación es confuso y errático. Se hará referencia a algunas reglas generales y luego se procurará destacar los países que en principio reflejan regulaciones más novedosas, sumadas a las tradicionales.

### Algunos casos a título ejemplificativo

En el ámbito legislativo aparecen algunas especificaciones interesantes.

En primer lugar, comenzando con las funciones tradicionales, merece mención referencial **Panamá**, cuyo Código Judicial, Ley N° 23 de 1986 y modificada en 2001, prevé, entre las atribuciones generales de los agentes del Ministerio Público: servir de consejeros administrativos, oír las quejas contra servidores públicos, solicitar la práctica de diligencias (interés nacional), emitir dictámenes en procesos civiles en que intervengan incapaces o relacionados con el estado civil de las personas, emitir opinión y representar intereses públicos en procesos de familia (Arts. 347 y 348).

En **Perú** la legislación también es tradicional, conforme la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 52, que en su Art. 51 prevé la *intervención del Fiscal Supremo en lo Civil frente a la violación de alguno de los derechos consignados en la Constitución Política*, correspondiéndole denunciar ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia a los Jueces o a los Vocales del Tribunal que hubiesen intervenido en el proceso.

En el Art. 89 de la mencionada ley, entre las atribuciones del Fiscal Superior en lo Civil se encuentran el emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia en los siguientes casos:

3- En los procedimientos que tengan por *objeto velar por la moral pública y las buenas costumbres*.

4- En los procedimientos para resolver los conflictos de autoridad y las contiendas de competencia.

5- En los que sigan terceros contra los fundadores de una sociedad anónima de constitución por suscripción pública, en los casos de responsabilidad solidaria que establece la Ley de la materia.

6- En los casos de rehabilitación del quebrado.

7- En las tercerías contra el embargo trabado en bienes del procesado penalmente o del

tercero civilmente responsable, así como en la quiebra de cualquiera de ellos. En estos casos podrá solicitar la información que convenga al Fiscal Superior en lo penal que conoció de la acción de amparo, procedimientos contencioso-administrativos.

Lo llamativo es que dice expresamente que: El *dictamen será meramente ilustrativo y su omisión no causará nulidad procesal* en los casos que expresamente señala la Ley.

No escapa de la línea de defensa de la legalidad **Bolivia**, cuya Ley Orgánica del Ministerio Público N° 260, establece como funciones en su Art. 12: 1. Defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad, a través del ejercicio de la acción penal pública en los términos establecidos en la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y las leyes.

Además, el Código procesal civil surge de modo expreso que interviene en supuestos de ejecución de sentencia extranjera inconstitucionalidad.

**vii.** Desde una **perspectiva más moderna**, se verá:

En **Brasil** el nuevo **Código Procesal Civil** (llamado de Procedimiento), Ley N° 13.105 (2015), prevé un Título específico sobre el Ministerio Público y de allí surge por ejemplo (Art.178), su intervención cuando se trate de casos de: interés público o social, incapaz de interés, los conflictos colectivos por la posesión de tierras rurales o urbanas. A su vez, en el Capítulo de Acciones de Familia hay una minuciosa regulación de su intervención, siguiendo la regla general que rige en toda la región.

Por otro lado, el **Código de Defensa del Consumidor**, Ley N° 8.078 de 1990, regula que para la actuación judicial, cuando se trate de defensa colectiva, casos del Art. 81, el primer *legitimado para ejercer la acción*, conforme con el Art. 82, es el Ministerio Público, concurrentemente con el Gobierno Federal, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal.

Los mismos legitimados podrán intervenir en *acciones colectivas en defensa de intereses individuales homogéneos*, conforme el Art. 91 de dicho Código.

En otro orden, conforme la **Ley Orgánica de Brasil**, Ley Complementaria N° 75 de 1993, Art. 5<sup>66</sup>, consigna que son funciones institucionales del Ministerio Público de la Unión:

I.- *La defensa del orden jurídico, del régimen democrático, de los intereses sociales y de los intereses individuales indisponibles*, considerados, entre otros, los siguientes fundamentos y principios:

a) la soberanía y la representatividad popular;

<sup>66</sup> Se aclara que dada la variada comprensión y el alcance que se atribuye a las funciones, es que se transcriben en su totalidad.

- b) los derechos políticos;
- c) los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil;
- d) la indisolubilidad de la Unión;
- e) la independencia y la armonía de los poderes de la Unión;
- f) la autonomía de los Estados, del Distrito Federal y de los municipios;
- g) los sellos colocados en la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios;
- h) la legalidad, la impersonalidad, la moralidad y la publicidad en relación con la administración pública directa, indirecta o fundacional, de cualquiera de los Poderes de la Unión;

II.- *Garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales:*

- a) el sistema de impuestos, las limitaciones de la potestad tributaria, la distribución del poder y la imposición del impuesto sobre los ingresos y los derechos del contribuyente;
- b) las finanzas públicas;
- c) *la actividad económica, la política urbana, agrícola, tierra y la reforma agraria y el sistema financiero nacional;*
- d) *la seguridad social, la educación, la cultura y el deporte, la ciencia y la tecnología, los medios y el medio ambiente;*
- e) la seguridad pública;

III.- *La defensa de los siguientes bienes e intereses:*

- a) el patrimonio nacional;
- b) *el público y el patrimonio social;*
- c) *el patrimonio cultural brasileño;*
- d) *el medio ambiente;*
- e) *los derechos e intereses colectivos, especialmente las comunidades indígenas, familia, niños, adolescentes y ancianos;*

IV.- Para *asegurar* el respeto efectivo de los poderes públicos de la Unión, los *servicios de relevancia pública y los medios de comunicación los principios, garantías, condiciones, derechos, deberes y prohibiciones previstas en la Constitución Federal* y la legislación relativa a los medios de comunicación;

V.- Para asegurar el respeto efectivo de las autoridades públicas de la UE y de los servicios públicos como relevantes:

- a) *los derechos garantizados en la Constitución, relativo a las acciones y servicios de salud y educación;*
- b) *los principios de legalidad, personalidad, moralidad y publicidad;*

VI.- Realizar otras funciones previstas en la Constitución y la ley.

A modo de ejemplo, dada la cantidad de Estados que integran Brasil, se ha tomado solo uno que resulta ilustrativo:

En el **Estado de Bahía**, el Art. 43 de Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado N°11 de 1996 prevé fiscales especializados en materia civil.

Por otra parte, el Art. 72 establece como funciones de los fiscales no penales<sup>67</sup>:

- I.- *Promover la defensa de la democracia y de los intereses sociales e individuales;*
- II.- Proponer una acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos estatales o locales en la faz de la Constitución del Estado;
- III.- *Promover* la representación destinada a la intervención del Estado en los municipios para garantizar la aplicación de la ley, orden o decisión judicial;
- IV.- *Promover la demanda civil y la acción civil pública:*
  - a) la protección de los derechos constitucionales;
  - b) la protección, *prevención y reparación de daños, los consumidores, los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico del medio ambiente;*
  - c) la protección de los *intereses individuales, difusos y colectivos, en relación con las comunidades indígenas, la familia, los niños, los adolescentes, los ancianos, las minorías étnicas, los consumidores y los discapacitados;*
  - d) las acciones de cancelación o nulidad nocivos para la propiedad pública o la moralidad administrativa del Estado o de los municipios, sus administraciones o indirectos fundamentales o entidades privadas que participan en el Gobierno;
- V.- Proponer una acción directa de inconstitucionalidad por omisión medida necesaria para que la regla o principio de la Constitución del Estado eficaz;
- VI.- Manifiesta en los casos en los que su presencia es requerida por la ley, y también cuando sea apropiado de intervención para garantizar el ejercicio de sus funciones institucionales, sin importar la etapa o la extensión de la jurisdicción en la que se trata de procesos;
- VII.- Para decidir sobre la participación en la protección del medio ambiente de organismos estatales, mano de obra, consumo, política criminal y penitenciaria y otras afecciones a su área de especialización;
- VIII.- Implore "habeas corpus", "habeas data", requerimiento judicial y una orden judicial cuando se refiere en realidad a su área de deberes funcionales;
- IX.- Demanda en la corte, el oficio y de manera complementaria, a culpar a los gestores de los fondos públicos condenados por Tribunales de Cuentas;
- X.- *Defender ante los tribunales, además, a los derechos e intereses de los pueblos indígenas, entre ellos los relativos a tierras que tradicionalmente habitadas por proponer las acciones necesarias;*
- XI.- Proponer *acciones de responsabilidad de proveedores de bienes y servicios;*
- XII.- Recursos ante el Tribunal de Justicia del Estado, el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia, siempre que se descuidan los intereses protegidos por la acusación;

En **Colombia**, la Ley Orgánica del Ministerio Público regula solo la actividad penal. En

<sup>67</sup> Para mayor ilustración se transcribe todo lo no penal y se resaltan los aspectos que se consideran más novedosos.

tanto que en lo que a este relevamiento respecta, hay que recurrir al Reglamento de la Estructura de la Procuraduría General de la Nación (Decreto 262/2000), que autoriza intervenir a los procuradores en procesos civiles, agrarios, contencioso administrativos, laborales y en procesos de familia, para que conozcan cuando sea necesario para defender el orden jurídico, el patrimonio público, las garantías y derechos fundamentales, individuales, colectivos o del ambiente.

Parecen de particular relevancia dos códigos, el **General del Proceso** y el **Administrativo**. **Código General del Proceso**, Ley N° 1564 de 2012, Arts. 45 y 46:

Art. 45: Las funciones del Ministerio Público se ejercen<sup>68</sup>:

1. Ante la Corte Suprema de Justicia y los tribunales superiores de distrito judicial, por el respectivo procurador delegado.
2. Ante los jueces del circuito, municipales y de familia, por los procuradores delegados. También podrán hacerlo a través de los personeros municipales del respectivo municipio, como delegados suyos y bajo su dirección.
3. Ante las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, a través de quien fuere competente en caso de haberse tramitado el proceso ante un juez o tribunal.
4. *Ante los tribunales de arbitraje*, de acuerdo con las reglas especiales que rigen la materia. A falta de norma expresa, a través de quien fuere competente en caso de haberse tramitado el proceso ante un juez o tribunal.

Art. 46: Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, el Ministerio Público ejercerá las siguientes funciones:

1. *Intervenir en toda clase de procesos, en defensa del ordenamiento jurídico, las garantías y derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales o colectivos.*
2. *Interponer acciones populares, de cumplimiento y de tutela, en defensa del ordenamiento jurídico, para la defensa de las garantías y derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales o colectivos, así como de acciones encaminadas a la recuperación y protección de bienes de la nación y demás entidades públicas.*
3. Ejercer las funciones de defensor de incapaces en los casos que determine la ley.
4. Además de las anteriores funciones, el Ministerio Público ejercerá en la jurisdicción ordinaria, de manera obligatoria, las siguientes:
  - a) Intervenir en los procesos en que sea parte la nación o una entidad territorial.
  - b) Rendir concepto, que no será obligatorio, en los casos de allanamiento a la demanda, desistimiento o transacción por parte de la nación o una entidad territorial.
  - c) Rendir concepto en el trámite de los exhortos consulares.

68 Para mayor ilustración se hace una transcripción amplia y se resalta lo que se considera más novedoso.

Agrega que el Ministerio Público intervendrá como sujeto procesal especial con amplias facultades, entre ellas la de interponer recursos, emitir conceptos, solicitar nulidades, pedir, aportar y controvertir pruebas.

Cuando se trate del cumplimiento de una función específica del Ministerio Público, este podrá solicitar la práctica de medidas cautelares.

**Código de Procedimiento Administrativo**, Ley N° 1437 de 2011. Se destaca el Art. 303. Artículo 303. Atribuciones del Ministerio Público.

El Ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo *en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales*. En los procesos ejecutivos se notificará personalmente al Ministerio Público el mandamiento de pago, la sentencia y el primer auto en la segunda instancia. Además, tendrá las siguientes atribuciones especiales:

1. Solicitar la vinculación al proceso de los servidores o ex servidores públicos que con su conducta dolosa o gravemente culposa hayan dado lugar a la presentación de demandas que pretendan la reparación patrimonial a cargo de cualquier entidad pública.
2. *Solicitar que se declare la nulidad de actos administrativos.*
3. *Pedir que se declare la nulidad absoluta de los contratos estatales.*
4. Interponer los recursos contra los autos que aprueben o imprueben acuerdos logrados en conciliación judicial.
5. Interponer los recursos extraordinarios de que trata este Código.

Otro país que regula de modo novedoso el instituto en estudio es **Venezuela**, en la Ley Orgánica del Ministerio Público (2007). El título II<sup>69</sup>, en cuanto a la competencia del órgano, en su Art. 16 prevé: “2. *Garantizar el debido proceso, la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales vigentes en la República, actuando de oficio o a instancia de parte.*”

“8. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal y administrativa en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus atribuciones, así como la penal y civil de los o las particulares.”

69 En cada caso se hace una transcripción amplia y se destaca lo que parece más novedoso.

“12. Investigar y ejercer ante los tribunales competentes, las acciones a que hubiere lugar con ocasión de la violación de las garantías constitucionales y derechos humanos, por parte de funcionarios públicos o funcionarias públicas o particulares.”

Como regla general, el Art. 25: “18. Solicitar de los jueces o juezas en *materia civil*, la notificación inmediata a el o a la Fiscal Superior correspondiente, de todas las causas que se inicien en sus juzgados, en las que *estén interesados el orden público y las buenas costumbres*, cuando no exista en una determinada circunscripción judicial un representante especial del Ministerio Público para asuntos de familia.”

Art. 31: “7. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, militar, penal, administrativa en que incurran los funcionarios o funcionarias del sector público con motivo del ejercicio de sus funciones, así como la responsabilidad penal y civil de los particulares.”

Art. 41: “2. *Ejercer las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, administrativa, disciplinaria, laboral y militar de los funcionarios públicos o funcionarias públicas por violaciones de derechos humanos.*

3. *Garantizar la celeridad procesal, el juicio previo y el debido proceso en sede administrativa y judicial.*

En lo que hace al sistema de protección de Niños, Niñas, Adolescentes y Familia, se destaca, Art. 43: “2. *Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral o administrativa de las personas naturales o jurídicas, según sea el caso, que por acción u omisión violen o amenacen derechos individuales, colectivos difusos de niños, niñas y adolescentes.*”

Mención especial merecen los **Fiscales en Defensa del Medio Ambiente**.

Art. 46: son aquellos o aquellas a quienes *corresponde el ejercicio de las acciones penales y civiles derivadas de la comisión de hechos punibles de carácter ambiental, y las demás atribuciones que les confieren las leyes, relacionadas con la materia.*

2. Ejercer la acción civil derivada de los delitos ambientales, de conformidad con las leyes.

3. Dirigir o realizar, según el caso, las investigaciones penales ambientales y las diligencias efectuadas por los órganos policiales competentes; supervisar la legalidad de las actividades correspondientes y disponer todo lo referente a la adquisición y conservación de los elementos de convicción.

4. *Solicitar ante el órgano jurisdiccional competente las medidas precautelativas necesarias para eliminar un peligro, interrumpir la producción de daños al ambiente o a las personas, o evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga.*

5. Realizar, conforme a la ley y reglamentos correspondientes, servicios de guardería

ambiental.

También existen fiscalías especializadas para atender *cuestiones de indígenas*.

Artículo 48. Son *Fiscales del Ministerio Público con Competencia en Materia Indígena*, aquellos o aquellas a quienes corresponda *el ejercicio de las respectivas acciones o recursos, con ocasión de la violación de los derechos y garantías constitucionales de los o las integrantes de los pueblos y comunidades indígenas, en el curso de procedimientos administrativos, civiles o laborales*.

En **Argentina**<sup>70</sup>, el Art. 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 27.148 establece que deberá intervenir entre otras cuestiones, en conflictos en los que se encuentren *afectados intereses colectivos o difusos*; en los que se encuentre afectado el *interés general de la sociedad o una política pública trascendente*; en los que se encuentre *afectado de una manera grave el acceso a la justicia* por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas.

A su vez, el Art. 31 de la Ley N° 27.148 establece en cuanto a la actuación en materia no penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que la actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación en materia Civil, Comercial, Civil y Comercial Federal, Contencioso Administrativo Federal, Laboral, Seguridad Social y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estará a cargo de los fiscales y fiscales generales con competencia en esos asuntos.

Estos magistrados y los titulares de las unidades fiscales en materia no penal con asiento en las provincias tendrán como función:

- a) *Velar por el debido proceso legal.*
- b) *Peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional.*
- c) *Solicitar la recusación con causa de los jueces intervinientes, producir, ofrecer y solicitar la incorporación de prueba, peticionar el dictado de medidas cautelares o dictaminar sobre su procedencia, plantear nulidades, plantear inconstitucionalidades,*

<sup>70</sup> Por ahora y por razones de tiempo, se ha limitado a hacer mención al aspecto nacional, toda vez que las provincias más avanzadas en la materia lo toman como referencia. Al igual que en los casos anteriores, se resaltaré lo que aparece como más novedoso en un verdadero nuevo impulso dado por la Procuración General de la Nación.

interponer recursos, interponer las acciones previstas en la ley 24.240<sup>71</sup> y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en defensa del debido proceso.

d) Intervenir en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al **patrimonio social**, a la **salud pública** y al **medio ambiente**, al **consumidor**, a **bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico**, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan.

e) Intervenir en **cuestiones de competencia**, habilitación de instancia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público.

f) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombres de las personas, venias supletorias y declaraciones de pobreza.

g) Intervenir en todos los procesos judiciales en que se **solicite la ciudadanía argentina**.

h) Realizar investigaciones con relación a los casos en los que interviene a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, a los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales.

i) Impulsar la actuación conjunta con las fiscalías de distrito y las procuradurías especializadas.

Y entre otras: Ejercer las demás funciones previstas por leyes especiales.

Las modernas legislaciones civiles, como el nuevo Código Civil y Comercial argentino, Ley N° 26.994, contienen una innumerable cantidad de artículos vinculados con los procesos de familia y aquellos, v. gr. Art. 10: “...en los que se encuentran *involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida*; la falta de intervención causa la nulidad relativa del actos procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida;...”

La *Ley de Defensa del Consumidor* N° 24.240 de 1993, regula en su Art.52 que para ejercer la acción judicial también está legitimado el Ministerio Público Fiscal y que cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. A su vez, el Art. 54 establece con relación a las acciones de incidencia colectiva, que para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción “deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que este sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados”<sup>72</sup>.

Para regular expresamente la actuación de los fiscales, se ha creado en el ámbito de la

71 Defensa del Consumidor.

72 Esta norma fue modificada por Ley N° 26361 del año 2008, pero en este punto no ha sido modificada la intervención de los fiscales.

*Procuración General de la Nación, el Programa para la Protección de Usuarios y Consumidores* por la resolución PGN N° 2968/2015, fundado en la importancia adquirida por la materia a raíz de la reforma constitucional del año 1994<sup>73</sup>, que consagró a la Protección del Consumidor en lo más alto del sistema jurídico, provocando el surgimiento de un nuevo paradigma. En base a ello, el Ministerio instituyó esta estructura a fin de elevar la capacidad de intervención técnica efectiva en la materia. Dicho Programa regula las siguientes funciones:

- 1) Colaborar con los/as fiscales del ámbito civil, comercial, civil y comercial federal y contencioso administrativo, de todas las instancias, en el desarrollo de las acciones fundadas en las relaciones de consumo.
- 2) Actuar como parte y/o fiscal de la ley en las acciones previstas por el artículo 52 y 54 de la Ley de Defensa del Consumidor.
- 3) Asistir a los/as fiscales del ámbito civil, comercial, civil y comercial federal y contencioso administrativo -cuando así lo requieran- en las intervenciones y dictámenes que se encuentran previstos en la Ley de Defensa del Consumidor.
- 4) Coordinar con el programa ATAJO el asesoramiento a personas en condiciones de vulnerabilidad -en los términos de la Resolución PGN N° 58/09- sobre los derechos que les asisten como consumidores y usuarios, la recepción y derivación de denuncias, como así también facilitar la resolución alternativa de conflictos sobre la especialidad.
- 5) Generar mecanismos de prevención de conflictos de consumo y desarrollar acciones de promoción tendientes al conocimiento de la comunidad en general sobre la temática.
- 6) Elaborar y administrar una base de datos sobre los casos vinculados a la protección de usuarios y consumidores en los que intervenga el Ministerio Público Fiscal, con el objeto de realizar estadísticas o estudios analíticos en la temática.
- 7) Proponer a la Procuradora General de la Nación programas de capacitación, proyectos de reformas legislativas, protocolos de actuación, celebración de convenios de cooperación con organismos del Estado Nacional, Provincias o Municipios u organismos internacionales, como así también toda otra iniciativa que consideren necesaria para el ejercicio de sus funciones.
- 8) Efectuar un seguimiento y estudio permanente de la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional sobre la especialidad.

A su vez, el fuero ha sido creado en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y aún no ha comenzado a funcionar, por lo que siguen deduciéndose acciones en el fuero nacional.

<sup>73</sup> Que prevé en su Art. 42 sobre derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios.

En **Guatemala**, Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala, Decreto N° 40-94, prevé en su Art. 29 fiscalías especializadas, más allá de lo penal:

Artículo 35. **Fiscalía Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal.** Esta Fiscalía intervendrá en los procesos de inconstitucionalidad, amparo y exhibición personal.

*Promoverá todas aquellas acciones que tengan por objeto velar por el estricto cumplimiento de la Constitución Política de la República y demás leyes en esta materia.*

Artículo 36. **Fiscalía de Menores o de la Niñez.** Esta fiscalía tendrá a su cargo la intervención que se le confiere al Ministerio Público en el procedimiento para menores. Contará con el asesoramiento de un gabinete interdisciplinario de especialistas en problemas de menores.

Artículo 37. **Fiscalía de la Mujer.** Esta fiscalía tendrá a su cargo la intervención del Ministerio Público en los procesos que *involucren a una o varias mujeres y que tengan relación con su condición de mujeres.* Contará con la asesoría de especialistas en la materia respectiva.

Artículo 38. **Fiscalía de Ejecución.** Esta fiscalía tendrá a su cargo la intervención ante los jueces de ejecución y deberá promover todas las acciones referidas a la ejecución de la pena y la suspensión condicional de la persecución penal.

#### 1.4. Corolario

Si bien todavía no se puede hablar de una tendencia normativa clara, sí comienza a vislumbrarse la aparición de senderos antes no explorados, todos ellos vinculados con las nuevas generaciones de derechos reconocidos a los ciudadanos, ya sea en temáticas relativas a los consumidores o a medio ambiente, por mencionar algunas.

Por lo demás, toda la legislación latinoamericana prevé la intervención del Ministerio Público en defensa del patrimonio estatal, de familia y menores; además de la constante regulación de su participación necesaria en resguardo del orden constitucional (acciones de inconstitucionalidad) y legal en general, con la pertinente actuación ante los tribunales superiores, sean Superiores Tribunales o Cortes y Tribunales que cumplen función de Casación; supuestos en los que siempre está implícita la defensa de la legalidad y la custodia, de algún modo, del cumplimiento regular de la conducta de los funcionarios públicos.

Las nuevas dimensiones que ha adquirido la labor de los Ministerios Públicos no penales todavía son embrionarias y, como se reseñará, en algunos países su proyección adquiere

gran importancia por el impacto que genera en las decisiones jurisdiccionales.

#### Listado de ejes a relevar en los estudios locales

- 1) Determinar si la función que cumplen los fiscales “civiles en general” o “no penales”, es:
  - a) **formal**, mediante dictámenes o simples emisiones de opinión, cuando los jueces se lo solicitan o las leyes lo prevén expresamente;
  - b) **activa**, mediante el ejercicio de la acción, ya sea por interposición de demanda, deducción de vías de impugnación provocando la apertura de nueva instancia o alguna otra modalidad que las leyes y costumbres del lugar le requieran cumplir; en definitiva, si tienen un papel dinámico y fuertemente comprometido con la defensa del interés de que específicamente se trate (consumidores, medio ambiente, seguridad social, políticas públicas y demás supuestos de intereses colectivos).
- 2) ¿Qué alcance se le ha conferido a la tradicional concepción de interés público? En este aspecto, ¿se han interrelacionado en el reconocimiento de la institución los conceptos de ‘interés público’, el ‘bien público’ o el ‘bienestar general’?
- 3) Verificar si el reconocimiento de nuevas generaciones de derechos ha incidido o no en el desarrollo de la tarea fiscal. En este punto, específicamente, si se advierten cambios en las últimas décadas en lo que hace a la materia de interés que ha generado su actividad.
- 4) Indagar acerca del papel que la institución cumple en procura de garantizar un efectivo y eficaz acceso a la justicia.
- 5) Determinar si se trata de un órgano de control que evita el ejercicio abusivo de la jurisdicción, o si por el contrario es un colaborador de los jueces.
- 6) Indagar acerca de la distinción entre las funciones de fiscales no penales y de los defensores públicos.
- 7) Indagar acerca de la necesidad o no de *dotar de mayor valor institucional* a la opinión de los fiscales frente al acto decisorial del juez.

- 8) ¿Es compatible el papel que cumplen los fiscales no penales con el del Defensor del Pueblo y sus distintas proyecciones, como la del Defensor del Consumidor?
- 9) Determinar si la dependencia institucional incide o no en la tarea que desarrollan los fiscales no penales.

La tarea de relevamiento podría ser encargada siguiendo diferentes líneas metodológicas de trabajo que conforme la siguiente propuesta podrían ser paralelas y de tal modo posibilitar el entrecruzamiento de la información.

La tarea de indagación debería llevarse a cabo por diferentes vías:

- a) Relevando minuciosamente la regulación sustantiva, procesal y meramente reglamentaria de cada país, así como los usos y costumbres no reglados;
- b) Relevando y sistematizando la jurisprudencia, con el objetivo de verificar cuál es el verdadero reconocimiento que hacen los órganos jurisdiccionales sobre las opiniones o acciones ejercidas por estos órganos.

Otra modalidad sería a través de encuestas en el ámbito de los ministerios públicos fiscales, denominados civiles o que cumplen también funciones no penales, para aquellos casos en que su competencia sea múltiple. Mediante ellas recabar opinión acerca de:

- a) la necesidad de subsistencia del instituto.
- b) distinción entre las funciones de los fiscales y las de los defensores.
- c) posibilidades de reducir y de ampliar en su caso la competencia del organismo.
- d) propuestas sobre modos de actuación: coadyuvante o autónoma.

## 2. Segunda parte: Estudios por País

### 2.1. Introducción

#### **Evolución de las fiscalías no penales en América Latina: los casos de Argentina, Colombia, Perú y Brasil**

Los orígenes del Ministerio Público no penal en América Latina son confusos, producto de diversas razones históricas y políticas que no solo generaron su aparición, sino que posibilitaron su subsistencia. Tal cuestión se refleja claramente en las legislaciones de los cuatro países bajo análisis, donde se encuentran marcados los vestigios de una época colonial pasada.

Ello, en la actualidad, impide definir una función unívoca. Básicamente por su origen y desarrollo es que resulta ser polifuncional.

A continuación se hará una breve reseña de los antecedentes de los cuatro países en cuestión. Luego, también en paralelo, se abordará el desarrollo jurisprudencial, materia que será abordada solo en la República Argentina debido a razones de dificultad de acceso de información específica.

**En el caso de la Argentina**<sup>74</sup>, el Ministerio Público era una institución sin rango constitucional hasta la reforma constitucional de 1994, a diferencia de su situación en las constituciones provinciales, en las que desde mucho tiempo antes tenía definida su ubicación como órgano del Poder Judicial; con excepción de la provincia de Salta, que en su constitución se lo concibió como un órgano extrapoder.

Ahora bien, el Ministerio Público estuvo previsto como parte integrante del Poder Judicial en el Reglamento de Institución y Administración de Justicia de 1812, en el Reglamento Provisorio de 1817, en las Constituciones de 1819 y 1816, y aun en la Constitución Nacional de 1853, hasta la reforma de 1860 que no lo mencionó.

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.

Por otra parte, la reforma acaecida en el año 1860 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.

A partir de ahí, la regulación de lo atinente al Ministerio Público se instrumentó en leyes (entre ellas las N° 27, 1893, 3367, 4162, 4055, 17.516, 18.345, 19.539, 20.521), y también en el decreto-ley 1285/58.

En la actualidad, la existencia, características y funcionalidad del Ministerio Público se postulan a través del art. 120 de la Constitución Nacional, el cual establece que “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”.

<sup>74</sup> Ministerio Público Fiscal, República Argentina, en <http://www.mpf.gob.ar/>.

Tal normativa constitucionalizó al Ministerio Público como un órgano extrapoder, ya que debe destacarse que se lo reguló en una sección independiente a la del Poder Judicial, y por los atributos que se le otorgan se puede afirmar que se ha querido dejarlo fuera del ámbito del órgano jurisdiccional.

Por otra parte, el articulado constitucional aludido dispone que aquel se encuentra integrado por el Procurador General de la Nación, el Defensor General de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

De tal forma, se diferencian dos actividades dentro del Ministerio Público: las propias del Ministerio Público Fiscal y las respectivas al Ministerio Público de la Defensa.

En el año 1998, el Congreso Nacional sancionó la Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley Nº 24.249, que en su art. 1 establecía que “es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. El principio de unidad de actuación debe entenderse sin perjuicio de la autonomía que corresponda como consecuencia de la especificidad de las funciones de los fiscales, defensores y tutores o curadores públicos, en razón de los diversos intereses que deben atender como tales. Posee una organización jerárquica la cual exige que cada miembro del Ministerio Público controle el desempeño de los inferiores y de quienes lo asistan, y fundamenta las facultades y responsabilidades disciplinarias que en esta ley se reconocen a los distintos magistrados o funcionarios que lo integran”.

Casi dos décadas más tarde, en el año 2015, con la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, Ley Nº 27.148, a través de su art. 1 se dispuso que "El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes”.

Por su parte, el art. 2 establece que aquel deberá:

“a) dictaminar en las causas que lleguen a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siempre que exista controversia sobre la interpretación o aplicación directa de una norma de la Constitución Nacional o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte; ello será

determinado por el Procurador General de la Nación a partir del análisis de disposiciones normativas o de las circunstancias y particularidades de la causa;

b) en cualquier otro asunto en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación requiera su dictamen fundado en razones de gravedad institucional o por la importancia de las normas legales cuestionadas.

Asimismo el Ministerio Público Fiscal de la Nación podrá intervenir, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país o tribunal nacional con competencia sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los casos en los que no se haya transferido dicha competencia, siempre que en ellos se cuestione la vigencia de la Constitución o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, o se trate de:

c) Conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos.

d) Conflictos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad o una política pública trascendente.

e) Conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas.

f) Conflictos de competencia y jurisdicción de los órganos jurisdiccionales.

g) Casos en que una norma especial lo determine”.

En esta instancia, es importante recordar que el art. 31 de la norma citada precedentemente sostiene que “La actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación en materia Civil, Comercial, Civil y Comercial Federal, Contencioso Administrativo Federal, Laboral, Seguridad Social y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estará a cargo de los fiscales y fiscales generales con competencia en esos asuntos. Estos magistrados y los titulares de las unidades fiscales en materia no penal con asiento en las provincias tendrán como función: c) Solicitar la recusación con causa de los jueces intervinientes, producir, ofrecer y solicitar la incorporación de prueba, petitionar el dictado de medidas cautelares o dictaminar sobre su procedencia, plantear nulidades, plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer las acciones previstas en la Ley Nº 24.240 y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en defensa del debido proceso”.

En base a lo expuesto, se puede decir que “el Ministerio Público Fiscal en la República Argentina interviene y petitiona en todo asunto en el que se verifiquen conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia, por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas, o cuando se afecte el orden público y/o leyes no disponibles para las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional” (arts. 2 inc. e. y 31 inc. B, Ley Nº 27.148).

A través del dictado de dicha ley se fue redimensionando su actuación, adaptándose en la práctica a la manda del art. 120 C.N., pudiendo por tanto efectuar presentaciones autónomas en el ámbito jurisdiccional, dejando así el anterior límite de dictaminar en el caso concreto sometido a su consideración, ya que podrá constituirse como parte y cuando hay cuestión federal recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía de recurso extraordinario.

Como ejemplo de tal actividad cabe referir a la presentación de diversos recursos extraordinarios propiciando la revisión de sentencias, con base en que habían contrariado normativa constitucional o Tratados de Derechos Humanos.

Todo ello en el marco de la doctrina de la Corte Suprema que -también reconociéndole sus funciones y rol institucional- señaló que el Ministerio Público se halla "facultado para introducir y mantener en la causa, por vía de dictamen, la cuestión federal, base del recurso extraordinario", y luego, sostenerla por vía de recurso. Ejemplo de dicha cuestión son las causas "AESA Aceros Especiales S.A. s/ Quiebra s/incidente de apelación"<sup>75</sup> y "Dolce Pasti S.A. s/ Quiebra"<sup>76</sup>.

Con el pasar de los años -comenzando una línea temporal ficticia desde la reforma constitucional de 1994- se observa que el Ministerio Público Fiscal avanzó notablemente tanto en su funcionalidad como en su actuación. Ello, producto de una mayúscula modificación en el plano normativo como así también resultado de un reconocimiento de la judicatura sobre su legitimación para intervenir directamente en el proceso y su deber de actuación ante un posible atentado al interés público.

De la misma forma, no se debe dejar de destacar la laboriosa producción de los funcionarios del órgano en cuestión que han colaborado notablemente con esta nueva cosmovisión de sus funciones a través del aporte de importante argumentación jurídica en pos de lograr una efectiva participación del ministerio en la defensa de sus objetivos troncales.

**En el caso de Colombia<sup>77</sup>**, el origen del Ministerio Público data del año 1821, con la creación de los fiscales de la Alta Corte de Justicia, quienes obligatoriamente debían dar conceptos en las causas criminales; mientras que en las causas civiles participaban con los magistrados en las decisiones de empate y emitían conceptos en asuntos de hacienda pública o en defensa de la jurisdicción civil.

75 REXA 113 XLVI, de fecha 1.08.2013, "Case S.A.C.I.F.I.E s/ Quiebra" (RHE C 1011 XLIV, de fecha 1.08.2013), "Clínica Marini S.A. s/ Quiebra" (RHE C 534 XLIV, de fecha 1.08.2013).

76 RHE D 231 XLIV, de fecha 1.08.2013.

77 Fiscalía General de la Nación, Colombia, en [www.fiscalia.gov.co](http://www.fiscalia.gov.co)

En el año 1830 se crea la institución del Ministerio mediante la Carta Fundamental de la República de Colombia, Venezuela y Ecuador, expedida el 29 de abril de dicho año. En un comienzo fue ejercido por el Procurador General de la Nación, como agente del poder ejecutivo, con atribuciones para defender a la Nación ante los tribunales y juzgados, velar por la observancia de las Leyes y promover ante cualquier autoridad civil, militar y eclesiástica los intereses nacionales y el orden público.

Luego de varias reformas constitucionales y cambios en los ejes de la organización Estatal y, particularmente del Ministerio Público con la sanción de la Constitución Política del año 1991, se define de manera inequívoca su nuevo carácter como órgano autónomo frente a las demás ramas del Estado y se asigna al Procurador General de la Nación su suprema dirección en su artículo 275.

Es así como el art. 181 de la misma establece: “El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”.

Aquí, el Procurador General de la Nación no depende ya en sus funciones del Presidente de la República. Ello obedece a la filosofía que inspira todo el ordenamiento constitucional contemporáneo, según la cual los órganos de control no deben depender ni funcional ni orgánicamente de los organismos que ellos mismos controlan, porque tal dependencia no solo implica en sí misma una contradicción lógica irreconciliable, sino que por sobre todo, incide negativamente en el ejercicio efectivo del control. En la actual Carta Política, la Procuraduría General de la Nación es, pues, un órgano autónomo e independiente de la rama ejecutiva del poder público, al tenor del artículo 275 de la Constitución Política, en concordancia con los ya citados artículos 113 y 117 Superiores<sup>78</sup>.

Sus funciones como supremo director del Ministerio Público son las de:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos;
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo;
3. Defender los intereses de la sociedad;
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente;

78 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-743/98, disponible en [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-743-98.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-743-98.htm)

5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas;
6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley;
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales;
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso;
9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria;
10. Las demás que determine la ley.

Por su parte, el art. 278 aclara que ejercerá directamente las funciones de:

- “1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo;
2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial;
3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia;
4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes;
5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad;
6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia”.

Dentro del ámbito de los procesos civiles, el Ministerio Público también tiene como objetivo principal y fines constitucionales el cumplimiento de la Constitución Política y de las leyes, de las decisiones judiciales y de los actos administrativos; la protección de los derechos humanos y el aseguramiento de su efectividad; la defensa de los intereses de la sociedad; la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas y la intervención ante las autoridades administrativas y en los procesos judiciales en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

Esto hace que desde el mismo inicio del proceso sea necesaria su participación, por medio de la citación directa, pese a no estar expresamente previsto en el art. 665 del Código Judicial. Es decir, que si bien en estos casos al Ministerio Público no puede reputársele apropiadamente como litigante, goza de muchas de las prerrogativas que sí tienen las partes.

En este sentido, podrá, entre otros actos, recibir cumplidamente las notificaciones de las resoluciones (providencias, autos y sentencias); contestar la demanda, cuando por trámite legal se le pase traslado (debe recordarse que hay casos, como el proceso de divorcio por ejemplo, en el cual el Ministerio Público no recibe traslado de la demanda, sino audiencia para los trámites posteriores); objetar la demanda y solicitar su corrección, si fuere del caso (siempre en los casos de traslado); proponer las demandas, excepciones e incidentes que favorezcan el interés social que representa; presentar oportunamente los escritos de pruebas y contrapruebas; nombrar oportunamente los peritos, testigos actuarios, intérpretes y otros auxiliares judiciales que según la ley le corresponda designar; concurrir puntualmente a la práctica de pruebas, en las horas y fechas señaladas por el tribunal; preguntar o repreguntar a testigos, peritos, actuarios, etc., con la debida diligencia; concurrir puntualmente a las audiencias, diligencias de conciliación y vistas orales señaladas por el tribunal.

Finalmente, cabe adentrarse en la creación de la Fiscalía Superior Especializada en Asuntos Civiles, mediante resolución N° 017 de 17 de marzo de 2006, modificada posteriormente por la Resolución N° 54 del 20 de diciembre de 2012, estableciendo como principales objetivos de la institución la defensa de los intereses del Estado o del Municipio en los procesos civiles y representación del Estado en los procesos que se instauren en contra de éste en la jurisdicción civil; el deber de informar sobre los casos tramitados en su despacho al Procurador General de la Nación tendientes a la defensa de los intereses del Estado; el ejercicio de las acciones civiles que por delegación o comisión le asigne la Procuraduría General de la Nación destinadas a la defensa de los intereses del Estado; la promoción y el sostén de los procesos civiles necesarios para la defensa de los bienes e intereses del Estado, observando las instrucciones que sobre el particular reciba del Órgano Ejecutivo; la realización de todas las acciones tendientes a la consecución de las pruebas pertinentes para una mejor defensa de los intereses de la Nación o del Municipio; la emisión de concepto sobre los denuncios de bienes ocultos, arbitraje y otros métodos de solución de conflicto; la defensa de los intereses del Estado en los procesos civiles que se instauren en los demás distritos judiciales cuando se trate de causas de gran importancia para el Estado.

**En el caso de Perú**<sup>79</sup>, al igual que en la mayoría de los países, la evolución histórica se inicia con la asimilación de los miembros del Ministerio Público al aparato judicial, sin regulación constitucional clara del organismo hasta el año 1979.

En sus inicios se regularon en forma aislada las intervenciones de los fiscales en determinadas instancias dentro del Poder Judicial, sin dar mayores precisiones sobre su rol dentro del proceso y sus atribuciones.

El Ministerio Público Fiscal se erige como institución autónoma por medio de la Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente de 1978, donde se le atribuye personería propia, con independencia, autonomía, organización, composición, funciones, atribuciones, prohibiciones, conforme a los artículos 250 y 251 del Capítulo XI.

Con posterioridad se desarrolló su Ley Orgánica, mediante el Decreto Legislativo 052 del 19 de marzo de 1981, funcionando conforme a ella hasta la fecha, con las modificaciones propias de la Constitución Política de 1993 y suspensiones por las disposiciones legales que establecieron su reorganización, desde el 18 de junio de 1996 hasta el 6 de noviembre de 2000, día en que se promulgó la Ley N° 27.367, que desactivó la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público.

El decreto legislativo 052 referente a la Ley Orgánica del Ministerio Público tiene como sustento la autorización efectuada por intermedio de la Ley N° 23.230.

En cuanto a su función, el art. 1 de la misma establece que radica en la "defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación".

A partir de allí se sentó el principio general sobre que los fiscales actúan en forma independiente en el ejercicio de sus atribuciones, desempeñándose según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución.

Al tratarse de un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

<sup>79</sup> Ministerio Público Fiscalía de la Nación, en [www.mpfm.gob.pe](http://www.mpfm.gob.pe)

Justamente la Constitución Política de Perú (1993), en su título IV sobre la estructura del Estado, capítulo X del Ministerio Público, establece su autonomía y aclara que es presidido por el Fiscal de la Nación, quien es elegido por la Junta de Fiscales Supremos, y que los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva, afectándoles las mismas incompatibilidades.

**En el caso de Brasil<sup>80</sup>**, la evolución es el resultado del desarrollo del estado y la democracia. Su historia está marcada por dos grandes procesos que culminaron en la formalización del porqué como institución y para ampliar su área de operación.

En la época colonial no existía la institución del Ministerio Público. Las Ordenaciones Manuelinas del año 1521 y las Ordenaciones Filipinas del año 1603 hacían mención a los fiscales, atribuyéndoles el papel de fiscalizar la ley y de promover la acusación criminal. También existía el cargo de procurador de los hechos de la Corona (defensor de la Corona) y el de procurador de la Hacienda (defensor del fisco).

Solo en el Imperio, en 1832, con el Código de Proceso Penal del Imperio, se inició la sistematización de las acciones del Ministerio Público.

En la República, el decreto N° 848, de 11/09/1890, al crear y reglamentar la Justicia Federal dispuso, en un capítulo, sobre la estructura y atribuciones del Ministerio Público en el ámbito federal. En este decreto se destacan: a) la indicación del procurador general por el Presidente de la República; b) la función del procurador de "cumplir las órdenes del Gobierno de la Republica relativas al ejercicio de sus funciones" y de "promover el bien de los derechos e intereses de la Unión" (art. 24, letra c).

Pero fue el proceso de codificación del Derecho que permitió el crecimiento institucional del Ministerio Público, ya que los códigos (Civil del año 1917, de Proceso Civil de los años 1939 y 1973, Penal del año 1940 y de Proceso Penal del año 1941) regulaban la institución.

En 1951, la Ley Federal N° 1.341 creó el Ministerio Público de la Unión, que se ramificaba en el Ministerio Público Federal, Militar, Electoral y del Trabajo. El MPU pertenecía al Poder Ejecutivo.

En 1981, la Ley Complementaria N° 40 dispuso sobre el estatuto del Ministerio Público, instituyendo garantías, atribuciones y vedaciones a los miembros del órgano.

80 Ministério Público da União, en [www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico](http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico)

En 1985, la Ley Nº 7.347 de Acción Civil Pública amplió considerablemente el área de actuación del Parquet al atribuir la función de defensa de los intereses difusos y colectivos. Antes de la acción civil pública, el Ministerio Público desempeñaba básicamente funciones en el área criminal. En el área civil, el Ministerio tenía apenas una actuación interviniente, como fiscal de la ley en acciones individuales. Con el advenimiento de la acción civil pública, el órgano pasa a ser agente tutelador de los intereses difusos y colectivos.

En la Constitución de 1824 no se hace referencia expresa al fiscal. Se establece que “en los juicios de los crímenes, cuya acusación no pertenece a la Cámara de Diputados, acusará al procurador de la Corona y Soberanía Nacional”.

La Constitución de 1891 no se refiere expresamente al fiscal. Se dispone sobre la elección del Fiscal General de la República y su iniciativa en la revisión criminal.

Por su parte, la Constitución de 1934 hace referencia expresa al fiscal de los organismos de cooperación "DOS". Además, institucionaliza el Ministerio Público.

En la Constitución de 1937 no se hace referencia expresa al fiscal. Se refiere al Fiscal General de la República y al quinto constitucional.

La Constitución de 1946 hace referencia al fiscal en su título (artículos 125-128) sin vincular los poderes.

La Constitución de 1967 hace referencia expresa al fiscal en el capítulo del poder judicial.

La Enmienda constitucional de 1969 hace referencia específica al fiscal en el capítulo de la rama ejecutiva.

La Constitución de 1988 hace referencia expresa al fiscal en el capítulo "De las funciones esenciales para la justicia." Define las funciones institucionales, las garantías y los sellos de sus miembros. En el ámbito civil, el Ministerio Público adquirió nuevas funciones, destacando su actuación en la tutela de los intereses difusos y colectivos (medio ambiente, consumidor, patrimonio histórico, turístico y paisajístico, persona portadora de discapacidad, niño y adolescente, comunidades indígenas y minorías étnicas-sociales). Esto dio evidencia a la institución, convirtiéndola en una especie de Oidoría de la sociedad brasileña.

## 2.2. Reglas generales

### Marco normativo

#### 2.2.1. Argentina

“El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones” (Art. 120 C.N.).

Conforme el art. 4 del Decreto Ley N° 1285, para ser Procurador General de la Nación se requiere ser ciudadano argentino, abogado graduado en Universidad nacional, con ocho años de ejercicio y las demás calidades exigidas para ser senador.

La institución se encuentra reglamentada a través de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, N° 27.148. Asimismo, se regula su intervención en cuestiones no penales de forma particular en variada normativa entre las cuales se encuentra el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Arts. 387 CCyC), la Ley de Defensa del Consumidor (Arts. 52 y 54 Ley N° 24.240 y modif.), la Ley de de Concurso y Quiebras (Art. 276 Ley N° 24.522 y modif.), entre otras.

#### 2.2.2. Brasil

El Ministerio Público de Brasil es una institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado Brasileño, que tiene incumbencia en la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles (Art. 127 de la Constitución Federal). El mismo detenta autonomía administrativa y presupuestaria.

La institución se encuentra reglamentada en el plexo normativo infraconstitucional por la Ley Orgánica N° 8625/1993 y la Ley Complementaria N° 75/1993.

Asimismo, a nivel estadual la totalidad de los estados tiene su propia Ley Orgánica.

### 2.2.3. Colombia

La Constitución Política del año 1991 establece al MPF como órgano autónomo frente a las demás ramas del Estado, y asigna al Procurador General de la Nación su suprema dirección en su artículo 275. La misma norma suprema en su art. 181 establece: “El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley”.

La Carta Política Actual determina que el Ministerio Público Fiscal es un órgano autónomo e independiente de la rama ejecutiva del poder público, al tenor del artículo 275 de la Constitución Política, en concordancia con los ya citados artículos 113 y 117 Superiores.

### 2.2.4. Perú

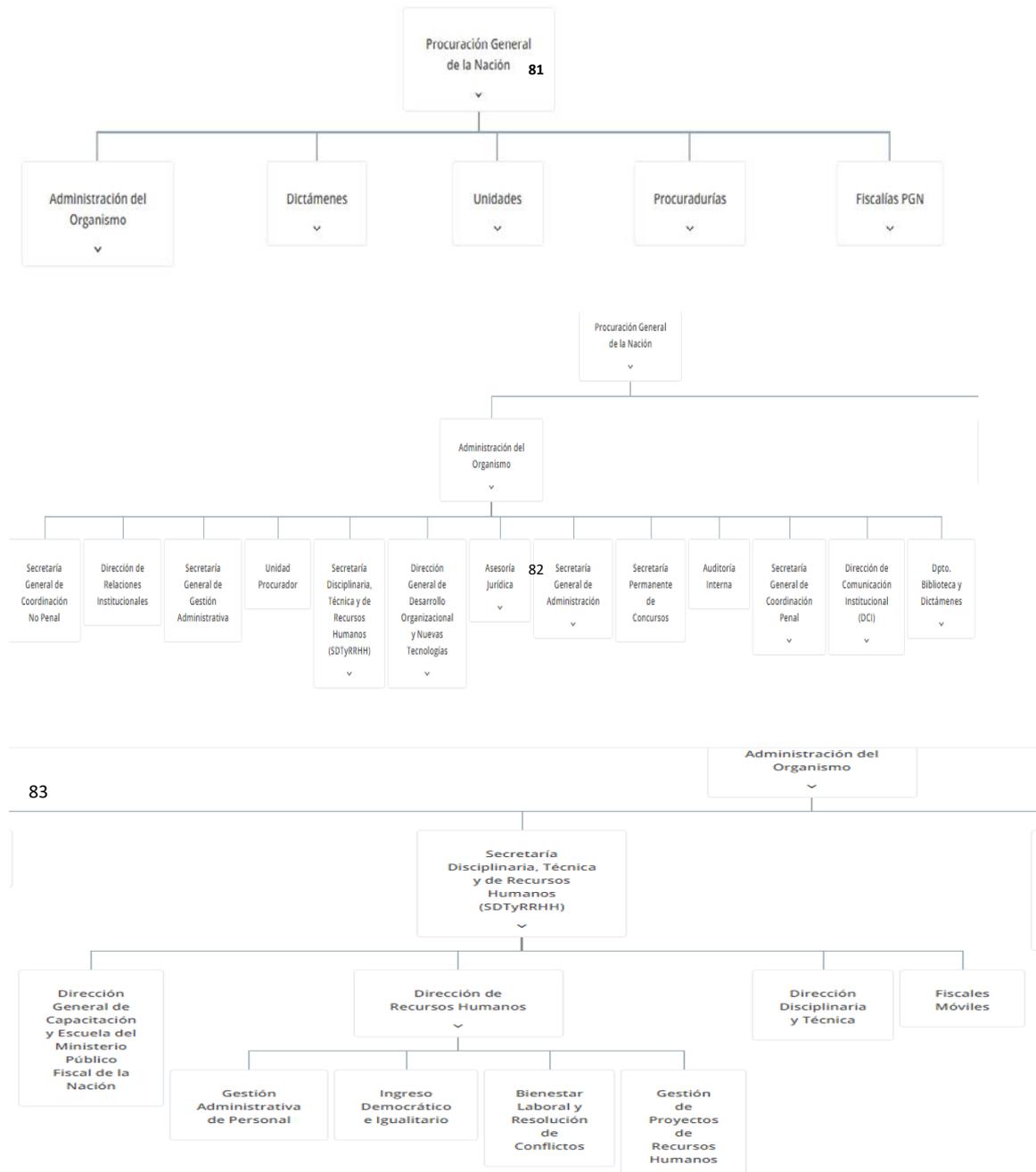
La Constitución Política del Perú de 1993 dentro de su Título IV “De la estructura del Estado”, capítulo X “del Ministerio Público”, en su artículo 158° establece que “El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección, sólo por otros dos. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría”.

Asimismo, la actuación del Ministerio Público Peruano se encuentra enmarcada por su Ley Orgánica del 18 de marzo de 1981, Decreto Legislativo N° 052.

## 2.3. Organigramas del Ministerio Público Fiscal (no penal)

### 2.3.1. Argentina

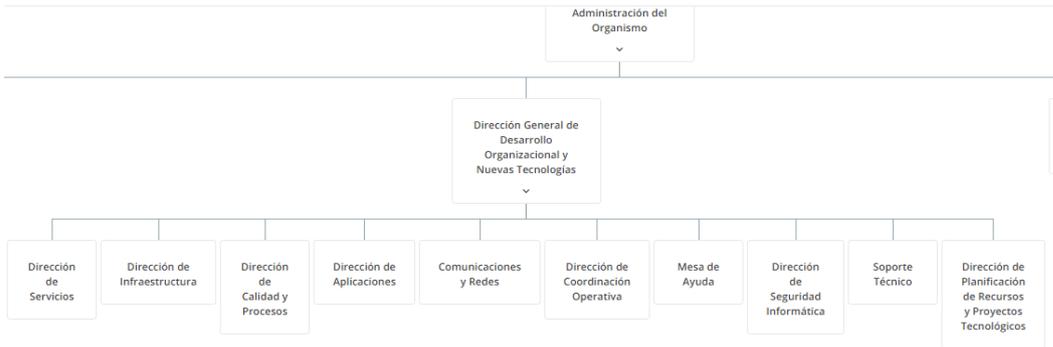
El organigrama general del Ministerio Público está dado de la siguiente manera:



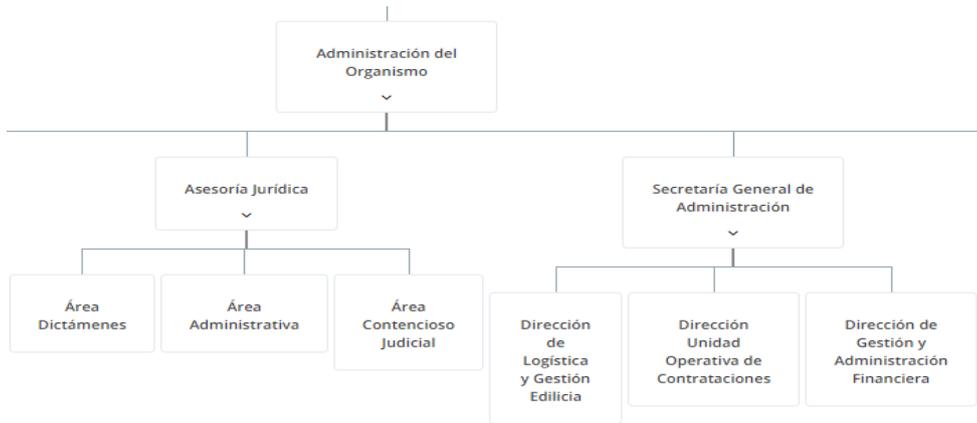
81 <https://www.mpf.gov.ar/blog/organigrama/procuracion-general-de-la-nacion/#>

82 <https://www.mpf.gov.ar/blog/organigrama/procuracion-general-de-la-nacion/#>

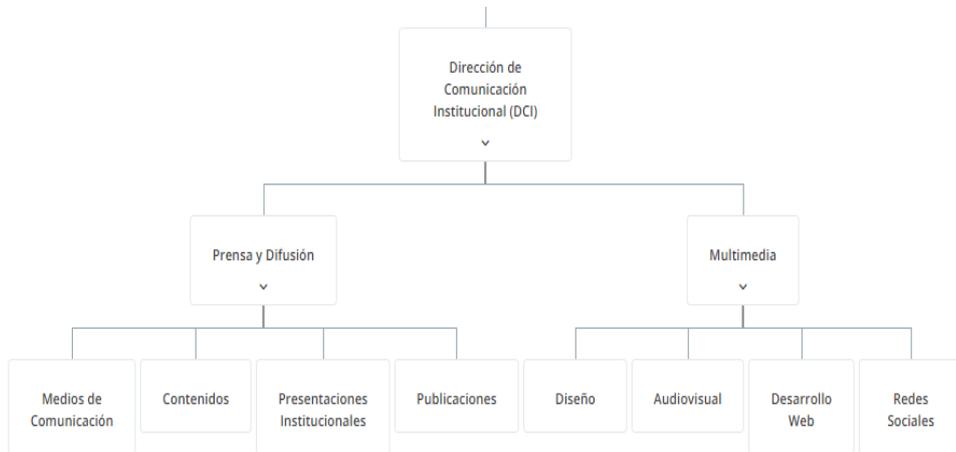
83 Íd. Anterior.



84



85

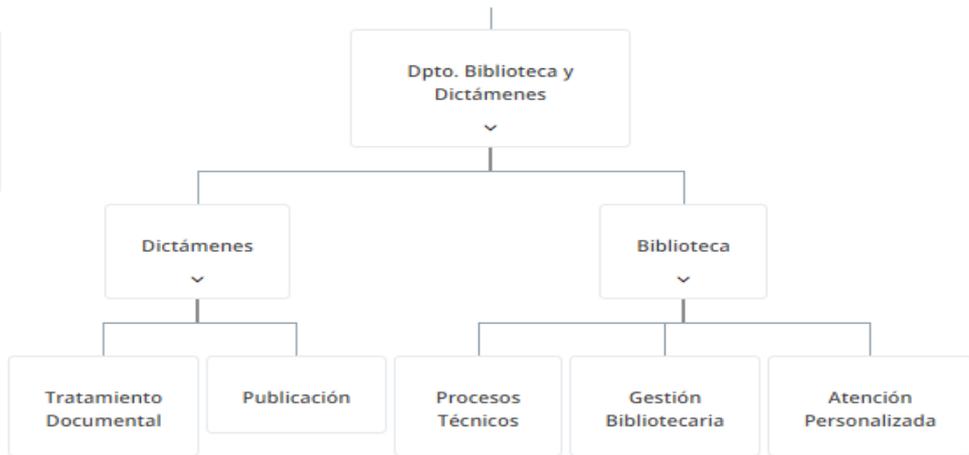


86

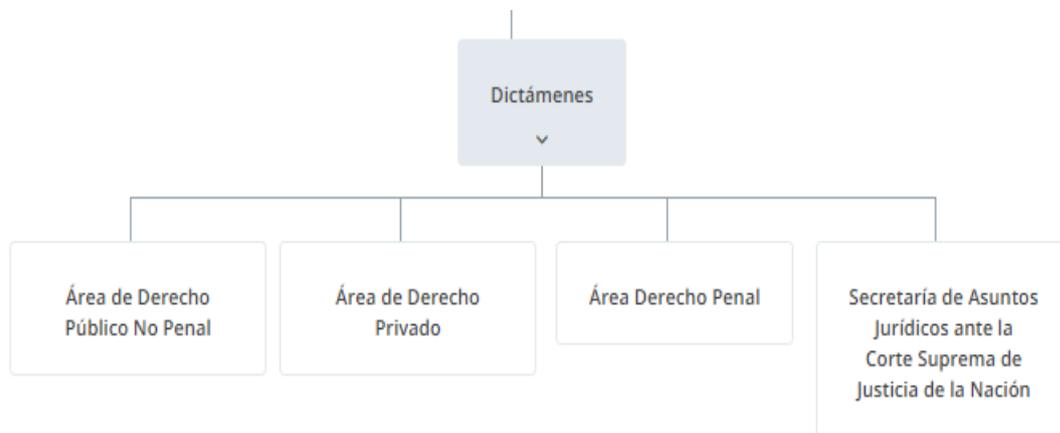
84 Íd. Anterior.

85 <https://www.mpf.gob.ar/blog/organigrama/procuracion-general-de-la-nacion/#>

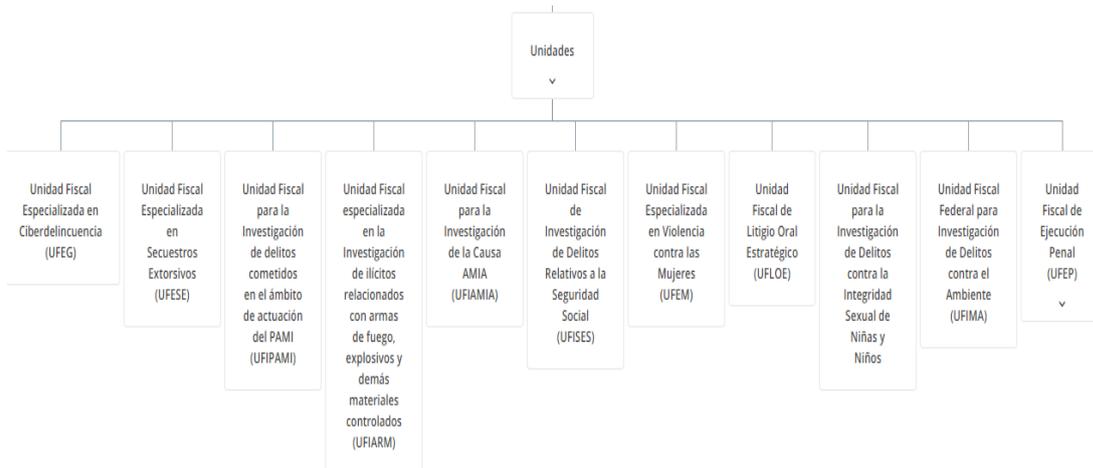
86 Íd. Anterior.



87



88

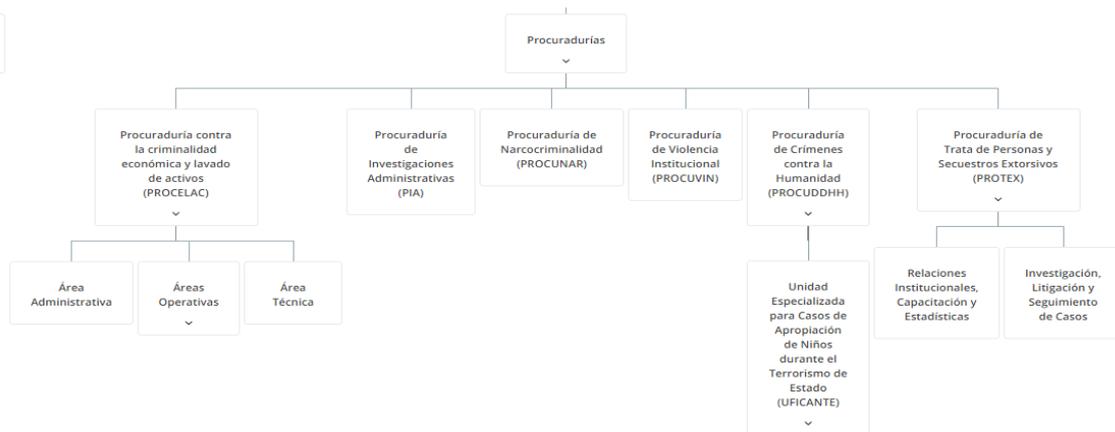


89

87 Íd. Anterior.

88 <https://www.mpf.gov.ar/blog/organigrama/procuracion-general-de-la-nacion/#>

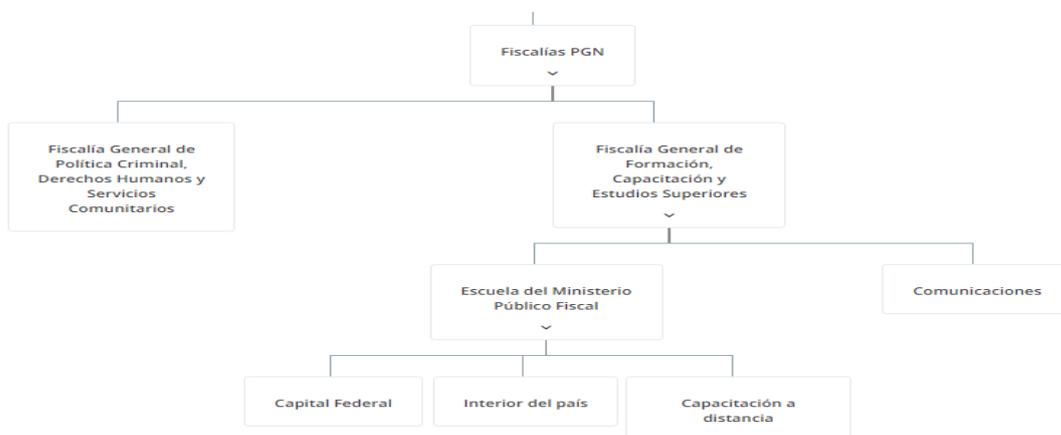
89 Íd. Anterior.



90



91



92

90 Íd. Anterior.

91 <https://www.mpf.gob.ar/blog/organigrama/procuracion-general-de-la-nacion/#>

92 Íd. Anterior.

### 2.3.2. Brasil

La Constitución Federal de Brasil dispone en su art. 128 que el Ministerio Público incluye:

1. El Ministerio Público de la Unión, que comprende:
  1. El Ministerio Público Federal;
  2. El Ministerio Público del Trabajo;
  3. El Ministerio Público Militar;
  4. El Ministerio Público del Distrito Federal y Territorios;
2. Los Ministerios Públicos de los Estados.

1o. El Ministerio Público de la Unión tiene por jefe al Procurador General de la República, nombrado por el Presidente de la República entre los integrantes de la carrera, mayores de treinta y cinco años, después de la aprobación de su nominación por la mayoría absoluta de los miembros del Senado Federal, para un mandato de dos años, permitiéndose una renovación.

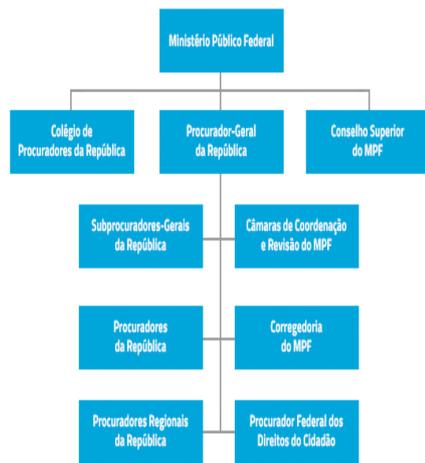
2o. La destitución del Procurador General de la República, por iniciativa del Presidente de la República, deberá ser precedida de la autorización de la mayoría absoluta del Senado Federal.

3o. Los Ministerios Públicos de los Estados y del Distrito Federal y Territorios confeccionarán una terna entre integrantes de la carrera, en la forma de la respectiva ley, para la elección de su Procurador General, que será nombrado por el jefe del Poder Ejecutivo, para un mandato de dos años, permitiéndose una renovación.

4o. Los Procuradores Generales en los Estados y en el Distrito Federal y Territorios podrán ser distribuidos, por acuerdo de la mayoría absoluta del Poder Legislativo, en la forma de la ley complementaria respectiva.

5o. Las leyes complementarias de la Unión y de los Estados, cuya iniciativa es titularidad de los respectivos Procuradores Generales, establecerán la organización, las atribuciones y el estatuto de cada Ministerio Público, observando, en relación a sus miembros<sup>93</sup>.

93 Constitución Política de 1988, República Federativa de Brasil, disponible en <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br117es.pdf>.



94



95

### 2.3.3. Colombia

La Constitución Política de Colombia reza en su artículo 118: “El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”.

#### Personerías Distritales

La Personería es un ente del Ministerio Público que representa la comunidad ante la Administración Municipal; ejerce, vigila y hace control sobre su gestión; vela por la promoción y protección de los derechos humanos; vigila el debido proceso, la conservación del medio ambiente, el patrimonio público y la prestación eficiente de los servicios públicos, garantizando a la ciudadanía la defensa de sus derechos e intereses sociales de todos los ciudadanos.

#### Procuraduría General de la Nación

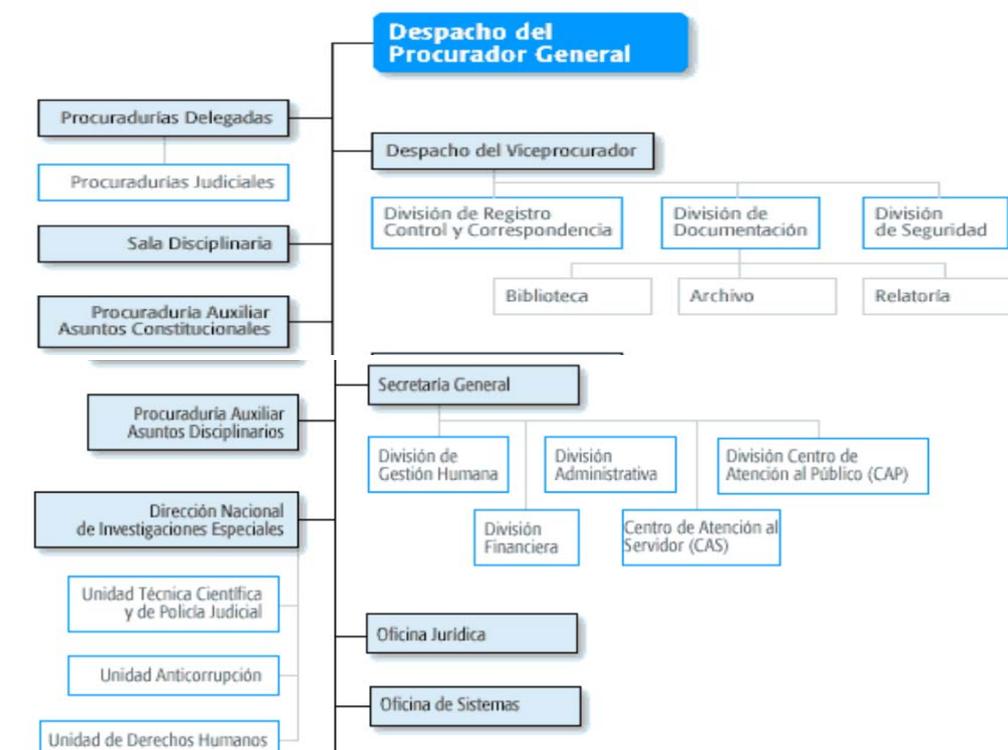
La Procuraduría General de Colombia es uno de los organismos autónomos de Colombia que se encargan de representar los intereses civiles ante el Estado colombiano, ello junto a la Personería y la Defensoría.

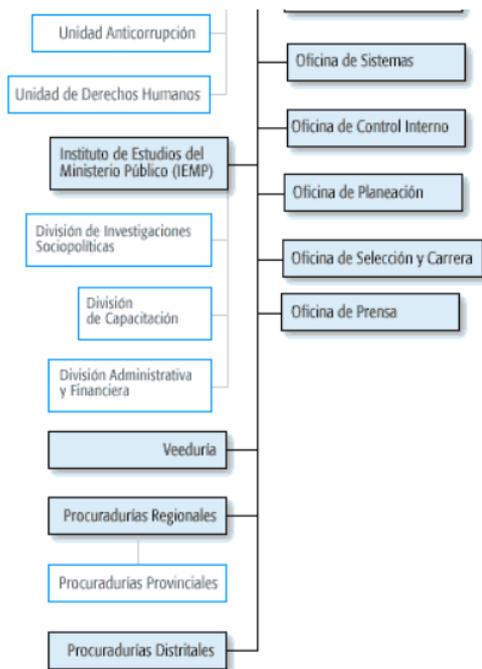
94 <http://www.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/sobre/estrutura/organograma/imagens/organograma-mpf.png/view>  
 95 Direito ao ponto. Lucas Tófoli Lopes.  
<https://i.pinimg.com/564x/2c/f9/d4/2cf9d4e5f0f1a0ecc9545fad865e9ce7.jpg>

Sus funciones se amparan en las estipulaciones de los artículos 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283 y 284 de la Constitución de 1991.

Ante irregularidades, este organismo es autónomo en el ejercicio de sus investigaciones y en la ejecución de sus determinaciones.

El Procurador General de la Nación es su máximo representante, es elegido por el Senado a partir de una terna conformada por los candidatos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Consejo de Estado, para ejercer por un periodo de cuatro años (Art. 275 y 276 Constitución de Colombia).





96

### 2.3.4. Perú

En el caso de Perú, en base a las estadísticas elaboradas por la Oficina de Racionalización y Estadística (ORACE)<sup>97</sup>, en todo el territorio existen una fiscalía de la nación, seis fiscalías supremas, doscientas sesenta y un fiscalías superiores y mil ciento seis fiscalías provinciales.

En materia no penal los fundamentos de la intervención están dados por la misma defensa de la legalidad e intereses públicos tutelados por la ley.

En cuanto a las funciones no penales del Ministerio Público cabe destacar que promueve de oficio, o a petición de parte, la acción en defensa de la legalidad y los intereses públicos tutelados por el Derecho; vela por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia; representa a la sociedad en los procesos judiciales; emite dictamen previo a las resoluciones judiciales, en los casos que la Ley contempla; y ejerce iniciativa en la formulación de las leyes y da cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Es así como al Fiscal Supremo en lo Civil le corresponde deducir, al emitir dictamen, la nulidad de lo actuado cuando tuviese noticia, en alguna forma y la comprobare con el examen de los autos y de los documentos que solicitare para el

96 Organigrama de la Procuraduría General de la Nación, en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Estructura.page>.

97 Anuario Estadístico del Ministerio Público 2016, p. 22, disponible en [https://www.mpfm.gob.pe/Docs/0/files/anuario\\_estadistico\\_2016.pdf](https://www.mpfm.gob.pe/Docs/0/files/anuario_estadistico_2016.pdf).

efecto, que la sentencia recurrida se ha expedido citando con la demanda a un menor o incapaz o en los casos en que se hubiese incurrido en una grave irregularidad procesal que trajese como consecuencia el desconocimiento o la violación de alguno de los derechos consignados en la Constitución Política y denunciar ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia a los Jueces o a los Vocales del Tribunal que hubiesen intervenido en el proceso; si se encontrare responsabilidad civil o penal de dichos Magistrados o si el responsable de la infracción fuese un miembro del Ministerio Público, dará cuenta al Fiscal de la Nación para los efectos consiguientes: solicitar al Presidente de la Corte Suprema de Justicia que proceda como corresponda para asegurar la independencia del órgano judicial y la recta administración de justicia en los casos en que el Fiscal hubiese tenido conocimiento, en alguna forma, de lo contrario; entre otras funciones establecidas en las leyes.

En definitiva, le corresponde emitir dictamen en los siguientes procesos:

1.- De nulidad o anulabilidad del matrimonio, separación de los casados o de divorcio, en cuanto se tienda a asegurar los derechos de los hijos menores de edad e incapaces, así como los del cónyuge sin bienes propios y la defensa del vínculo matrimonial;

2.- En los que tengan derechos o intereses morales o económicos los menores o incapaces;

3.- En los que es parte un ausente;

4.- En los de división y participación de bienes en las uniones de hecho a que se refiere el Artículo 9 de la Constitución Política, en cuanto se tienda a asegurar los bienes y derechos de las partes y de los hijos comunes;

5.- En los casos de contestación o impugnación de la filiación matrimonial;

6.- En los de responsabilidad civil de los Ministros de Estado y demás funcionarios y servidores públicos;

7.- En los de ejecución de sentencias expedidas en el extranjero;

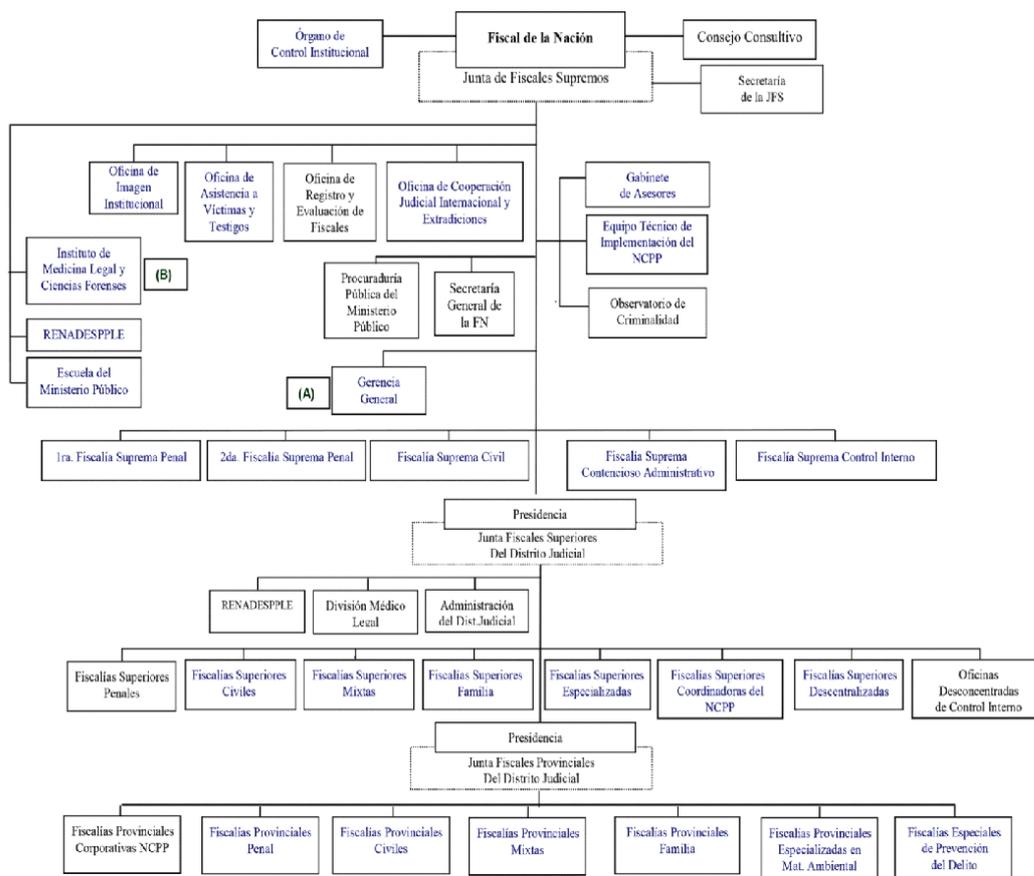
8.- En los que se discuta la competencia de los Jueces y Tribunales peruanos;

9.- En los demás casos que determine la Ley.

En el caso de las Fiscalías en lo Contencioso Administrativo, emiten dictamen en los procesos remitidos por las tres Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en materia previsional, laboral, tributaria, propiedad intelectual, sancionadora, entre otras, con miras a defender la legalidad y los intereses públicos, y velar por la recta impartición de justicia. Para ello, cuentan con la siguiente estructura: Fiscal Supremo/Fiscal Adjunto Supremo/Fiscal Adjunto Supremo/Fiscal Adjunto Superior/Fiscal Provincial<sup>98</sup>.

98 Organigrama Ministerio Público Fiscalía de la Nación, en [www.mpf.n.gob.pe/?K=363](http://www.mpf.n.gob.pe/?K=363).

## ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO



99F

**PERÚ: FISCALÍAS DEL MINISTERIO PÚBLICO POR CATEGORÍA, SEGUN ESPECIALIDAD, 2016.**

UBICACIÓN Y/O ESPECIALIDAD	CATEGORÍA				TOTAL
	FISCALÍA DE LA NACIÓN	FISCALÍA SUPREMA	FISCALÍA SUPERIOR	FISCALÍA PROVINCIAL	
DESPACHO DEL FISCAL DE LA NACIÓN	1				1
CIVIL		1	7	28	36
CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO			9		9
CIVIL Y DE FAMILIA			33	201	234
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO		2	3	1	6
CONTROL INTERNO		1	33		34
DE FAMILIA			2	66	68
DE TRANSITO Y SEGURIDAD VIAL				5	5
DE TURISMO				1	1
ESPECIALIZADA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA				20	20
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS Y CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL				7	7
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS Y DE CONTRABANDO				1	1
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS			18	39	57
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS Y PERDIDA DE DOMINIO				3	3
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS				28	28
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE TRATA DE PERSONAS			1	8	9
ESPECIALIZADA EN DELITOS TRIBUTARIOS				1	1
ESPECIALIZADA EN MATERIA AMBIENTAL				36	36
ESPECIALIZADA EN PREVENCIÓN DE DELITO MIXTA			24	146	170
NACIONAL ESPECIALIZADA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA			3		3
NACIONAL ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS			2		2
NACIONAL ESPECIALIZADA EN DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS Y PERDIDA DE DOMINIO			3		3
PENAL		2	122	436	560
PENAL NACIONAL			1		1
PENAL SUPRAPROVINCIAL				9	9
SUPRAPROVINCIAL ESPECIALIZADA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA				4	4
SUPRAPROVINCIAL ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS				1	1
SUPRAPROVINCIAL ESPECIALIZADA EN DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS Y PERDIDA DE DOMINIO				2	2
<b>TOTAL</b>	<b>1</b>	<b>6</b>	<b>261</b>	<b>1,106</b>	<b>1,374</b>

FUENTE: Sistema de Información de Gestión Administrativa - SIGA  
ELABORADO: Oficina de Racionalización y Estadística - ORACE

## 2.4. Función principal

### 2.4.1. Argentina

El mandato legal dirigido a los fiscales de primera instancia "no penales" (es decir, aquellos que actúan en lo civil y comercial, contencioso administrativo, laboral, seguridad social y de consumo) funcionalmente está basado en un trípode funcional. Su primer pilar funcional es el de intervenir en las causas o trámites en las que el interés público lo requiera de acuerdo con el art. 120 de la Constitución Nacional, a fin de asegurar el respeto, del debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación. La previsión es relevante, pues viene a confirmar que la tutela del "interés público" confiada al MPF por el constituyente involucra no solo al interés general, bien común o bienestar general con el que aquél clásicamente ha sido identificado, sino también el respeto de la juridicidad y del debido proceso. El precepto legal bajo análisis añade como atribución de los fiscales "no penales" "prevenir, evitar o remediar los daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan, previsión que obliga a estar, consecuentemente, a lo que dispongan las normas que protegen tales bienes jurídicos.

El segundo de esos pilares en que se despliega su función, es aquel según el cual la Ley Orgánica prevé que los fiscales de primera instancia deben "realizar los actos procesales y ejercer todas las acciones y recursos necesarios para el cumplimiento de los cometidos que les fijen las leyes" (art. 39, párrafo primero, parte final, anterior LOMPN N° 24.946 y art.31 incisos a) a l) de la actual Ley LOMPN N° 27.148).

La norma proyecta tres posibles formas de actuación: impetrar acciones, presentar recursos y realizar los actos procesales que resulten necesarios.

Cabe recordar que la mencionada es una atribución conferida a todos los fiscales de primera instancia "en el ámbito de su competencia" como, en su caso, recurrir aquellas decisiones judiciales que estimen contrarias a dichos valores.

Respecto de los recursos, cabe puntualizar que cuando el fiscal de primera instancia apela una decisión jurisdiccional, limita su actuación a la mera interposición de

100 <http://www.mpf.gov.pe/?K=363>

la pieza recursiva, siendo el fiscal de Cámara el que, en aquella instancia, determina si sostiene o no la apelación, procediendo, en su caso, a fundarla (arg. arts. 245, 246 y 260 CPCCN).

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

En este sentido, la LOMPN establece como atribución común a todos los fiscales de primera instancia, intervenir "en todas las cuestiones de competencia", mientras que la norma que se ocupa de las atribuciones de los fiscales "no penales" enuncia entre los deberes y atribuciones de aquéllos el de "Intervenir en las cuestiones de competencia o la de "defender" la competencia de los tribunales... "(art. 41 inc. c) LOMPN N° 24.946 - art. 31 incisos a) a l) en especial inciso e) de la actual Ley LOMPN N° 27.148).

Forma de ejercer las funciones:

La ley orgánica prevé al respecto que "Los dictámenes, requerimientos y toda otra intervención en juicio de los integrantes del Ministerio Público deberán ser considerados por los jueces con arreglo a lo que establezcan las leyes procesales aplicables al caso" (art. 28 Ley N° 24.946, (primera Ley LOMPF y art 31 incisos a) a l) de la actual Ley N° 27.148).

1) Velar por el debido proceso legal.

2) Peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional.

3) Solicitar la recusación con causa de los jueces intervinientes, producir, ofrecer y solicitar la incorporación de prueba, peticionar el dictado de medidas cautelares o dictaminar sobre su procedencia, plantear nulidades, plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer las acciones previstas en la Ley N° 24.240 y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en defensa del debido proceso.

4) Intervenir en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan.

5) Intervenir en cuestiones de competencia, habilitación de instancia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público; en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombres de las personas, venias supletorias y declaraciones de pobreza.; en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina.

6) Investigar en los casos que interviene a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, a los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales.

7) Impulsar la actuación conjunta con las fiscalías de distrito y las procuradurías especializadas.

8) Responder los pedidos de informes que les formule el Procurador General de la Nación.

9) Organizar el trabajo y supervisar el desempeño de las tareas de los funcionarios y del personal a su cargo.

10) Ejercer las demás funciones previstas por leyes especiales.

Los dictámenes emitidos en el marco de los procesos no penales en tanto opinión, parecer o punto de vista del MPF sobre un determinado asunto, no resultan de seguimiento obligatorio para la jurisdicción ni producen efectos jurídicos directos sobre las partes en los procesos, salvo cuestiones de regularidad de ellos y recursos de apelaciones. Consecuentemente, como ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia de todos los fueros no penales, no son vinculantes, y como consecuencia ellos no constituyen actos procesales pasibles de ser impugnados por las partes, pues, más allá de la conformidad o no de las partes respecto del dictamen fiscal, éste no es idóneo para incidir en su mayoría en la esfera de derechos e intereses de aquéllos.

#### 2.4.2. Brasil

El art. 129 de la Constitución federal establece que sus funciones institucionales son:

1) Promover, privadamente, la acción penal pública;

2) Velar por el efectivo respeto de los Poderes Públicos y de los servicios de relevancia pública a los derechos asegurados en la Constitución, promoviendo las medidas necesarias su garantía;

3) Promover el interrogatorio civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos;

4) Promover la acción de inconstitucionalidad o representación para fines de intervención de la Unión y de los Estados, en los casos previstos en esta Constitución;

5) Defender judicialmente los derechos e intereses de las poblaciones indígenas;

6) Expedir notificaciones en los procedimientos administrativos de su cualificación, -requiriendo informaciones y documentos para instruirlos;

7) Ejercer el control externo de la actividad policial.

8) Requerir diligencias investigativas y la instauración de interrogatorio policial, indicados los fundamentos jurídicos de sus manifestaciones procesales;

9) Ejercer otras funciones que le sean conferidas, desde que compatibles con su finalidad, siéndole vedada la representación judicial y la consultoría jurídica de entidades públicas.

Entre los Ministerios Públicos Fiscales estatales encontramos grandes diferencias ya que algunos estados le otorgan amplias facultades y/o atribuciones y otros circunscriben aquellas de forma tajante.

En la normativa que enmarca la actuación de estos encontramos otras funciones generales que no se encuentran en la Constitución Federal, por ejemplo:

1) Proponer acción de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos estatales o municipales, ante la Constitución Estatal;

2) Representar al Procurador General de la República para la indicación de inconstitucionalidad de ley o acto normativo estatal ante la Constitución Federal;

3) Promover la acción de inconstitucionalidad o representación para efecto de intervención de los Estados en los Municipios;

4) Velar por el efectivo respecto de los Poderes Públicos y de los servicios de relevancia pública a los derechos asegurados en la Constitución Federal y en otras leyes, promoviendo las medidas judiciales y administrativas necesarias a su garantía;

5) Protección, prevención y reparación de daños causados a niños y adolescentes, a ancianos y a personas con discapacidad, al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, y a otros intereses difusos, colectivos, individuales indisponibles y homogéneos;

6) Anulación o declaración de nulidad de actos lesivos al patrimonio público o a la moralidad administrativa del Estado o del Municipio, de sus administraciones directa, indirecta o fundacional o de entidades privadas de que participen.

7) Manifestarse en las causas en que su presencia sea obligatoria por ley y, aún, siempre que viable la intervención, para asegurar el ejercicio de sus funciones institucionales, no importando la fase o grado de jurisdicción en que se encuentren;

8) Ejercer la fiscalización de prisiones públicas, de los establecimientos de cárceles y de los que abriguen ancianos, niños y adolescentes, incapaces o personas con discapacidad;

9) Deliberar acerca de la participación en órganos estatales de política penal y penitenciaria, del consumidor, de derechos humanos, del medio ambiente, en este comprendido el del trabajo, y otros relacionados con su área de actuación;

10) Ingresar en juicio, de oficio, para responsabilizar los gestores del dinero público condenados por los Tribunales de Cuentas;

11) Proponer las acciones adecuadas, en los casos previstos en las Constituciones Federal y Estadual, pérdida o suspensión de derechos políticos y la disolución obligatoria de las asociaciones, así como cancelación de concesión o permiso;

12) Representar al órgano competente para violación de secreto bancario y fiscal, de correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y de las comunicaciones telefónicas, para fines de instrucción de investigaciones civiles o criminales o, aún, instrucción procesal civil o criminal;

13) Interponer recursos en los Tribunales Superiores.

### **Funciones “Especiales” de los Fiscales Estaduales**

En el estado de Amazonas se observa una particularidad, ya que el Fiscal en Materia Civil y Comercial detenta entre otras tantas atribuciones la de controlar a las fundaciones, su constitución, desarrollo y actuación, con amplias facultades desde proponer la modificación estatutaria, aprobar los estatutos de origen e intervenir directamente en su actividad. Asimismo, participa activamente en los procesos falenciales controlando tanto la enajenación del patrimonio del fallido como la actuación del funcionario concursal; puede solicitar y perseguir la remoción de este último (v. art. 63 Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Amazonas).

Asimismo, en la normativa antes citada se observa como a través del art. 67 se estableció que corresponde al Ministerio Público promover la investigación civil, sea de oficio o por solicitud de cualquier persona, por amenaza o daños causados al medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico y a cualquier otro interés difuso o colectivo.

La misma ley crea fiscalías especializadas en protección del medioambiente y el patrimonio histórico, en protección y defensa del consumidor, en protección de los derechos constitucionales del ciudadano.

Por otro lado, existen las fiscalías de las mujeres, de los niños y los adolescentes. Estas últimas no solamente intervienen en cuestiones de violencia sino que tienen oficinas especializadas en tanto controlan e intervienen instituciones de educación y/o aquellas las cuales tienen por objeto la protección y promoción de sus derechos. Así también controlan el trabajo de estos últimos, siendo autoridad de contralor laboral sobre el grupo. Por último, tiene la facultad de interponer acciones colectivas por los grupos citados.

Otras facultades de carácter especial se observan en la Ley Orgánica del Ministerio Público en el estado de Minas Gerais, donde el Fiscal tiene la potestad de controlar y hacer recomendaciones para el mejoramiento de los servicios públicos y aquellos de relevancia pública. En este último caso se desconoce cómo se interpreta el hecho de la relevancia pública, ya que resulta en demasía genérico el término utilizado (Art. 66. VI).

Por otra parte, en el Estado de Rio de Janeiro el Ministerio Público tiene entre sus facultades especiales la de promover la investigación civil y proponer la acción civil pública, en la forma de la ley para la anulación o declaración de nulidad de actos perjudiciales al patrimonio público o a la moralidad administrativa del Estado o de Municipio, de sus administraciones directas, indirectas o fundacionales o de entidades privadas de que participen; y promover otras acciones, incluyendo el recurso contra omisión del legislador, siempre que la falta de norma reguladora vuelva imposible el ejercicio de los derechos y libertades previstos en la Constitución Estadual y de las prerrogativas inherentes a la ciudadanía, cuando difusos, colectivos o individuales indisponibles los intereses que será protegidos (Art. 34.VI).

Asimismo, el MPF podrá promover otras acciones, incluyendo el recurso contra omisión del legislador, siempre que la falta de norma reguladora vuelva imposible el ejercicio de los derechos y libertades previstos en la Constitución Estadual y de las prerrogativas inherentes a la ciudadanía, cuando difusos, colectivos o individuales indisponibles los intereses que serán protegidos (Art. 34. VII).

### 2.4.3. Colombia

El artículo 277 de la Constitución de Colombia establece que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

- 1) Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
- 2) Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
- 3) Defender los intereses de la sociedad.
- 4) Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
- 5) Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
- 6) Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

7) Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

8) Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.

9) Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.

10) Las demás que determine la ley.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias. Asimismo, el artículo 278 del cuerpo normativo citado establece que la cabeza del Ministerio Público, el Procurador General de la Nación, ejercerá directamente las siguientes funciones:

1) Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

2) Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.

3) Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

4) Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.

5) Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

6) Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

#### 2.4.4. Perú

Entre las funciones más importantes que desarrolla en el país, encontramos las siguientes:

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

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

- 3) Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
- 4) Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
- 5) Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
- 6) Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
- 7) Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

## 2.5. Análisis jurisprudencial por materias o fueros en Argentina

### 2.5.1. Materia comercial

En cuanto a la actuación Fiscal en materia comercial se puede señalar que -en un pasado previo a la reforma constitucional- esta versaba prácticamente sobre el hecho de dictaminar cuando desde el poder jurisdiccional se requería su intervención concediéndole vista como consecuencia de un planteo de incompetencia o de inconstitucionalidad.

El mandato de defender la legalidad, velar por los intereses generales de la sociedad y proteger el orden público no puede encontrarse limitado solamente a tales casos; así lo entendió la Corte en los precedentes citados, como así también la normativa ha formalizado su actuación.

Tal cuestión sucede en la Ley de Concursos y Quiebras<sup>101</sup> (art. 276), la Ley de Defensa del Consumidor<sup>102</sup> (arts. 52 y 54) y el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>103</sup> (art. 387), entre otros. En tales normativas se reconoció la obligatoriedad de su actuación en resguardo del interés general de la sociedad, del patrimonio estatal y del orden público.

En particular, cabe destacar que el artículo 276 de la Ley N° 24.522 establece expresamente que el Ministerio Público Fiscal es parte en la alzada en la homologación del acuerdo preventivo y que las facultades y prerrogativas allí normadas se corresponden con las funciones que el art. 25 de la Ley N° 24.946 (Inc. a), b) g) y h)) expresamente le asigna. Ello, teniendo en cuenta la intervención que le cabe por imperio

101 Ley de Concursos y Quiebras, Ley N° 24.522 y modif.

102 Ley de Defensa del Consumidor, Ley N° 24.240 y 26.631.

103 Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley N° 26.994 y promulgado según decreto 1795/2014.

del artículo 120 de la C. N., en torno a la tutela del orden público concursal. Así es que el tribunal de alzada deberá proceder al tratamiento de las objeciones que aquel pueda suscitar contra la homologación del acuerdo preventivo.

En tal sentido, el MPF puede ser parte requirente en la medida necesaria para la defensa del orden público y ello incluso cuando no se hubiera interpuesto recurso de apelación contra aquella homologación. Es que sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo concursal citado, la jurisprudencia ha entendido que su participación se impone siempre que lo justifique el orden público concursal, el cual constituye un elemento relevante de juicio a la hora de que el tribunal de alzada deba resolver sobre la homologación de la propuesta de acuerdo en un concurso preventivo, el cual no solo se encuentra orientado a intereses privados de los acreedores, sino que tiene claras consecuencias dentro del ámbito de la actividad económica y social, donde dicha situación se exterioriza causando mayor o menor perturbación.

Así es que podemos señalar que el Fiscal dentro del proceso concursal actúa como una suerte de condicionante del juez, como su más efectivo control en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, puesto que es una parte especial que representa, dentro de aquel, al interés social en abstracto, independientemente de la mayoría gobernante.

El elemento definitorio de su función es la facultad requirente que posee, dado que protege el interés general a través de la promoción de actuaciones judiciales. Este elemento distingue con claridad la actividad del Ministerio Público de la actividad de los jueces.

La actuación de los fiscales es definible como una actividad estimuladora de los órganos que ejercen la jurisdicción ya que tiene la función específica de poner en movimiento a los órganos judiciales: no consiste en proveer, sino en requerir que los órganos competentes actúen.

Así, el art. 387 del CCCN consagra un claro ejemplo de la facultad requirente del Ministerio Público; allí se establece que la nulidad absoluta de los actos jurídicos –y, entre ellos, las sentencias– puede ser petitionada por el Ministerio Público cuando contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. La nulidad absoluta de un acto jurídico es la consecuencia prevista por el legislador para los actos que contienen vicios que trascienden al interés de las partes y afectan los intereses generales de la sociedad.

En tales casos, el Fiscal ejerce su facultad requirente solicitando la nulidad del acto en cumplimiento de la manda constitucional específica, esto es, promover la protección de los intereses generales.

En el contexto del derecho concursal se dejan de lado principios del derecho privado, como el principio de autonomía de la voluntad y el *res inter alios acta*, para dar lugar a la adopción de un sistema de mayorías para la toma de decisiones y a los efectos erga omnes de las decisiones de las mayorías. Este régimen exorbitante del orden contractual, que subordina los derechos crediticios a las exigencias colectivas, solo se explica por la prevalencia del interés público. El control del Estado, en estos casos, es judicial (art. 52:4 LCQ), y la actuación del Ministerio Público para promover dicho control es imperativa.

Como se sostuvo previamente, el MPF puede ser parte requirente en la medida necesaria para la defensa del orden público, y ello –se reitera- incluso cuando no hubiera recurso de apelación que hubiera suscitado su intervención (cfr. C.S.J.N., doctrina de Fallos 313:425, donde ha resuelto que correspondía dejar sin efecto el pronunciamiento de la alzada que rechazó el planteo del Ministerio Fiscal atinente a la improcedencia de los intereses postfalenciales verificados, fundado en que su dictamen extralimitaba la extensión del recurso y la sindicatura había desistido de su apelación, pues sobre la base de una disposición procesal impidió el ejercicio concreto de la facultad que le asiste al Ministerio Público de la tutela del orden público, configurado por la protección del activo concursal y el adecuado tratamiento de los créditos concursales).

Obsérvese que el ordenamiento legal otorga ciertas herramientas para la valoración de la propuesta concursal y la asistencia técnica es una de ellas, la cual se da a través de la Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones, entidad integrante del MPF (PGN, Disposiciones 341/2014 y 2636/2015 que se mantienen con la actual regulación normativa del ministerio)<sup>104</sup>.

Sobre el actual desarrollo de la actividad del Fiscal también se debe destacar la Ley de Defensa al Consumidor que en su art. 52, 2do. Párrafo, dispone que el consumidor y/o usuario podrá iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. Dicha acción les corresponderá por su propio derecho y a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados en los términos del artículo 56 de aquella ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. El Ministerio Público Fiscal, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Así también, en el 5to. Párrafo se establece que en caso de desistimiento o abandono de la acción de las

104 Procuración General de la Nación, Disposiciones N° 341/2014 y N° 2636/2015.

referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.

Por otro lado, en consonancia con esta suerte de legitimación “ampliada”, el art. 54 de dicho cuerpo legal establece que para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción en las acciones de incidencia colectiva deberá correrse previa vista al Fiscal, salvo que este se encuentre participando en calidad de actor, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados.

De tal modo se desprende que la legitimación que tiene el Ministerio Fiscal es sumamente amplia.

Es que allí la ley le otorga legitimación para iniciar acciones en defensa de los consumidores y usuarios, como representante del interés social.

Se observa que tanto en los artículos citados como en el resto de la Ley de Defensa del Consumidor se distinguen las acciones judiciales individuales de las acciones de incidencia colectiva; sin perjuicio de ello, le otorga legitimación activa de parte en ambas.

Cabe señalar que en las acciones donde se discutan cuestiones atinentes al derecho del consumidor, la intervención del Ministerio Público Fiscal es presupuesto ineludible de legalidad, ello por cuanto este actúa como fiscal de la ley, ya que en el caso, su función procesal específica es la custodia y tutela del orden legal referente al consumidor y el orden público que caracteriza tal ordenamiento.

Asimismo, se observa que la posibilidad de celebrar un acuerdo transaccional en el marco de un proceso colectivo de consumo constituye un modo anormal de terminación del proceso, que en esta materia presenta características especiales, ya que la homologación del acuerdo produce efectos de cosa juzgada para todo el grupo de consumidores que integran el colectivo afectado por el cual se inició el reclamo.

En tal sentido cabe señalar que la jurisprudencia, ante un caso de duda en cuanto al abandono de la acción por parte de la asociación actora, ha definido dos soluciones posibles que fueron receptadas en el fallo “Unión de usuarios y consumidores c/ Citibank s/ Sumarísimo”<sup>105</sup>, donde la Cámara Comercial denegó a la Representante del Ministerio Público el reconocimiento en su calidad de parte en una acción iniciada por una asociación de consumidores, toda vez que no se había configurado el desistimiento ni el

105 “Unión de usuarios y consumidores c/ Citibank s/ Sumarísimo” del 21/11/05, Sala “E” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

abandono de las acciones por parte de aquella, de manera que la intervención que le cabía era exclusivamente como “Fiscal de la Ley”. A su vez, en la disidencia del Dr. Sala, aquel entendió que por el contrario a lo sostenido en el voto mayoritario, debía admitirse el reclamo efectuado por la Fiscal, teniéndola por parte, toda vez que se encuentra legitimada para promoverla y en el caso medió conformidad expresa de la accionante por lo que bien pudo ser admitida como litisconsorte de aquella (Cpr. 90:2)<sup>106</sup>. Por último, dicho Magistrado señaló que tal solución se compadece con las funciones asignadas por la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal – Anterior Ley Nº 24.946, Art. 25 incs. a), b) y g) -y se justifica, teniendo en cuenta el criterio amplio de apreciación que debe imperar en los casos donde se plantean cuestiones atinentes a los derechos de los consumidores, por estar en juego el mandato constitucional referido al acceso a la justicia de aquellos, por lo que, en supuestos conflictivos, debe preferirse una interpretación normativa que tutele adecuadamente esos derechos, y no una que los limite.

Es destacable el rol que le ha otorgado la normativa tratada en su interpretación, sin perjuicio de las diferentes posturas que limitan o amplían sus facultades en el caso concreto.

Por otra parte, como se hubiera señalado precedentemente, en el art. 54 de la LDC se impuso el obligatorio traslado de cualquier acuerdo conciliatorio o transacción entre la asociación de consumidores actora y la demandada. Tal facultad se traduce en el hecho que ante la puesta en su conocimiento de la causa en concreto y el acuerdo que se intenta homologar en ella -en particular- puede tanto oponerse, proponer una nueva redacción de las cláusulas allí contenidas o sugerir otras, por atentar, aquel o aquellas, lo pactado contra el orden público y los intereses generales de la sociedad.

No se debe soslayar que tal intervención resulta ser una suerte de reaseguro del sistema, ya que permitir lo contrario sin el debido control integral que provoca la intervención del Fiscal sería obviar la posibilidad certera de que la asociación de consumidores pacte en contrario a los intereses que debería representar. Ello, ya que en los procesos colectivos existe una nula o ínfima participación directa de los miembros del grupo afectado e interesado en el litigio. En otras palabras, por las características propias que tiene el proceso colectivo, si se admitiera lo contrario, se abriría la puerta a la posibilidad cierta de un acuerdo en fraude a la ley y con un resultado de suma gravedad para la sociedad toda.

Sobre ello, la jurisprudencia indicó que siempre que la asociación actora inició una acción en defensa de los derechos de cierto grupo de usuarios, no se puede celebrar un acuerdo con la demandada vinculante y ejecutable, como sentencia con la simple

106 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Artículo 90, Inciso 2.

firma del mediador y las partes, en tanto, para arribar al convenio, resulta insoslayable la previa intervención del Ministerio Público Fiscal, de conformidad con lo dispuesto por el art. 54 LDC, y una decisión judicial fundada que lo homologue. Ello, en defensa de los intereses de un grupo de la sociedad; extremos estos, que en las cuestiones atinentes al consumidor no podrían ser satisfechos en el marco del trámite de la mediación previa obligatoria.

Como conclusión, se puede decir que existe un ámbito para el desarrollo de las funciones del ministerio público orientadas a la defensa del orden público y el interés general más allá de las tradicionales.

Sin alterar su forma, pero profundizando su misión institucional, su actuación en los conflictos colectivos resulta ser necesaria y esencial toda vez que es quien tiene la misión de representar el interés general, equilibrando los intereses en conflicto y representando a la comunidad en su conjunto.

Del análisis de los procesos colectivos se observa que la necesidad del MPF se vuelve aún más evidente en los procesos cuyo objeto es la tutela del interés público, a partir de su planteamiento como derecho difuso no apropiable por ningún individuo en particular, pero sí defendible en nombre de la sociedad toda. Igualmente, es indiscutible su intervención en la reivindicación de derechos colectivos que pudieran entrar en tensión con el interés de la comunidad o de otros grupos subrepresentados.

En cuanto a los fallos rectores en la materia, se pueden destacar "Reynoso Hnos. e Hijos"<sup>107</sup>, "Vieira Argentina S.A"<sup>108</sup>, "Sociedad Comercial del Plata"<sup>109</sup> y "Claren Corporation"<sup>110</sup>.

### **"Reynoso Hnos. e Hijos"**

Un claro ejemplo de la facultad requirente del Ministerio Público Fiscal en los procesos falenciales resulta ser el Dictamen de la Fiscalía General ante la Cámara Nacional en lo Comercial en el expediente "Reynoso Hnos. e Hijos S/ Quiebra s/ incidente de subasta de inmueble sito en el partido de Lincoln", mediante el cual solicitó ciertas medidas de prueba como la constatación del inmueble a subastarse y la producción de testimoniales de todas aquellas personas que se desempeñaban en el supermercado allí ubicado. Ello, a fin de corroborar que la ofertante reúne la calidad de

107 "Reynoso Hnos. e Hijo s/ Quiebra s/ incidente de subasta de inmueble sito en el partido de Lincoln" Expte. 112198/2002/3.

108 CNCom, Sala E, Febrero 24 de 2017, "Vieira Argentina SA sobre concurso preventivo, Incidente de apelación. Art. 250 CPR." y dictamen Fiscal.

109 CSJN en "Sociedad Comercial del Plata S.A y otros s/ concurso preventivo" del 20-10-2009.

110 CSJN en "Claren Corporation c. Estado Nacional s. exequátur", 06/03/14.

Cooperativa de Trabajo que invoca, ya que la oferta fue realizada invocando dicho carácter en los términos del Art. 190 de la Ley de Concursos y Quiebras.

Como resultado de la producción de las medidas de prueba antes referidas, el MPF se expidió el día 11 de diciembre de 2011 donde dictaminó que correspondía rechazar el recurso de apelación interpuesto contra el decisorio de primera instancia que rechazó la oferta de la Cooperativa antes citada.

Ello, ya que de su producción se observó que en la Cooperativa de Trabajo poco menos del 50% de su nómina eran ex empleados de la fallida (24/50).

Asimismo, se corroboró que solo 37 de la totalidad de sus integrantes se desempeñan en el establecimiento cuya compra se intenta obtener; 8 de las personas que dijeron integrarla señalaron que no participan en decisión alguna; y de los restantes, otros 3 afirmaron desconocer aquellas.

Por otro lado, de los 36 integrantes que suscribieron la oferta realizada por la Cooperativa al momento de la constatación, habían renunciado 10.

Por último, de la constatación y de las testimoniales realizadas se desprende que las decisiones de la Cooperativa las toma un “consejo de administración” delimitado y un particular, el Sr. “Bartoli”.

Tales cuestiones determinaron que se compruebe que la actuación de la oferente no es propia de una Cooperativa de Trabajo y menos aún de aquellas previstas en la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ. 190), toda vez que como se afirmó con anterioridad la participación de ex trabajadores de la fallida en la nómina total es mínima y aquellos que continúan no participan en las decisiones sociales.

Por otro lado, a igual solución arribó analizando la viabilidad de la oferta realizada, toda vez que entendió que aquella no resultaba beneficiosa para la quiebra.

Ahora bien, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en su fallo hizo suyos los argumentos vertidos en su dictamen por la hoy Procuradora General de la Nación, pero sin perjuicio de ello y de los demás elementos de la causa, acogió el recurso de apelación articulado que motivara su intervención. Allí dispuso seguir un proceso de llamado a mejora de oferta tomando como base la realizada por la “cooperativa”, considerando que aquella fue realizada por un tercero y no por una cooperativa de Trabajo en los términos del Art. 190 LCQ.

**“Vieira Argentina S.A.”**

En “Vieira”<sup>111</sup>, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha sostenido reiteradamente que sin perjuicio de que no se haya interpuesto recurso de apelación contra el decisorio que homologó la propuesta, la Fiscalía de Cámara igualmente puede intervenir ya que no puede desatenderse que el primero de los artículos citados estableció expresamente que aquella es parte en la homologación del acuerdo y en el entendimiento de que las facultades y prerrogativas del mismo se corresponden con las funciones que la Ley Nº 24.946, artículo 25, incisos a), b) g) y h) expresamente le asigna, ponderando además la intervención que le cabe por imperio del artículo 120 de la Constitución Nacional, que establece que es función del MP “promover la actuación de justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República”.

Así, sostuvo que la propia ley concursal establece expresamente que existe un interés general de la sociedad en que el Ministerio Público intervenga ante el estado de insolvencia. Concretamente, la legitimación de la Fiscalía para intervenir en el caso surge de los arts. 51 y 276 de la Ley de Concursos y Quiebras, que le asignan la calidad de “parte” en la homologación del acuerdo, debiendo en consecuencia darse tratamiento a las objeciones que la Fiscal formule contra aquella.

En ejercicio de tales funciones, la Fiscal General ante la alzada entendió que la propuesta ofrecida en el caso importa un irrazonable y abusivo ejercicio del derecho que conduce a encuadrar aquella dentro del standard legal de abusiva, cuando la aplicación de la tasa pasiva para las obligaciones en pesos, que, según sus cálculos, no fueron cuestionados por la sindicatura ni por la concursada, provocaría que la propuesta no alcance más del 18,48 % del valor original de los créditos, es decir, que esa baja tasa de interés implicaría una quita real de aproximadamente el 81,60%.

El Superior, en consonancia con los argumentos vertidos por la Fiscal, revocó la resolución que homologó el acuerdo.

### **“Sociedad Comercial del Plata”**

En “Sociedad Comercial del Plata”<sup>112</sup>, la Fiscalía adujo en la interposición de la queja por extraordinario denegado que la Cámara no estudió debidamente el fraude por ella denunciado en torno a la obtención de la mayoría que aprobó el concordato, desde que se negó la participación en la asamblea de un sinnúmero de titulares de obligaciones negociables, obligándoles a aquellos a presentar una documentación, la cual no podían obtener.

111 Íd. nota Nº 34.

112 Íd. nota Nº 35.

Asimismo, señaló que la decisión del Superior resultó arbitraria e insuficiente para rechazar los planteos en cuanto a tal cuestión e indicó la irregularidad en la obtención de las mayorías.

Por otra parte, entendió que se realizaron propuestas diferentes a igual categoría de acreedores, cuestión totalmente vedada por la normativa concursal vigente.

Por último, alegó que en la sentencia se omite el examen de los términos de la propuesta y los argumentos -y pruebas- aportados por la Fiscalía y por las partes, que demuestran que la quita es muy Superior al 80% invocado por la concursada, y utilizado como basamento de la decisión.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló en el caso haciendo propios los argumentos sostenidos tanto por la Fiscalía General ante la Cámara Comercial como por la Procuradora General de la Nación; revocó la homologación del acuerdo preventivo por considerar que la propuesta era abusiva para los acreedores en moneda extranjera y que hubo claras irregularidades en la asamblea de obligacionistas que aprobó el acuerdo.

### **“Claren Corporation”**

En “Claren Corporation” <sup>113</sup>, la Corte Suprema debió determinar si el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de la sentencia extranjera afecta los principios del orden público argentino en los términos del artículo 517, inciso 4, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y si esa decisión obligaría al Estado Nacional a pagar a un acreedor títulos de deuda pública, conforme las condiciones originales pactadas, desconociendo la posterior reestructuración dispuesta por el Estado en el marco de un régimen de emergencia. Así que en el caso la cuestión gira en torno a si esa decisión de un juez extranjero (sentencia traída para su reconocimiento y ejecución) afecta las atribuciones ejercidas por el gobierno nacional que están fundadas en principios de orden público del derecho Argentino.

Determinada la cuestión debe destacarse que la Corte la resolvió tomando los argumentos vertidos por la Procuradora General de la Nación en su dictamen.

Allí sostuvo que admitir la procedencia del exequátur implicaría convalidar que Claren Corporation eluda el proceso de reestructuración de deuda dispuesto por el Estado argentino a través de una acción individual entablada ante un juez neoyorquino.

113 Íd. nota N° 36.

Determinó que esa acción fue promovida con fundamento en los términos originales del contrato, desconociendo las normas de emergencia, cuya validez no fue ni pudo ser debatida en esa jurisdicción. La pretensión inserta en el caso vulneró el orden público local en tanto que la reestructuración de la deuda pública ha sido dispuesta por el Estado nacional, en su carácter de soberano, para afrontar una situación crítica de emergencia social, económica, financiera y administrativa que ponía en juego su continuidad. Más específicamente, afirmó que la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se pretende interfiere con el ejercicio de la potestad del gobierno argentino de redefinir unilateralmente el conjunto de sus obligaciones en una situación de emergencia extrema, con el objetivo de asegurar su subsistencia y garantizar la provisión de los bienes públicos esenciales en el territorio de su jurisdicción.

Como argumento de ello sostuvo que la atribución del gobierno argentino de reestructurar su deuda ante una situación de emergencia extrema conforma el orden público local en tanto que, en definitiva, hace a la soberanía del Estado: son los órganos representativos del gobierno designado por la Constitución Nacional -y no un acreedor individual, o un tribunal extranjero- quienes tienen a su cargo la fijación de las políticas públicas y la distribución de los recursos necesarios para llevarlas adelante y, por lo tanto, quienes deben arbitrar las medidas necesarias para afrontar una situación de emergencia.

Así entonces, la actuación del Ministerio Público Fiscal en la materia no sólo aumentó considerablemente en términos cuantitativos, sino que lo hizo en términos cualitativos, sirviendo sus dictámenes como base para los fallos judiciales posteriores, no solo por su completitud sino por su rigurosidad en lo atinente al caso particular en cuestión.

Corresponde destacar que la mayor actuación señalada no solo tuvo su origen en la modificación normativa, la cual le atribuyó sustancialmente nuevas facultades, sino que la propia labor de los fiscales rompió con el paradigma modelo que enmarcaba su función para llevarlo -como se ha visto- a la búsqueda de nuevos horizontes donde su rol abandone la pasividad propia del pasado.

### 2.5.2 Materia civil

La actuación Fiscal en el fuero civil, por su diversidad material, ha ido aumentando sustancialmente por múltiples factores que van desde la multiplicidad temática que abarca ese campo del derecho, la consecuente expansión normativa, el aumento de reclamos que ello conllevó, y por último, la sanción del nuevo plexo normativo unificado (Código Civil y Comercial de la Nación). Se puede señalar que -en un pasado previo a la reforma constitucional- la actividad versaba prácticamente sobre

el hecho de dictaminar cuando desde el poder jurisdiccional se requería su intervención concediéndole vista como consecuencia de un planteo de incompetencia o de inconstitucionalidad, la existencia de menores, procesos sucesorios etc., pero el mandato de defender la legalidad, velar por los intereses generales de la sociedad y proteger el orden público no puede encontrarse limitado solamente a tales casos sino todo lo contrario.

De esta forma, el motivo de intervención del Ministerio Público en materia civil en la actualidad abarca desde temas relacionados con el derecho de familia, cuestiones civiles patrimoniales, como también las nuevas figuras contractuales que el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó. Durante el año la problemática se centró, principalmente, en las consecuencias de la sanción del Código Civil y Comercial en los procesos en curso y en su aplicación a los iniciados con posterioridad al 1° de agosto del año 2015. En ese marco los distintos tribunales han requerido la ayuda de las Fiscalías a fin de resolver los planteos que se han ido sucediendo en todo el ámbito civil (patrimonial y de familia). Los amparos de salud, las cuestiones vinculadas al derecho de los consumidores y la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación en cuestiones de Derecho de Familia, filiación, así como las nuevas figuras contractuales que el código incorpora, han sido motivo de intervención del Ministerio Público.

También se dictaminan sobre diversa índole desde temas vinculados a restitución internacional de menores, violencia familiar, impugnación de paternidad, impugnación de maternidad, temas vinculados a las técnicas de reproducción humana asistida (nueva forma de filiación introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación). Además, las fiscalías intervienen en los divorcios, nulidad de matrimonio, adopciones, filiaciones, restricción de la capacidad, cambio de nombre, sucesiones, informaciones sumarias de diversa índole. También en todo lo referido a la competencia material, territorial y en los casos de fuero de atracción en las sucesiones. En los juicios de amparo, dictaminando sobre su procedencia como también respecto a su viabilidad, en los planteos de inconstitucionalidad y en todas aquellas cuestiones en las que se encuentra involucrado el orden público o en los casos en los que está prevista la intervención del Ministerio Público. Por último, se observa que la intervención en temas vinculados a derecho del consumidor se ha incrementado en forma significativa.

En el año 2016 cada fiscalía en materia civil en promedio ha intervenido en un total aproximado de 16.000 causas que ingresaron, sin contar aquellas que vinieron a notificar al fiscal, teniendo asignado cada fiscalía un promedio de 7 juzgados de familia y veintiún juzgados civiles patrimoniales, dado que son unidades de materias mixtas<sup>114</sup>.

114 Ministerio Público Fiscal de la Nación, Informe de Gestión 2016., pág. 584, disponible en <http://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2017/05/Informe-Anual-2016.pdf>.

## Dictámenes y fallos relevantes en materia civil

### Derecho a la Salud en General

En el caso “O L., Edith Silvia c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno”<sup>115</sup> se analizó cómo compatibilizar la obligación legal de cobertura médica asistencial de las obras sociales y las empresas de medicina prepaga con el derecho a la salud y los derechos de las personas con discapacidad. Edith Silvia L. había demandado a la empresa de medicina prepaga a la que está afiliada para que esta le provea, con una cobertura total, una droga que se le había prescrito para un tratamiento médico, a pesar de que esa droga no estaba aprobada por la ANMAT para ese uso.

La Sala “L” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de la jueza de grado que había admitido la acción de amparo y condenado a la prepaga a proveer el medicamento en cuestión. Contra ese pronunciamiento, la parte demandada interpuso un recurso extraordinario, cuya denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen de fecha 28 de mayo de 2013, la Procuradora General de la Nación opinó que correspondía hacer lugar a la queja y rechazar el recurso extraordinario. Así, sostuvo que no era arbitraria la valoración del juez sobre la conveniencia y la razonabilidad del uso de la droga para el tratamiento de la enfermedad. El 20 de mayo de 2015 la CSJN se pronunció en el caso y, en sentido contrario al Ministerio Público, resolvió dejar sin efecto la sentencia de Cámara por considerarla arbitraria, y dispuso que el tribunal de origen dicte una nueva decisión.

#### *Principales estándares del dictamen*

a) El derecho a la salud comprende el derecho de acceder al tratamiento médico adecuado para la patología en cuestión

“El derecho a la salud —reconocido expresamente en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y tal como lo ha interpretado la Corte en su jurisprudencia constitucional (cf., por ejemplo, Fallos 323:1339; 329:2552) — garantiza al paciente el acceso al tratamiento médicamente adecuado para la patología que padece”.

<sup>115</sup> Dictamen completo disponible en [http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2013/AGilsCarbo/mayo/L\\_Edith\\_L\\_85\\_L\\_XLVII.pdf](http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2013/AGilsCarbo/mayo/L_Edith_L_85_L_XLVII.pdf). Fallo completo de la CSJN disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7113861>, Colección de dictámenes sobre Derechos Humanos.

b) El derecho a acceder al tratamiento médico adecuado para la patología exige evaluar la conveniencia y razonabilidad de la utilización de medicamentos por un uso distinto del aprobado por la autoridad de aplicación

“... Tanto la regulación internacional del uso fuera de prospecto de medicamentos aprobados, como la regulación de la ANMAT sobre uso compasivo de medicamentos no aprobados pretenden garantizar el acceso del paciente a un tratamiento adecuado, aun cuando ello implique utilizar un fármaco para un uso distinto del aprobado por la autoridad de aplicación. Ello exige evaluar debidamente la conveniencia y razonabilidad del uso fuera de prospecto del fármaco, teniendo en cuenta la información científica acerca de la eficacia del fármaco para la patología en cuestión y para la situación concreta del paciente, la razonabilidad de la relación entre riesgos y beneficios y el consentimiento informado del paciente”.

### **Derecho a la salud sexual y reproductiva**

#### **“O. L., E. H. c/ Obra Social de Empleados Públicos”**

En el caso “O. L., E. H. c/ Obra Social de Empleados Públicos”<sup>116</sup>, la cuestión analizada se circunscribió a determinar el alcance de los derechos a la salud sexual y reproductiva y a la vida familiar y, en particular, a definir si la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida (Ley N° 26.862) comprende la cobertura integral del método de fertilización solicitado por los actores.

E. H. L. y E. D. V. interpusieron una acción de amparo contra la Obra Social de Empleados Públicos de la provincia de Mendoza a fin de que se la condene a otorgar la cobertura integral de una técnica de fecundación específica —fecundación in vitro con inyección intracitoplasmática de espermatozoides con diagnóstico genético preimplantacional—, que le había sido prescripta por el médico para lograr el embarazo.

La Sala “I” de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, por mayoría, rechazó el recurso de inconstitucionalidad presentado por los actores y, en consecuencia, confirmó la sentencia dictada por la Quinta Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, que había denegado la cobertura integral del tratamiento de

116 “L., E. H. c/ Obra Social de Empleados Públicos s/ Amparo” - CSJ 3732/2014/RHI. Dictamen completo disponible en [http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/IGarcia/mayo/LHE\\_CSJ\\_3732\\_2014.pdf](http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/IGarcia/mayo/LHE_CSJ_3732_2014.pdf), Colección de dictámenes sobre Derechos Humanos, pág.24. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7243421>. Los derechos económicos, sociales y culturales, pág. 25.

fertilidad solicitado. Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso un recurso extraordinario cuyo rechazo motivó la interposición de la correspondiente queja.

En su dictamen de fecha 4 de mayo de 2015, la Procuradora Fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación opinó que se debía admitir el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Según el dictamen, la decisión recurrida había interpretado en forma errónea la Ley N° 26.862 en cuanto concluyó que el método de fertilización asistida cuya cobertura había sido requerida no estaba incluido en la citada ley. El 1° de septiembre de 2015 la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y, contrariamente a lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, confirmó la sentencia de la Corte mendocina. Según el fallo, la negativa de la obra social no constituía un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, de modo que no se encontraban configurados los requisitos de procedencia del amparo según el art. 43 de la Constitución Nacional.

#### *Principales estándares del dictamen*

a) El derecho a la salud comprende el acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de elección y el acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud

“En efecto, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza el derecho de toda persona al nivel más alto posible de salud física y mental. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que ‘la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho [a] tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto” (Observación General n° 14, ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)’, E/C.12/2000/4, 2000, párr. 12; en el mismo sentido, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, A/CONF.171/13/Rev. 1, 1994, párr. 7, inc. 2)”.

b) La posibilidad de procrear forma parte del derecho a la protección familiar

“... La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el derecho de protección a la familia, consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana, alcanza, entre otras obligaciones, a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar de la manera más amplia (‘Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’, sentencia

del 28 de noviembre de 2011, párr. 145). A su vez, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. (Observación General n° 19, ‘Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos’, Artículo 23 - La familia, HRI/GEN/1/Rev.7, 171, 1990, párr. 5)”.

c) El derecho a la autonomía reproductiva y a fundar una familia comprende el derecho de toda persona a beneficiarse de los avances científicos

“... [La Corte Interamericana ha entendido que el alcance del derecho a la autonomía reproductiva y a fundar una familia se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones (‘Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’, cit., párr. 150)”.

d) La Ley N° 26.862 debe ser interpretada de modo tal que respete y proteja los derechos a la salud sexual y reproductiva, a la vida familiar y a beneficiarse de los avances científicos

“... [E]l espíritu de la Ley [26.862] es respetar y proteger los derechos constitucionales a la salud sexual y reproductiva, a la vida familiar y a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. En las circunstancias concretas de este caso, la cobertura solicitada tiende a garantizar el goce de esos derechos”.

“En este contexto, entiendo que la sentencia aquí recurrida interpretó en forma errónea la Ley N° 26.862 en cuanto concluyó que la técnica DGP no está incluida en la citada ley. Esa interpretación, además, implica quitarle a la pareja actora la oportunidad de tener hijos biológicos, así como negarle su derecho a la salud sexual y reproductiva, a formar una familia y a gozar de los beneficios de los adelantos científicos”.

### 2.5.3. Materia laboral

La actuación Fiscal en materia de derecho del trabajo desde la creación del fuero en 1943 (que en un pasado previo a la reforma constitucional de 1994 y las leyes LOMPFN estaba integrado por el Procurador General del Trabajo, quien lo encabezaba, un Subprocurador General del Trabajo y los fiscales), tenía como funciones en ese entonces, y de acuerdo a los antiguos Artículos 8º a 14º —de la Ley N° 18.345- actualmente derogados, las siguientes:

a) La observancia de las leyes, decretos, reglamentos y demás disposiciones que deban aplicarse por la Justicia Nacional del Trabajo, pedir el remedio de los abusos que notare, y, en general, defender imparcialmente el orden jurídico y el interés social;

b) Intervenir en todo asunto judicial que interese a la persona o bienes de los menores de edad, otros incapaces o ausentes, o en que estén afectados sus derechos, y entablar en su defensa las acciones o recursos admisibles, juntamente con sus representantes o en forma independiente;

c) Ser parte necesaria en todas las causas del trabajo y en las cuestiones de competencia;

d) Velar por la uniformidad de la jurisprudencia, para lo cual deberá entablar los recursos que correspondieren;

e) Evacuar las vistas, conferidas por los jueces o por la Cámara;

f) Pedir las medidas tendientes a prevenir o remediar colusiones de las partes;

g) Promover por sí o por intermedio de la autoridad que corresponda, la aplicación y ejecución de las sanciones por inobservancia de las leyes de fondo y las procesales;

h) Intervenir en todos los demás casos previstos en las leyes.

i) Para el caso al Procurador General del Trabajo le correspondía efectuar:

j) Formular las instrucciones generales o especiales que estime convenientes para la iniciación o continuación de las gestiones de incumbencia del Ministerio Público, las que serán observadas sin perjuicio de dejarse a salvo las opiniones personales, y requerir informes sobre las causas sometidas a dictamen, que se evacuarán por escrito cuando así lo dispusiere;

k) Recabar de las oficinas públicas los instrumentos e informes indispensables para el ejercicio de las funciones del Ministerio Público. Lo dispuesto en los artículos 398 y 399 del Código Procesal Civil y Comercial será aplicable respecto de esos pedidos; en el supuesto a que se refiere el segundo párrafo del artículo 399, la comunicación en él prevista la hará el Procurador General del Trabajo;

l) Desistir, cuando lo considere pertinente, de los recursos interpuestos por los fiscales;

m) Intervenir en todos los asuntos relativos a la superintendencia de la Cámara;

n) Dictaminar en las causas sometidas a fallo plenario;

o) Solicitar la revisión de la jurisprudencia plenaria;

p) Promover la reunión de la Cámara en pleno para uniformar, mediante acordadas reglamentarias, la interpretación de esta ley;

q) Participar en los acuerdos de la Cámara con voz y sin voto (cfr Antiguos Artículos 8º a 14ª —de la Ley Nº 18.345- actualmente derogados).

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal de ambas instancias intervenía como defensor: “Artículo 15. — Defensor de Ausentes — Anualmente, el Procurador General del Trabajo designará al fiscal que actuará como defensor de ausentes en todas las

causas en que ello fuere necesario y dispondrá sobre el reemplazo de los fiscales cuando deban defender intereses contradictorios”<sup>117</sup>.

Este último rol, que en la actualidad fue derogado por la LOMPFN N° 24.946 -y N° 27.148, actual LOMPFN-, fue encargado específicamente al Ministerio Público de la Defensa, lo cual generó un cambio de funciones y también un cambio en la cantidad de Fiscalías de 6 a 8 (año 1995).

Las materias por las cuales se dictaminaban tradicionalmente versaban sobre temas de competencia; personería, litispendencia; cosa juzgada; transacción; prescripción; acumulación; medidas cautelares, constitucionalidad, reconvenición, rebeldía, hecho nuevo; nulidad; intervención de terceros; desistimientos; allanamientos; conciliación y ejecución de sentencia; impuestos, tercería; acción de amparo, procesos sumarísimos y sumarios y otros en materia de libertad sindical; ya sea en aquéllos relativos a la tutela consagrada por la Ley N° 23.551 (exclusiones o cumplimiento) y en aquellos procesos atinentes a la materia de policía del trabajo, etc.

Pero a lo largo de los tiempos debido a vaivenes de cambios de políticas, gobiernos y modelos económicos se fue advirtiendo, en lo esencial, un crecimiento importante no solo de causas sino también de las cuestiones derivadas de la proyección de la LOMPFN respecto de los nuevos derechos, reclamos de la ciudadanía y las funciones de los fiscales en cuanto al mandato de defender la legalidad, cuidar los intereses generales de la sociedad y la protección del orden público que no puede encontrarse limitado solamente a tales casos principalmente.

Actualmente, el Ministerio Público Fiscal está conformado por una Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (integrado por un Fiscal General y un fiscal adjunto) y luego las Fiscalías de Primera Instancia que son un total de ocho ante los Juzgados Nacionales de Primera Instancia del Trabajo.

Con este cuadro de situación, en el año 2016 se ha medido de manera estadística que: la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo emitió 4.176 (cuatro mil ciento setenta y seis) dictámenes, que fueron compartidos por las distintas Salas de la Cámara (en un total de 10 salas) en 3.897 (tres mil ochocientos noventa y siete) sentencias, o sea en más de un 90% de los casos. A su vez, se intervino, en los términos del art.120 de la Constitución Nacional y 1 y conchs. de la Ley N° 27.148, en más de 127 causas (ciento veintisiete).

117 Cfr. Antiguo Artículo 15 —de la Ley N° 18.345-actualmente derogado. Ver fuente: [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)

En este mismo período, cada una de las Fiscalías Nacionales del Trabajo de primera instancia (que en total son 8) intervino durante el transcurso de 2016 asistiendo y dictaminando cada una de ellas a 10 juzgados o tribunales en un promedio entre 15.000 y 19.000 notificaciones, emitiendo entre 1.800 y 2.367 dictámenes y entre 1600 y 2483 observaciones al procedimiento<sup>118</sup>.

Las materias en las cuales ha intervenido e interviene son: competencia; constitucionalidad, acción de amparo, procesos sumarísimos y otros en materia de libertad sindical; ya sea en aquéllos relativos a la tutela consagrada por la Ley N° 23.551 (exclusiones o cumplimiento), medidas autosatisfactivas, reconvenición, rebeldía, medidas probatorias; hecho nuevo; nulidad; intervención de terceros; desistimientos; allanamientos; conciliación y ejecución de sentencia; impuestos, tercería; personería, litispendencia; cosa juzgada; transacción; prescripción; acumulación; medidas cautelares, como así también en aquéllos otros supuestos de trabajadores que -sin estar comprendidos en el diseño legal de tutela gremial- alegan discriminación con sustento en la Ley N° 23.592.

Se advierte, en lo esencial, un crecimiento importante de las cuestiones de competencia originadas por la denominada Ley de Riesgos de Trabajo y un aumento de los conflictos concernientes a este sistema legal, con múltiples planteos de inconstitucionalidad, en particular en lo referente a la atribución de competencia de la Justicia Nacional en lo Civil y la validez de la opción excluyente que la normativa establece. Por otra parte, ha crecido la litigiosidad del empleo público y sus contrataciones atípicas y también se nota una proliferación de las acciones de amparo por discriminación fundadas en la Ley N° 23.592, en las cuales el Ministerio Público interviene muy activamente.

La problemática más relevante continúa siendo el elevado nivel de conflictividad en orden a la competencia de esta Justicia Nacional del Trabajo y la Justicia Civil, sumado a los recientes cambios legislativos (vrg. Ley N° 27.348)<sup>119</sup>.

En especial, en los últimos tiempos ha existido una intervención en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, así como cuando se ha evidenciado una manifiesta asimetría entre las

118 Fuente de los datos extraídos para el análisis: Ministerio Público Fiscal de la Nación, Informe de Gestión 2016, disponible en <http://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2017/05/Informe-Anual-2016.pdf>. Durante este año 2017 es muy posible que estas cantidades sean superiores pero este dato aún no se puede confirmar porque los informes anuales aún no han sido presentados para este análisis.

119 Fuente de los datos extraídos para el análisis: Ministerio Público Fiscal de la Nación, Informe de Gestión 2016, disponible en <http://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2017/05/Informe-Anual-2016.pdf>.

partes o se encuentren amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional.

También, frente a los cambios legislativos referidos a la LOMFN, la función fiscal laboral se ha inclinado con mayor énfasis en requerir la producción, ofrecimiento y solicitud de incorporación de prueba, promover denuncias y actuación conjunta con procuradurías especializadas (realizar investigaciones con relación a los casos en los que interviene a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, a los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales), petitionar el dictado de medidas cautelares o dictaminar sobre su procedencia, plantear nulidades, plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer las acciones previstas en la Ley N° 24.240 y/o efectuar peticiones tendientes al cumplimiento de su misión y la defensa del debido proceso.

En síntesis, pasó de tener un rol tradicionalmente procesalista, centrado principalmente en cuestiones tales como de intervención en cuestiones de competencia, habilitación de instancia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público, a un rol más protagónico –claro está, incluyendo tales campos procesales- pero vinculado a una actuación más interdisciplinaria y multifuncional sin descartar su especialidad material.

A modo informativo y ejemplificativo de la evolución y expansión reseñada corresponde, entre otros, citar:

**“Ríos Zorrilla, Clara Elena c/ González, Graciela Aida y otro s/ Tribunal de Trabajo Doméstico” - S.C. R. 452, L. XLVII<sup>120</sup>**

La discusión fundamental en este caso consistió en determinar el alcance del derecho de igualdad ante la ley de las trabajadoras de casas particulares. Específicamente, si quienes prestan aquellos servicios tienen derecho a la protección del embarazo y de la maternidad al igual que el resto de los trabajadores conforme la Ley N° 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo).

#### *Principales estándares del dictamen*

120 Dictamen completo disponible en: [http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/AGilsCarbo/agosto/Rios\\_Zorrilla\\_R\\_452\\_L\\_XLVIII.pdf](http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/AGilsCarbo/agosto/Rios_Zorrilla_R_452_L_XLVIII.pdf). Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado al derecho a la igualdad y no discriminación, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática. Colección de dictámenes sobre Derechos Humanos/Los derechos económicos, sociales y culturales, Fallo completo de la CSJN disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnálisis=718979> Los derechos económicos, sociales y culturales.

a) El Estado está obligado a promover la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación

“... El Convenio 111 de la OIT establece la obligación de ‘formular y llevar a cabo una política nacional que promueva [...] la igualdad [...] de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto’ (art. 2), y de ‘derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política’ (art. 3)”.

“A su vez, el Convenio 189 prevé específicamente el deber de adoptar medidas para ‘asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos’ (art. 3, inc. 1) y, en particular, para alcanzar ‘la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación’ (art. 3, inc. 2 d). Establece la obligación de ‘adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente’ (art 6). Finalmente, precisa que deberá asegurarse ‘que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad’ (art 14, inc. 1). Cabe aclarar que si bien el Convenio 189 (ratificado por Argentina el 24 de marzo de 2014) entrará en vigor para el país el 24 de marzo de 2015 (cf. art 21, inc. 2), surge de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la obligación de no frustrar su objeto y fin (art 18, inc. b)”.

“En este marco, el decreto ley 326/56, en cuanto excluía a un grupo particularmente vulnerable del derecho que tienen el resto de las trabajadoras a gozar de una licencia pagada por motivos de embarazo y maternidad, importa una discriminación prohibida en su contra ya que trata desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes —esto es, en estado de embarazo o de maternidad, y, en consecuencia, temporariamente imposibilitadas de continuar prestando sus servicios— (Fallos 332:433, considerando 5° y sus citas)”.

“Considero que a idéntica conclusión cabe arribar respecto del pedido de inconstitucionalidad de la indemnización por antigüedad prevista en el decreto ley 326/56, que es notablemente inferior a la estipulada para el resto de los trabajadores (v. arts. 9, decreto ley 326/56; y 2 y 245, Ley Nº 20.744). Pienso que la particular naturaleza de las tareas realizadas por el personal de casas particulares no puede justificar que se disminuya a la mitad la indemnización por antigüedad a percibir en su caso. Por el contrario, ello expresa un menosprecio del valor de la permanencia en su lugar de trabajo por parte de esos trabajadores —y de la experiencia y habilidad adquiridas como consecuencia— y ciertamente es contrario al deber de asegurar a

todos los trabajadores la protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor (art. 14 bis, Constitución Nacional). En este sentido, cabe recordar que el derecho a la igualdad exige, entre otras cosas, que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos 332:433, considerando 5° y sus citas)”.

b) El Estado está obligado a garantizar los principios de igualdad y no discriminación de los/as trabajadores/as de casas particulares

“... El Preámbulo del Convenio 189 de la OIT destaca que ‘el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible’ y que quienes lo realizan ‘se encuentran entre los trabajadores más marginados’. Precisa que los trabajadores del sector son ‘principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos”’.

“En este contexto, cabe recordar que la Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda forma de discriminación son elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Fallos 333:2306, considerando 4°; 334:1387, considerando 5°; ‘Sisnero, Mirtha Gracieli y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo’, S 932 L XLVI, sentencia del 20 de mayo de 2014, considerando 2°)”.

“Numerosos tratados internacionales de derechos humanos prohíben expresamente la discriminación por motivos de género, de posición económica y de origen o cualquier otra condición social (arts. 1.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, 54 | Colección de dictámenes sobre Derechos Humanos 3 y 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; II, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2, Declaración Universal de Derechos Humanos; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer)”.

c) Las mujeres gozan de una protección especial durante un período de tiempo razonable antes y después del parto

“De este modo, el Estado tiene la obligación de garantizar la protección integral de la familia, especialmente para su constitución (arts. 14 bis y 75 inc. 23, Constitución Nacional; 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y

16, Declaración Universal de Derechos Humanos). Tal como se expresa en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, el Estado debe '[d]ictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia''.

“En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales’ (art. VII; v., también, art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos)”.

“Más específicamente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 10, inciso 2, que '[s]e debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social''.

“Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer establece el objetivo de garantizar ‘una comprensión adecuada de la maternidad como función social’ (art. 5, inc. b). Impone a los Estados Partes el deber de asegurar ‘la salvaguardia de la función de reproducción’ (art. 11, inc. 1) y de ‘tomar las medidas adecuadas para prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad’ (art. 11, inc. 2 a), así como de ‘implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales’ (art. 11, inc. 2 b)”.

#### **“Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/ I.N.S.S.J.P.”<sup>121</sup>**

En el caso se analizó el alcance del derecho a la protección sindical y, en particular, si resultan compatibles con los estándares internacionales las franquicias y licencias gremiales reconocidas únicamente a los/as trabajadores/as pertenecientes a las organizaciones sindicales con personería gremial.

#### *Principales estándares del dictamen*

121 Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/ I.N.S.S.J.P.” - N, 143, XLVIII. Dictamen completo disponible en: [www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/Igarcia/marzo/Nueva\\_N\\_143\\_XLVIII.pdf](http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/Igarcia/marzo/Nueva_N_143_XLVIII.pdf). Los derechos económicos, sociales y culturales, pág. 63 y sgtes. Fallo completo de la CSJN disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7267782> 64 | Colección de dictámenes sobre Derechos Humanos.

a) El régimen de franquicias y licencias gremiales no debe influir en forma indebida en la libertad sindical de los/as trabajadores/as

“... El actual régimen de franquicias y licencias —tal como está regulado en las normas aquí cuestionadas— puede influir, en forma indebida, en la elección de los trabajadores con relación a la asociación a la que deseen afiliarse, ya que optarían por aquella que tenga más privilegios y brinde mayor protección, incluso aunque no adhieran a su ideología política o sindical. En este sentido, la Comisión de Expertos, al formular observaciones sobre la Ley Nº 23.551 en 1989, manifestó que la concesión a los sindicatos más representativos de ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que deben afiliarse”.

b) Las regulaciones que establecen franquicias y licencias gremiales únicamente a los/as trabajadores/as pertenecientes a las organizaciones sindicales con personería gremial generan una desigualdad irrazonable

“... Entiendo que los artículos 44 y 48 de la Ley Nº 23.551 y los artículos 70, 90 y 91 del convenio colectivo 697/05 violan el derecho a la libertad de asociación sindical, tal como ha sido interpretado en los casos citados por la Corte Suprema, en la medida que otorgan privilegios a las asociaciones sindicales con personería gremial en detrimento de las simplemente inscriptas. En efecto, ello conlleva una desigualdad irrazonable entre los dos tipos de organizaciones, lo que afecta la libertad sindical tanto en el aspecto individual como en el colectivo”.

**“Geizerstan, Marianne Elena c/ Alianza Francesa s/ Despido”- CNT-13904/2010<sup>122</sup>**

En el presente caso, entre otras cuestiones, se analizó si corresponde equiparar la protección frente al despido por causa de maternidad a los supuestos de maternidad por adopción.

En su dictamen de fecha 4 de mayo de 2015, la Procuradora fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación opinó que debía desestimarse el recurso de queja interpuesto y confirmar la sentencia apelada. El 29 de septiembre de 2015, la

122 Dictamen completo disponible en [http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/Igarcia/mayo/Geizerstan\\_Marianne\\_CNT\\_13904\\_2010.pdf](http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/Igarcia/mayo/Geizerstan_Marianne_CNT_13904_2010.pdf),  
Fallo completo de la CSJN disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7249601> 56 |  
Colección de dictámenes sobre Derechos Humanos

Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibile el recurso en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

#### *Principal estándar del dictamen*

- a) Frente al despido por causa de maternidad, corresponde equiparar jurídicamente los institutos de adopción y maternidad

“La aplicación del artículo 178 de la Ley Nº 20.744 a las presentes actuaciones, en cuanto equipara jurídicamente los institutos de adopción y maternidad, luce fundada en las leyes e instrumentos internacionales con jerarquía constitucional citadas en la decisión recurrida — Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre Derechos del Niño y la Ley Nº 24.714”.

#### 2.5.4. Materia seguridad social

Fundado en la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, en los últimos años las dos fiscalías que desarrollan sus funciones dentro de la primera instancia del fuero de la seguridad social han variado las labores que desarrollaron en un comienzo, adoptando una actitud proactiva, al actuar en varias oportunidades de manera oficiosa, interponiendo recursos y actuando con real presencia dentro del proceso.

Para arribar a este estado de situación, los fiscales se basaron en los lineamientos brindados por la Procuradora General de la Nación, los cuales encontraron su origen no solo en la normativa constitucional, sino en las leyes Nº 24.496 y 27.196 sobre ordenamiento del Ministerio Público Fiscal, y en las mismas leyes sobre la materia Seguridad Social, principalmente, las leyes Nº 23.473, 24.655, 24.946 y 27.148, las cuales imponen diligencias para promover la actuación judicial y participación a lo largo de todo el proceso en resguardo del erario y orden público.

A partir de esta nueva concepción, pasaron de ser meros “testigos” a los cuales se les enviaban los expedientes con fines meramente de toma de conocimiento a ser los principales garantes del interés general de la sociedad y la legalidad constitucional ante casos previsionales.

De esta forma, el Ministerio Público Fiscal pasó a tener dentro del fuero las más variadas funciones al tener que dictaminar, al inicio, sobre la habilitación de instancia por cumplimiento de los requisitos de la Ley Nº 19.549, principalmente en épocas pasadas donde las resoluciones denegatorias dentro del ámbito de la Administración Nacional de la Seguridad Social tardaban varios meses en emitirse, en solicitudes de medidas cautelares/tutela anticipada fundadas en ciertos precedentes de la Cámara

Federal de la Seguridad Social que ordenaban el pago inmediato del aumento de los haberes, en la aplicación de astreintes por parte de algunos jueces ante los reiterados incumplimientos de la demandada a sus sentencias, en la actualización de retroactivos con tasa activa, en lugar de lo establecido en el fallo Spitale de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la imposición de costas a la vencida en etapa de conocimiento, en contradicción a lo dispuesto por la normativa especial que regula la materia, etc.

Esta nueva concepción a la que se hace referencia amplió el margen con el cual se desenvolvían hasta hace algunos años, pasando del mero dictamen pasivo con el que desarrollaban sus funciones a ser un actor principal dentro del proceso, que recurre y solicita explicaciones sobre todas las resoluciones judiciales que se alejan de los principios jurídicos y constitucionales que informan la materia -sustentabilidad económica y financiera, solidaridad, universalidad, inclusión, distribución del ingreso, igualdad, justicia social, dignidad, etc.

Párrafo aparte merece la reciente creación del programa nacional de reparación histórica para jubilados y pensionados, mediante la sanción de la Ley N° 27.260, que generara un cambio de paradigma al interior del fuero de la Seguridad Social, no solo desde el punto de vista escalafonario sino por la apertura a una solución que permitiera finalizar con procesos que llevan años de tramitación.

En líneas generales, el Programa tiene como objeto paliar la situación de injusticia que atraviesa un grupo vulnerable de la sociedad desde hace varios años y que trajo como consecuencia el colapso de todo el fuero de la seguridad social, mediante la implementación de acuerdos que permitan reajustar los haberes y cancelar las deudas previsionales, alcanzando a una gran parte del sector pasivo como son aquellos beneficiarios -originarios o derivados- que se les hubiera calculado el haber inicial por los métodos previstos en el artículo 49 de la Ley N° 18.037 (t.o. 1976) y sus modificatorias, o en los artículos 24, 97, o 98 de la Ley N° 24.241 y sus complementarias y modificatorias con anterioridad al 1° de diciembre de 2006, o cuya movilidad se rigiera por el artículo 53 de la Ley N° 18.037 (t.o. 1976) y sus modificatorias, o por el artículo 38 de la Ley N° 18.038 hasta el 31 de marzo de 1995, y/o por el artículo 7° inciso 2 de la Ley N° 24.463 entre el 1° de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006.

Si bien la reglamentación establece que los mismos deberán ser presentados para su homologación por ante el juzgado federal de primera instancia que intervino en el reclamo iniciado con anterioridad o al que corresponda al domicilio de pago, mediante un sistema creado a tales efectos, el art. 7 del Decreto 894/2016 otorga participación pasiva al Ministerio Público Fiscal, únicamente para los casos en que el juez homologue el acuerdo.

En concreto, la reglamentación establece que “En caso de existir un reclamo judicial previo sobre un concepto contemplado en el Acuerdo Transaccional, el trámite de homologación del mismo tramitará ante el juez que interviene en dicho reclamo. De lo contrario, tramitará ante el Juez Federal del lugar de pago del beneficio previsional sobre el que verse el acuerdo. El Acuerdo Transaccional será remitido por la ANSES al Poder Judicial de la Nación, por medios electrónicos y/o digitales, para la formación del correspondiente expediente electrónico. Una vez homologado el acuerdo, el juez de la causa podrá notificar, por medios electrónicos y/o digitales, al Ministerio Público Fiscal”.

En la práctica, la orfandad normativa trajo como consecuencia que la participación del Ministerio se limite a ser notificado en el domicilio electrónico de la resolución del juez, excluyéndolo de cualquier dictamen y/o intervención anterior.

Un ejemplo de ello es el reciente caso “Frías Ramón c. ANSES s. Incidente”, Expte. 18520/2008, resuelto por la sala II de la Excm. Cámara Federal de la Seguridad Social, el cual había sido promovido a raíz del acuerdo celebrado por un jubilado que tenía sentencia firme.

En primera instancia, el convenio había sido rechazado con fundamento en que el proceso se encontraba finalizado por un modo normal excluyente de cualquier alternativo celebrado con posterioridad que fuese en detrimento de la resolución firme.

Frente al recurso interpuesto por la Administración Nacional de la Seguridad Social, el día 22 de septiembre de 2017 la sentencia fue revocada en su totalidad por la Cámara, homologándose el convenio, bajo el argumento que la misma normativa es la que prevé la posibilidad de celebrar los acuerdos, incluso para aquellos jubilados y pensionados que hubiesen obtenido resolución definitiva.

Durante toda la tramitación del incidente, en ninguna oportunidad se le otorgó participación al Ministerio Público, pese a que la misma podría estar garantizada por la misma Ley de Ordenamiento, abriendo una nueva discusión de cara al futuro sobre el verdadero rol del Fiscal dentro del proceso.

### 2.5.5. Materia contencioso administrativo

La competencia federal puede estar determinada por un criterio subjetivo, objetivo o mixto.

Según el criterio subjetivo u orgánico, la competencia está determinada en función del sujeto público que interviene en la causa, ya sea como actor o como

demandado, sin considerarse las normas que resultan aplicables al conflicto que se plantea en el litigio y a la relación jurídica en la que el mismo tiene lugar.

Objetivamente, la competencia está determinada en la medida que la naturaleza jurídica de la acción entablada y el derecho objetivo aplicable estén sometidos básicamente a las normas de derecho administrativo.

En el criterio mixto se requiere la configuración de los dos elementos: la intervención de la administración como parte y la aplicación del derecho administrativo.

Es por ello que en materia de litigiosidad se encuentra amplia competencia en materia aduanera, tributaria, empleo público, reclamos por responsabilidad del Estado, aumentos no remunerativos al personal militar, amparos por mora, entre otros objetos.

La actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación en materia Contencioso Administrativo Federal está a cargo de los fiscales y fiscales generales que velan por el debido proceso legal.

Tienen como función principal peticionar en las causas en trámite donde está involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional.

En materia procesal participan de cuestiones de competencia, habilitación de instancia, solicitan la recusación con causa de los jueces intervinientes; producen, ofrecen y solicitan la incorporación de prueba, peticionan el dictado de medidas cautelares o dictaminan sobre su procedencia, plantean nulidades e interponen recursos.

Asimismo, plantean inconstitucionalidades, interponen las acciones previstas en la Ley Nº 24.240, intervienen en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan.

El dictado del DNU 70/17 se ha convertido en uno de los temas de mayor relevancia en la actualidad al interior del fuero.

En base al mismo fue que se presentó el Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS-, la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes –CAREF-, y el Colectivo por la Diversidad –COPAD- promoviendo una acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, con sustento en los arts. 8° y 25 de la C.I.D.H., y los arts. 2.3. y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considerando que el mencionado decreto resulta lesivo al debido proceso legal, a la protección judicial efectiva y acceso a la justicia, el derecho a igual protección de la ley y a la no discriminación y el derecho a la libertad ambulatoria.

En concreto, denuncian que consagra un nuevo mecanismo de expulsión de personas migrantes en el territorio argentino discordante con el diseño instrumentado en la Ley Migratoria N° 25.871, alterando los recursos administrativos ante la orden de expulsión y limitando su impugnación.

En oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión, el Ministerio Público Fiscal propició que el juez interviniente debería hacer lugar parcialmente a la demanda colectiva, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 14, 16 y 24 del decreto 70/17, modificatorios de los arts. 69 quinquies, 69 septies –primer párrafo- y 86 –segundo y tercer párrafo- de la Ley N° 25.871.

Pese a que consideró que estaban dadas las condiciones para el dictado del DNU, el procedimiento sumarísimo establecido por el decreto 70/17 implica una reducción sustancial de los plazos procesales -pasando de 15 y 30 días para la interposición del recurso jerárquico y judicial, respectivamente, a 3 días hábiles- que perjudica notablemente a la persona que debe ejercer en tan exiguo tiempo su defensa, y en la práctica, impide al migrante su derecho a ser oído con las debidas garantías constitucionales, ofrecer y producir la totalidad de la prueba que hace a su derecho y, en líneas generales, implica un menoscabo de su derecho a la defensa, al suponer “un escollo irrazonable que impide al migrante preparar adecuadamente su defensa, reunir evidencias u otros elementos para fundar su caso, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes”.

En el mismo sentido para las modificaciones introducidas en cuanto a la defensa, ya que las condiciones establecidas en la Ley de Migraciones y su decreto reglamentario para acceder a dicho patrocinio establecen que la DNM notificará al defensor público a los fines de su intervención en los procedimientos administrativos y judiciales que puedan conducir a la expulsión del migrante, únicamente con la “solicitud ante la autoridad administrativa” por parte del migrante (art. 86).

En este punto, consideró que constituye una reglamentación irrazonable del debido proceso legal, específicamente, del derecho de los migrantes de acceder y contar con una adecuada asistencia jurídica en los procedimientos y/o procesos que puedan conducir a su expulsión del territorio nacional<sup>123</sup>.

En cuanto al rol del Ministerio Público en el fuero, se puede señalar que si bien la normativa anterior guarda relación con el actual art. 31 de la Ley N° 27.148, en tanto ya permitía expresamente su participación activa en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución Nacional, a fin de asegurar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación, así como para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los últimos años su función ha tomado especial importancia, al punto de convertirse en un agente principal del proceso.

#### **Giménez Alicia Fanny (22336/2014)**

Al respecto, cabe remitirse al caso Giménez Alicia Fanny (22336/2014), en trámite por ante el juzgado CAF nro. 3, secretaría nro. 5, donde el Fiscal tomó intervención en los términos del art. 41, inciso a de la Ley N° 24.946.

La causa fue iniciada por la Sra. Alicia Fanny Giménez y otros adultos mayores - por sí y en representación de sus hijos-, en los términos de acción colectiva, contra el Estado Nacional de las Provincias de Buenos Aires, de Santiago del Estero y de Entre Ríos, el Consejo Federal de Medio Ambiente (CEFEMA), y varias empresas dedicadas a la producción de agroquímicos, por daño ambiental material y moral, solicitando se ordene al Poder Ejecutivo Nacional la suspensión de la resolución N° 167/96 y de sus similares y posteriores otorgadas y en trámite ante la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca (CONABIA y SENASA) que impliquen autorizaciones de “eventos” transgénicos en vegetales y animales para su diseminación o liberación irrestricta a gran escala en todo el territorio nacional, se exija disponer la obligatoriedad para todos los integrantes de la cadena de comercialización del país el etiquetado de los envases de alimentos que sean o contengan ingredientes o compuestos derivados de organismos genéticamente modificados o transgénicos en cumplimiento de lo previsto en la Ley N° 24.420 de Defensa del Consumidor, y se exhorte al Poder Legislativo Nacional para que dicte las leyes que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de bioseguridad y de protección ambiental para el uso y manejo sostenible del recurso suelo.

123 CAF, juzg 1, “CENTRO DE ESTUDIO LEGALES Y SOCIALES Y OTROS C/ EN S/ AMPARO LEY 16. 986”, 3061/2017.

Desde ya, la pretensión contiene la condena hacia las empresas demandadas a la recomposición del suelo y de la biodiversidad del ambiente dañado (arts. 22, 28 y 31 de la Ley General del Ambiente Nº 25.675), así como a la contribución monetaria a un fondo de compensación ambiental o a un fideicomiso con esos fines y al resarcimiento del daño punitivo previsto en el art. 52 bis de la Ley Nº 24.240.

A la fecha de elaboración del trabajo las actuaciones se encuentran en instancia extraordinaria por recursos interpuestos por la parte actora y el fiscal federal coadyuvante contra la sentencia dictada por la sala III de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, que confirmó la sentencia de anterior instancia por medio de la cual se había rechazado la medida cautelar que tenía por objeto que se ordenara la suspensión provisional de las autorizaciones administrativas otorgadas para la liberación, producción, comercialización o desarrollo de organismos genéticamente modificados de origen animal o vegetal, a la vez que se ordene la suspensión de la comercialización, venta y aplicación de productos que contengan glifosato y sales derivadas como principio activo en la formulación química de sus productos o glufosinato de amonio y estén directamente relacionados con el cultivo de soja, maíz, girasol, trigo, algodón o cualquier otro tipo de cultivares de OGM no confinados, se suspenda provisionalmente la comercialización y venta de semillas transgénicas de soja, maíz, arroz, algodón, etc., destinada a la siembra en gran escala hasta tanto la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación (CONABIA-SENASA), Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, el COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente) y/o las empresas demandadas acrediten fehacientemente mediante la presentación en autos de la documentación que acredite fehacientemente haber cumplido con la manda correspondiente de Evaluación de Impacto Ambiental previo que exige el art. 11 de la Ley Nº 25.675”; se suspenda provisionalmente la provisión de agroquímicos, herbicidas, fitosanitarios, fungicidas y/o cualquier otro paquete químico atado al uso de las semillas transgénicas antes referidas sea mediante fumigaciones terrestres (mosquitos, mochilas, aspersores) o aéreas (avión) que contengan Glifosato como principio activo o sales derivadas del mismo, Glufosinato de Amonio, Endosulfan, 2-4D, entre otros... hasta tanto la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación (CONABIA-SENASA), Secretaría de Ambiente y desarrollo Sustentable, el COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente) y/o las empresas demandadas acrediten fehacientemente mediante la presentación en autos de la documentación que acredite fehacientemente haber cumplido con la manda correspondiente de Evaluación de Impacto Ambiental previo que prevé y exige el art. 11 de la Ley Nº 25.675”; y se solicite para todos aquellos alimentos en producción o en stock, sean de origen vegetal o animal (incluidas las bebidas), la obligatoriedad del “etiquetado” mediante leyendas perfectamente visibles y destacables al ojo humano, colocadas en sus envases donde se advierta a los consumidores acerca que su composición contiene Organismos Genéticamente Modificados.

### 2.5.6. Materia electoral

La atribución de la competencia electoral a los jueces federales se remonta a más de ciento cincuenta años con la Ley de Confederación Nº 140. Sin embargo, es necesario remontarse al año 1962 para la institución de la Justicia Nacional Electoral como fuero independiente, por medio del decreto 7163/62.

Luego de un período de supresión legal de la Cámara y de los juzgados electorales creados en el ámbito de la Capital Federal y las provincias (conf. Ley Nº 17.014), en el año 1971 se consideró nuevamente indispensable la existencia de estos órganos específicos, dotados de competencia y atribuciones suficientes.

Es así como por medio de la Ley Nº 19.108 se dispone la creación de una "Sala Electoral" dentro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso administrativo de la Capital Federal, la cual, en virtud del dictado de la Ley Nº 19.277, fue transformada en la Cámara Nacional Electoral, con su estructura actual de tres jueces conformando una única sala, ejerciendo funciones jurisdiccionales, de control, administración electoral y registral.

El fuero electoral está constituido por 24 juzgados federales de primera instancia con competencia en cada uno de los distritos electorales en que se divide el país -las 23 provincias y la Ciudad de Buenos Aires- y un único Tribunal de Apelaciones -Cámara Nacional Electoral-, que ejerce su jurisdicción en toda la República y constituye la máxima autoridad en la materia.

Entre las resoluciones rectoras recientes del Máximo Tribunal en la materia, donde, desde ya, se le ha dado participación al Ministerio Público Fiscal, se encuentran las siguientes:

**"Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo"<sup>124</sup>**

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) promovió acción de amparo contra el Estado Nacional, con el objeto de que se garantice el derecho constitucional a sufragar de las personas detenidas sin condena en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos.

La jueza de primera instancia rechazó la acción y el CELS interpuso recurso de apelación ante la Cámara Nacional Electoral, quien sostuvo que el artículo 3º, inciso d,

124 CSJN. 9/4/2002, "Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo". Fallos 325:524.

del Código Electoral Nacional es inconstitucional pero que ello no implicaba que pudieran sufragar “efectivamente” hasta que los poderes competentes dicten la reglamentación que corresponda teniendo en cuenta requisitos de seguridad y técnica electoral.

La Cámara concedió los recursos extraordinarios interpuestos por el Ministerio del Interior y de Justicia y rechazó los del CELS. Frente al mismo se interpuso la correspondiente queja.

Con fecha 24 de agosto de 2001, el Ministerio Público Fiscal dictaminó confirmando la resolución recurrida, entendiendo que cualquier limitación al derecho de sufragio debía superar un estricto test de razonabilidad para ser compatible con la Constitución Nacional.

En este sentido, la exclusión de quienes se ven privados de la libertad sin sentencia de condena atenta no sólo contra la Norma Fundamental sino contra los tratados internacionales de protección de los derechos humanos suscriptos por la República Argentina (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 23.2).

Posteriormente, la Corte Suprema dictó sentencia confirmando el fallo que declaró la inconstitucionalidad del artículo 3°, inc. d, del Código Electoral Nacional y urgió a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados; para ello consideró prudente disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses.

**“Alianza Avanzar y Cambiemos por San Luis s/ recurso de apelación comprensivo de nulidad”<sup>125</sup>**

El día 8 de junio de 2017 el juez electoral con competencia reconoció la participación de Alianza Avanzar y Cambiemos por San Luis para participar en las elecciones primarias de julio del mismo año.

Con motivo en que la ley provincial no establece su obligatoriedad para la posterior participación en las elecciones definitivas, Alianza decidió no participar de las mismas.

Con fecha 17 de junio la Junta Electoral partidaria decidió rechazar la lista interna por incumplimiento de determinados requisitos establecidos internamente por los

125 CSJN, “Alianza Avanzar y Cambiemos por San Luis s/ recurso de apelación comprensivo de nulidad”, 4/10/2017, 1750/2017.

estatutos, en particular porque los candidatos no habían sido propuestos y aceptados por el Partido.

El 9 de julio el juez electoral subrogante hizo lugar a una presentación de la Lista N° 83 "Comité Presidente Raúl Alfonsín" y dispuso "la realización de elecciones internas 'P.A.S.', de la que surjan de modo democrático los elegidos para representar a la alianza". El Tribunal Electoral confirmó esta sentencia mediante resolución de fecha 20 de julio. Contra dicha sentencia los apoderados de la alianza "Avanzar y Cambiemos por San Luis" interpusieron recurso extraordinario de inconstitucionalidad local y recurso extraordinario federal.

Pese a que el Ministerio Público Fiscal consideró que se trataba de una cuestión electoral local que debía ser resuelta en esa instancia, sin perjuicio de la celebración simultánea de tales elecciones con los comicios nacionales, con fecha 4 de octubre de 2017, el Máximo Tribunal del País señaló que la demora en que ha incurrido el Tribunal Superior de Justicia de la provincia en resolver el recurso de queja contra el recurso que no fue admitido, pone a la alianza recurrente ante una denegación de justicia que le impide obtener una sentencia definitiva en tiempo útil, extremo que debe ser superado frente a claras garantías constitucionales que se verían afectadas si no se dicta un pronunciamiento que permita agotar las etapas judiciales.

Es por ello que intimó al Superior Tribunal de la Provincia de San Luis para que se pronuncie, dentro del plazo de 24 horas, sobre la procedencia del recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad local, pendiente ante sus estrados, instando a que se arbitren los medios necesarios para que las partes puedan obtener una sentencia definitiva en tiempo útil.

## 2.5.7. Materia ambiental

### **Fuero Contencioso Administrativo**

#### **"Fundación Medio Ambiente"<sup>126</sup>**

En la causa, el 18 de marzo de 2014 el Ministerio Público Fiscal dictaminó frente a la resolución de la Sala II de ferias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que había confirmado la decisión de primera instancia, concediendo una medida cautelar de suspensión de los efectos del decreto 1.638/12 y de la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación 37.160/12. En consecuencia, ordenó a la SSN a adoptar los procedimientos necesarios para requerir,

<sup>126</sup> Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa "Fundación Medio Ambiente c/ EN - PEN - dto. 1638/12 - SSN - resol. 37.160 s/ medida cautelar autónoma", CSJ 219/2013 (49-F).

con carácter previo a la emisión o comercialización de pólizas en los términos del artículo 22 de la Ley General del Ambiente N° 25.675, la conformidad ambiental otorgada por la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros, y la acreditación de la capacidad técnica para remediar mediante la presentación de contratos suscriptos con operadores debidamente habilitados, tal como se hacía con anterioridad al dictado del decreto cuya suspensión de efectos se decidió (fs. 143/150).

Tanto el dictamen como la resolución de la Corte Suprema sostuvieron que el recurso debía prosperar, al no advertirse que se configuraba el requisito de verosimilitud del derecho exigido por la jurisprudencia para la concesión de medidas cautelares de la naturaleza de la solicitada y, actualmente, por la Ley N° 26.854 (art. 13, inc. b), siendo que el artículo 22 de la LGA dispone que toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación. Por su parte, la Resolución Conjunta de la Secretaria de Finanzas del (ex) Ministerio de Economía y Producción (actual Ministerio de Economía y Finanzas Públicas) N° 98/07 y de la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros N° 1.973/07, aprobó las Pautas Básicas para las Condiciones Contractuales de las Pólizas de Seguro por Daño Ambiental de Incidencia Colectiva, a los efectos de dar operatividad al artículo 22 de la citada LGA. En sus artículos 2° y 3° se estableció que los planes de seguro por daño ambiental de incidencia colectiva, así como sus elementos técnicos y contractuales, debían ser aprobados por la SSN, previa conformidad ambiental expedida por la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable.

#### 2.5.8. Políticas públicas trascendentes (Procesos colectivos e intereses difusos)

##### **Diversos Fueros**

Con anterioridad a la sentencia exhortativa dictada por la Corte Suprema en la causa "Badaro"<sup>127</sup>, la Procuradora General de la Nación, con fecha 8 de agosto de 2006, había dictaminado, con relación a la declaración de inconstitucionalidad sobre el apartado 2º del artículo 7º de la Ley N° 24.463, que resulta ser una atribución exclusiva del Congreso de la Nación la reglamentación del artículo 14 bis de la Constitución

127 CSJN, "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios" del 26/11/2007; <http://falloscsn.blogspot.com.ar/2007/12/badaro-2006.html>

Nacional y, en particular, para establecer el modo de hacer efectivo ese derecho a partir de la vigencia de la Ley Nº 24.463, que remite a la ley de presupuesto.

En este sentido, recordó anteriores pronunciamientos por parte del Máximo Tribunal donde había rechazado idénticos planteos de invalidez, por considerarlos basados en agravios conjeturales, que no alcanzaban a demostrar el perjuicio concreto ocasionado por dicho sistema a los interesados (v. Fallos: 322:2226, considerando 5º).

Sin embargo, aclaró que, a la luz de las nuevas circunstancias económicas actuales, se podrían determinar cuáles serían los porcentajes adecuados, a fin de reajustar los haberes previsionales, como ya lo había hecho en anteriores pronunciamientos con el objeto de nivelar tales prestaciones (ver, entre otros Fallos: 319:3241).

En esa oportunidad, la resolución de la CSJN fue la siguiente: “oída la señora Procuradora Fiscal sobre una temática análoga en la causa G.2708. XXXVIII “Gómez Librado, Buenaventura c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad”, el Tribunal resuelve: Declarar desierto el recurso ordinario de apelación deducido por la demandada y procedente el interpuesto por el actor. Revocar la sentencia apelada con el alcance que surge del fallo dictado en la causa “Sánchez, María del Carmen” citada. Comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable adopten las medidas a las que se alude en los considerandos. Notificar a la ANSeS que deberá dar cumplimiento a la parte consentida del fallo impugnado y a lo resuelto en la presente e informar a esta Corte al respecto”.

#### **“Mendoza, Beatriz y Otros c/ Estado Nacional y Otros”<sup>128</sup>**

Con anterioridad a la sentencia exhortativa de la causa Mendoza, el día 20 de diciembre de 2004, el Dr. Bausset había dictaminado en cuanto a la competencia originaria de la Corte Suprema, respecto de la demanda instaurada con motivo del daño ambiental originado en la cuenca Matanza Riachuelo.

Allí señaló que, según se desprende de los términos de la demanda, la cuestión reviste un carácter manifiesto federal, toda vez que se encuentra afectado un recurso ambiental interjurisdiccional. En tanto el Artículo 7º, segundo párrafo, de la Ley Nº 25.675 de Política Ambiental Nacional, establece que "En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal", mientras que la Ley Nº 25.688, del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, en su Artículo 6º puntualiza que

128 CSJN, M. 1569. XL. "MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)".

para poder utilizar las aguas objeto de la ley se deberá contar con el permiso de la autoridad competente y que "En el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones, sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen".

Respecto de ello, el Máximo Tribunal resolvió:

I. No hacer lugar a la acumulación objetiva de pretensiones según el alcance precisado en el considerando 6°.

II. Declarar la competencia originaria del Tribunal con respecto a las pretensiones concernientes a la prevención, recomposición y el resarcimiento del daño colectivo individualizadas en el punto 7 del escrito de demanda.

III. Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en su instancia originaria con respecto a la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales reclamados en el punto 6 del escrito de demanda.

IV. Requerir a las empresas demandadas para que en el plazo de treinta días informen sobre los siguientes puntos: 1. Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción; 2. Si existen sistemas de tratamiento de los residuos; 3. Si tienen seguros contratados en los términos del Artículo 22 de la Ley Nº 25.675. (Artículo 22: Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación).

V. Requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al Cofema para que en el plazo de treinta días y en los términos de la Ley Nº 25.675: Presenten un plan integrado (Artículo 5: Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley, basado en el principio de progresividad (Artículo 4), el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal). Dicho plan deberá contemplar:

1. Un ordenamiento ambiental del territorio (Artículos 8, 9 y 10).

2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (Artículo 10) "teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima

degradación y desaprovechamiento y promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable".

3. Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata.

4. Un programa de educación ambiental (Artículo 14: La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población).

5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada (Artículo 16: "Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada." Artículo 18: "Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional").

VI. Convocar a una audiencia pública a realizarse en la sede de esta Corte el día 5 de septiembre de 2006 a las once, en la cual las partes deberán informar en forma oral y pública al Tribunal sobre el contenido de lo solicitado en el punto anterior. VII. Hacer saber a la actora que deberá aportar a su escrito de demanda, en el plazo de treinta días, la información requerida según el alcance establecido en el considerando 19. VIII. Diferir hasta que se cumpla con el recaudo señalado y la celebración de la audiencia el tratamiento y decisión de las medidas cautelares requeridas. IX. Hacer saber a las demandadas que la información requerida en los puntos precedentes deberán acompañarla también en soporte informático.

### **"Halabi"<sup>129</sup>**

Con anterioridad al dictado del fallo Halabi, el día 27 de mayo de 2008 el dictamen del fiscal había propuesto desestimar por inoficioso el recurso interpuesto contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) que había resuelto confirmar el pronunciamiento de anterior instancia, haciendo lugar a la acción de amparo entablada por Ernesto Halabi -

<sup>129</sup> CSJN, 24/02/2009, H. 270. XLII, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986."

letrado en causa propia- y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la Ley Nº 25.873 (arts. 1º y 2º) y del decreto 1563/04, que imponen a los prestadores de servicios de telecomunicaciones la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Público, de acuerdo con la legislación vigente.

Para ello, consideró que el mismo Poder Ejecutivo, mediante el decreto 357/05 (B.O. 25/4/2005), sobre la base de considerar razones "de público conocimiento", suspendió sine die la aplicación del decreto 1563/04 a los fines de permitir un nuevo análisis del tema y de las consecuencias que su dictado implicaban.

En cuanto a la afectación del derecho a la intimidad y privacidad que generaría la Ley Nº 25.873, sostuvo que la misma reconoce su génesis en diversas iniciativas del Poder Ejecutivo Nacional y del Congreso de la Nación destinadas a prevenir y reprimir los delitos contra la libertad individual, particularmente en materia de secuestros extorsivos, y que por ello "es necesario determinar si el hecho de interceptar y derivar las comunicaciones constituye una injerencia desmesurada en la privacidad de las personas, si se lo pondera relacionado con la finalidad perseguida por la ley, a cuyo fin debe considerarse la jerarquía del interés tutelado, en relación con la cuantía del sacrificio exigido a los derechos individuales".

En tales condiciones, no le pareció como irrazonable que se exija a los prestadores de servicios de telecomunicaciones que estén en condiciones de suministrar, en tiempo oportuno, a los magistrados (jueces e integrantes de este Ministerio Público) los medios y datos necesarios para la detección y prevención de hechos delictivos, y recordó que la misma debe ser efectuada sólo mediante un "auto fundado", sin que sea suficiente la simple orden.

La sentencia de la Corte Suprema declaró procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

**"QCS"**<sup>130</sup>

El caso arriba a la Corte Suprema luego del recurso de hecho deducido por la actora contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tendiente a que el Gobierno local tutele de manera adecuada su derecho constitucional a la vivienda digna.

130 CSJN, Q. 64. XLVI., "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo."

Con fecha 26 de mayo de 2011 dictamina el Procurador, quien resume los agravios de la recurrente, de la siguiente forma: a) que se trata de una sentencia definitiva porque los lineamientos que debería seguir la alzada al emitir un nuevo pronunciamiento llevan a la desestimación del amparo; b) que las pautas que debe tomar en cuenta la cámara parten de una interpretación irrazonable del derecho humano a una vivienda digna; c) que no se garantiza el derecho a la vivienda de manera plena sino como puramente asistencial; y d) se viola el derecho a una tutela judicial efectiva.

El dictamen del procurador estima que el recurso es improcedente, en tanto no se dirigiría contra sentencia definitiva o asimilable, debido a que la resolución atacada lo que hace es un reenvío para resolver de la misma forma en la que el Tribunal Superior lo hizo en autos a 'Alba Quintana, Pablo el GCBA y otros si amparo (art. 14 CCABA) si recurso de inconstitucionalidad concedido', Expte. N° 6754/09, y que una vez dictada la resolución podría recurrirse la misma en instancia extraordinaria, en caso de corresponder.

Asimismo, afirmó que “con posterioridad a la sentencia del Superior Tribunal atacada, éste se pronunció -con fecha 12 de mayo 2010- en una causa iniciada por la Asesoría General Tutelar de la Ciudad -por la que solicitó la declaración de inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de diversas disposiciones del decreto 960/08 que modificó el programa de "Atención para Familias en Situación de Calle" aprobado por el decreto 690/06- cuya resolución conllevó el dictado del decreto local 167/2011 que viene a sustituir y modificar las normas en juego en esta causa y que, a todo evento, deberían ser evaluadas por los órganos judiciales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en cuanto resulten de aplicación al presente”.

### **“Verbitsky”<sup>131</sup>**

En el caso Verbitsky, con fecha 9 de febrero de 2004, se dictaminó en el marco de la causa iniciada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

En dicha oportunidad, el Ministerio Público Fiscal dictaminó, en cuanto al fondo de la cuestión, que asiste razón al recurrente cuando afirma que, por la índole de las cuestiones debatidas, el Centro de Estudios Legales y Sociales se halla legitimado

131 CSJN, 5/05/2005, “Verbitsky, H s/ hábeas corpus. (3/5/05)”.

activamente para accionar en forma colectiva en representación de las personas detenidas en comisarías de la provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo prescripto por el párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional (Fallos: 320:690; 323:1339 y 325:524).

Asimismo, agregó que reconocer a la actora legitimación para representar a los individuos de un colectivo, pero ordenar que el ejercicio de esa representación tenga lugar de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva como medio más idóneo para la solución de la controversia en el caso de los derechos de incidencia colectiva.

### **“Mignone”<sup>132</sup>**

El 24 de agosto de 2001, el Ministerio Público Fiscal dictaminó en el marco de la causa Mignone, remitiendo a la jurisprudencia del Tribunal, en el sentido que asiste razón al CELS al sostener que la decisión del a quo tendría un efecto meramente declarativo si no se pudiera ejercer efectivamente el derecho que estaba limitado por la norma inconstitucional.

En tal sentido, recordó que la sentencia también desconoce la doctrina del Tribunal que refiere que la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento.

### **"Mujeres por la vida"<sup>133</sup>**

En el caso, con fecha 13 de mayo de 2004, el Ministerio Público Fiscal dictaminó en el marco de la causa “Mujeres por la Vida” sin fines de lucro -filial Córdoba- destacando que la recurrente no formuló agravios contra la revocación por el a quo de la medida cautelar concedida en primera instancia, quedando firme la misma, en este sentido.

Con remisión a las causas “Asociación Benghalensis” y “Mignone”, entre otros, consideró que corresponde otorgar la legitimación activa a la Asociación, entre los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

132 Dictamen del Procurador General de la Nación, disponible en [http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/CSJN.%20Mignone%209-4-02%20fallo\\_0.pdf](http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/CSJN.%20Mignone%209-4-02%20fallo_0.pdf).

133 CSJN, 31/10/2006 “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin fines de lucro -Filial Córdoba- v. Estado Nacional”; <http://fallomujeresporlavida.blogspot.com.ar/>

Asimismo, en cuanto a la desestimación del amparo in limine, dictaminó que dicho pronunciamiento afectaba la garantía de defensa en juicio, en tanto la Cámara se había extralimitado de la materia decisoria, al expedirse sobre otra cuestión que no era la medida cautelar recurrida por el Estado Nacional.

### **“Martínez Pérez”<sup>134</sup>**

Finalmente, en este caso el actor impulsó el desalojo luego de haber comprado la parcela en disputa a la Empresa Forestal Rionegrina S.A. No obstante, el Lof Palma - término mapuche para designar a un clan que agrupa a varias familias con un ancestro en común- continuó ejerciendo la ocupación tradicional indígena. Ya en el año 2010, en el marco de un Trawun -encuentro comunitario- la comunidad decidió que dicho Lof, además de realizar las prácticas tradicionales mencionadas, moraría esas tierras. La radicación de una morada suscitó el planteo de una denuncia penal por parte del actor y el inicio de un interdicto para recobrar la posesión, en el cual invocó el título de propiedad inscripto a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmueble.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación remitió al dictamen de la procuradora y, de esa manera, revocó la medida cautelar por la que se había ordenado el desalojo de los miembros de la Comunidad mapuche Las Huaytekas de una parcela en los parajes Los Repollos y El Foyel, ubicados en el departamento Bariloche de la provincia de Río Negro.

En el dictamen del 24 de febrero de 2015 se recordó que ya en el año 2010 el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas relevó las tierras. De allí, se desprende que la comunidad y el Lof Palma “ejercen la posesión comunitaria en la parcela en disputa”, lo que fue puesto en conocimiento del juez. Del informe, además surge que sus integrantes mantienen un lazo material y simbólico con las tierras; en ese sentido, desde tiempos remotos realizan allí prácticas de recolección y pastoreo que se desarrollan en épocas estacionales e intercambian productos entre los vecinos; conservan tradiciones vinculadas al teñido de lanas y tejidos con diferentes especies autóctonas, trabajan en cuero curtido con piedra lumbre, y recolectan yuyos que utilizan por sus propiedades curativas, entre otras actividades productivas que realizan mediante proyectos colectivos.

En concreto, se dictaminó que “esta posesión comunitaria, tutelada por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos [...], pone en cabeza del Estado un conjunto de obligaciones vinculadas con la protección de la tierra, de los recursos naturales y de ciertos patrones culturales”.

134 CSJN, M.466 L.XLIX “Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, Américo y otros s/ medida cautelar s/ casación”.

En ese orden de ideas, concluyó que “cuando -como en el presente caso- existen elementos que revelan con un grado de verosimilitud suficiente que las tierras pueden formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena, los jueces deben extremar su cautela al momento de valorar los requisitos de procedencia de la medida precautoria. La ejecución del desalojo cautelar puede afectar el derecho de la comunidad a la posesión y propiedad comunitaria indígena, del que depende su supervivencia como pueblo organizado con una cultura diferente. Ello es justamente lo que pretende evitar la Ley N° 26.160, que fue dictada por el Congreso de la Nación para respetar y garantizar derechos constitucionales de los pueblos indígenas y en consonancia con los compromisos internacionales del Estado”.

## **2.6. Ministerio Público Fiscal: nuevos desafíos en causas que no admiten demora**

### **“Albarracini”<sup>135</sup>**

El 1ro. de junio de 2012, el Ministerio Público Fiscal dictaminó en la causa “Albarracini”, ante el recurso interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil por la cual se impidió que se realice a un testigo de Jehová una transfusión mientras se encontraba internado en estado crítico.

En dicha oportunidad se entendió que, pese a existir una manifestación expresa y teniendo en cuenta que ésta es fruto de una convicción religiosa, lo cierto es que, en este trance, resultaría relevante oír los pareceres de sus seres queridos, quienes -por un lado, la cónyuge y las personas a quienes el interesado designó como representantes en esta situación, y por el otro, el padre del paciente- se arrojan la interpretación de la voluntad del nombrado, incapaz de expresarse, trasuntando exigencias contradictorias: unas rechazando la transfusión y otro demandándola.

En este sentido, indicó que “esta incertidumbre sobre la voluntad del paciente impide situar el caso en el supuesto del artículo II de la ley 26.529, que la exige como presupuesto básico. Desde otro punto de vista y puesto que no sabemos cuál es actualmente su voluntad ante una situación de vida o muerte como la que está atravesando, resulta " relevante que los médicos intenten salvarle la vida aun por medio de la técnica en debate. Porque más allá de la prohibición religiosa, lo cierto es que se trata de una intervención menor y que de por sí no parece indicar una crueldad

135 Albarracini Nieves, Jorge Washinton si medidas precautorias, CS, S.C. A. 523, L. XLVIII.

terapéutica. Y además, puesto que el Estado asume la responsabilidad de intentar salvar su vida, queda desplazada, en su inconsciencia, su propia responsabilidad ante el credo al que dijo pertenecer”.

La Corte Suprema se apartó del dictamen en tanto no se presentaron en el caso ningún interés público relevante que justificara la restricción en la libertad personal del paciente.

### **“Pardo”<sup>136</sup>**

La causa arriba a la instancia de la Corte Suprema luego de la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había desestimado la medida anticipatoria en el marco de un juicio de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, en el cual la menor sufrió gravísimas lesiones que la llevaron al estado vegetativo con una cuádruplejía espástica de carácter irreversible.

El 6 de septiembre de 2011 el Ministerio Público Fiscal dictaminó que el recurso debía proceder, ya que, si bien no se trataba de una sentencia definitiva, el pronunciamiento debía reputarse por su magnitud y las circunstancias de hecho que lo condicionan, y podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales.

Asimismo, aclaró que las características del caso imponían sopesar minuciosamente todos esos factores que, sin embargo, fueron preteridos sin una explicación plausible; sobre todo, ante la directriz que trasciende de Fallos: 320:1633 (consid. 9°), en punto al cuidado que los jueces deben poner en la consideración de las cuestiones sometidas a juzgamiento, cuando la anticipación requerida tiende a reparar un agravio causado a la integridad física y psíquica de la persona, tutelada por el art. 5.1. de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (arg. Fallos: 329:4931; 330:704 y 4040; y 332:616, entre muchos otros).

Posteriormente, la Corte declaró procedentes las quejas y admisibles los recursos extraordinarios deducidos y dejó sin efecto la sentencia apelada. La jueza Argibay en disidencia desestimó los recursos extraordinarios que al ser denegados originaron las quejas, pues no se dirigían contra una sentencia definitiva ni equiparable a tal (art. 14 de la Ley 48).

136 Recursos de hecho deducidos por la Defensora Oficial de P. C. P y la actora en la causa Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.”, CS 6/12/2011.

### **“Duich”<sup>137</sup>**

En la causa, la Corte remitió al dictamen del Ministerio Público Fiscal, haciendo suyas sus conclusiones, para dejar sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida por el actor con miras a obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en base a que no se hallaba incluida en el PMO.

En dicha oportunidad se argumentó que el enfoque restrictivo que subyace en la decisión apelada, al vedar el acceso a una terapéutica más moderna y segura, y el someter a una persona a una mecánica que entraña un mayor peligro de muerte, desnaturaliza el régimen propio de la salud, uno de cuyos estándares es proporcionar el mejor nivel de calidad disponible dejando sin cobertura una grave necesidad que los jueces admitieron como tal.

Agregó que el Tribunal ha juzgado (Fallos: 325:677) que el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisibles las referencias históricas al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha cobertura, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médicas asistenciales. Asimismo, advirtió que aun cuando a raíz de la medida anticipatoria decretada en autos ya haya tenido lugar la intervención quirúrgica que la demanda procuraba obtener-cirugía con endoprótesis no prevista en el PMO-, queda subsistente un interés suficiente en la habilitación de la instancia extraordinaria, desde que el sentido de la resolución final tendrá directa influencia sobre la determinación del sujeto que en definitiva habrá de afrontar los costos de la operación.

### **“GME”<sup>138</sup>**

El 27 de noviembre de 2011, la Corte Suprema con remisión directa al dictamen del Ministerio Público Fiscal de fecha 15 de noviembre del mismo año declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia que había denegado el amparo iniciado por el actor con el objeto de recibir mensualmente una suma de dinero para la cobertura de auxiliar domiciliario.

Si bien en anterior instancia se había rechazado el amparo en razón de no haberse demostrado la imposibilidad de la familia de pagar ese costo, el dictamen se basó en el derecho que le asiste a las personas con discapacidad y de edad avanzada a gozar del nivel más elevado posible de salud física y mental, sin discriminación basada

137 Duich Dusan Federico c/ CEMIC /s Amparo, CSJ 254/2011 (47-D), 29/04/2014.

138 G, M. E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo. 17-12-2011.

en la edad o en el ingreso económico, y la urgencia en encontrar una solución acorde con la situación.

En concreto sostuvo que “no parece razonable ser tan rigurosos con la exigencia indefectible de una prueba negativa que resulta de muy difícil producción -y que en todo caso debió ser aportada por la entidad obligada-, máxime si se tiene presente que es incuestionable que la atención de una patología como la que padece la incapaz, - reconocida expresamente por la demandada-, requiere de gastos relevantes, ineludibles e impostergables de diversa índole. Ello no importa desconocer la obligación alimentaria que pesa sobre los parientes en el marco de los artículos 367, 372 y concordantes del Código Civil, cuya situación patrimonial y rango obligacional deberían ser demostradas por la entidad que pretende desligarse de las obligaciones que le competen”.

## 2.7. Aspectos especiales

En este punto se realizará una breve reseña sobre la República Argentina.

### 2.7.1. Superposición de competencias y diferencias entre la función del Fiscal no penal y el Defensor del Pueblo. Ausencia de designación del ombudsman, cuándo debe actuar y motivo de intervención del fiscal en su lugar asumiendo su rol

La evolución normativa en Argentina debe partir de la sanción de la Ley Nº 24.284 del 1ro. de diciembre de 1993, por la cual se creó, dentro del ámbito del Poder Legislativo, la Defensoría del Pueblo, cuyo objetivo radica en la protección de los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquéllos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos.

Dentro del concepto de administración pública nacional quedan comprendidas la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar del país donde preste sus servicios.

Quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y los organismos de defensa y seguridad.

El Defensor del Pueblo también debe prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter.

Están comprendidas dentro de la competencia de la Defensoría del Pueblo, las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos. En este caso, y sin perjuicio de las restantes facultades otorgadas por esta ley, el Defensor del Pueblo puede instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de las facultades otorgadas por ley.

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 que incorporó el art. 86 - que dispone "El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial."-, se sancionó la Ley Nº 24.379, que modificó varias de las disposiciones de la Ley Nº 24.284 en cuanto a remuneración, incompatibilidades, cese, inmunidad, procedimiento de queja, colaboración, obstaculización, entorpecimiento, informes, estructura, funcionarios y presupuesto.

Cabe señalar que tanto en el art. 28 como en el 31 se introdujeron varias reformas sobre las recomendaciones e informes que puede realizar el Defensor. El primero de ellos al establecer que "El Defensor del Pueblo puede formular con motivo de sus investigaciones, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales, y propuesta para la adopción de nuevas medidas. En todos los casos, los responsables estarán obligados a responder por escrito en el término máximo de treinta (30) días. Si formuladas las recomendaciones, dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada, o ésta no informa al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, éste puede poner en conocimiento del ministro del área, o de la máxima

autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas. Si tampoco obtiene una justificación adecuada, debe incluir tal asunto en su informe anual o especial, con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud”.

Por su parte, el segundo aclara que “El Defensor del Pueblo dará cuenta anualmente a las Cámaras de la labor realizada en un informe que les presentará antes del 31 de mayo de cada año. Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe especial. Los informes anuales y, en su caso, los especiales, serán publicados en el Boletín Oficial y en los Diarios de Sesiones de ambas cámaras y la copia de los informes mencionados será enviada para su conocimiento al Poder Ejecutivo nacional”.

### 2.7.2. Superposición de competencias entre el Fiscal no penal y el defensor Oficial (Ministerio Público de la Defensa)

Con anterioridad a la última reforma de la Constitución Nacional, ocurrida en el año 1994, los defensores públicos de Argentina se encontraban dentro de la misma estructura del Poder Judicial de la Nación, dependiendo funcionalmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Luego, por aplicación del artículo 120, el Ministerio Público fue consagrado como 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.

Este Ministerio está integrado por un procurador general de la Nación, un defensor general de la Nación y los demás miembros que las leyes orgánicas establecen, todos ellos con inmunidades funcionales e intangibilidad de sus remuneraciones.

Es a partir de este momento que el Ministerio Público de la Defensa pasa a ser un órgano independiente del resto de los Poderes del Estado, con autonomía funcional y autarquía financiera.

En el año 1998 la institución dio un gran paso hacia su consolidación por medio de la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público, bajo el N° 24.946, mediante la cual se organizó el funcionamiento general y estructura, y se asignaron las atribuciones y los deberes de sus integrantes (sección III, arts. 51 y sig.).

En líneas generales podemos señalar que la Defensoría General era la sede de actuación del Defensor General de la Nación, como Jefe del Ministerio Público de la

Defensa, y en dicho ámbito se desempeñaban los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y todos los magistrados que colaboraban con el Defensor General de la Nación, tanto en las tareas de dictámenes en los asuntos Judiciales remitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en los asuntos relativos al gobierno del Ministerio Público de la Defensa, de conformidad con los planes, organigramas de trabajo y cometidos funcionales específicos que el Defensor General les encomendaba.

Casi dos décadas más tarde, el 17 de junio de 2015, se promulgó la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa bajo el Nº 27.149, estableciendo en su artículo primero que la función principal del mismo es la defensa y protección de derechos humanos, principalmente de aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, convirtiéndose en el garante del acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la ley.

A la par de constituir la primera normativa de la historia argentina que regula en forma exclusiva su estructura, organización, funcionamiento y pautas de actuación de la Defensa Pública Federal, la Ley Nº 27.149 reafirma la independencia, autonomía funcional y autarquía financiera para el cumplimiento de las funciones propias.

Sin desconocer que junto al Ministerio Público Fiscal continúan conformando la estructura del Ministerio Público, a partir de la última reforma ambos cuentan con una estructura autónoma e independiente entre sí, quedando el primero a cargo de un Procurador/a General de la Nación, mientras que el restante de un Defensor/a General de la Nación respaldado por un Consejo Asesor.

En cuanto a los principios funcionales con los que cuentan, se puede mencionar que, mientras el MPF desarrolla su actividad basado en la unidad de actuación, organización dinámica, respeto por los derechos humanos, objetividad, gestión de conflictos, orientación a la víctima, accesibilidad y gratuidad, eficiencia y desformalización, transparencia y responsabilidad, la Ley Nº 27.149, en su artículo quinto establece que los integrantes del MPD desarrollarán su actividad de acuerdo a los principios de protección jurídica, interés predominante del asistido o defendido, intervención supletoria, reserva, transparencia e información pública, gratuidad e intervención.

## **2.8. Conclusiones**

La investigación sobre el rol del Ministerio Público Fiscal en materia no penal fue realizada sobre la base normativa interna de cuatro países de la región que evidenciaron

cambios de paradigmas y avances en la búsqueda de un rol más activo y comprometido con la sociedad.

Esta nueva función que se les atribuye debe ir rodeada de ciertas garantías procedimentales y espacios que los mismos jueces deben ir cediendo con el correr del tiempo, con miras a desterrar esa burocracia farragosa a la que se hacía referencia en un primer momento, que lo único que demuestra es la ineficacia en el servicio de justicia que se ofrece.

En base a lo elaborado, se puede concluir:

1) Que la función que cumplen los fiscales “civiles en general” o “no penales” dejó de ser meramente formal, mediante dictámenes o simples emisiones de opinión, cuando los jueces se lo solicitan o las leyes así lo disponen. La etapa actual es una donde el rol del fiscal dejó de ser pasivo y se compromete directamente con los intereses que se encuentran detrás del conflicto individual, logrando un papel protagónico y comprometido con la defensa de los intereses generales (V. gr. consumidores, medio ambiente, seguridad social, políticas públicas y demás supuestos de intereses colectivos).

2) Que el concepto de interés público ha variado con el correr del tiempo, en gran parte en base al reconocimiento de nuevos derechos hacia la sociedad. Sin embargo, toda vez que las leyes de ordenamiento regulan la intervención con fórmulas genéricas como “asuntos concernientes al orden público”, se impone la necesidad de establecer la confección de protocolos y reglamentaciones que eviten caer en una noción vaga y confusa que permita a los jueces, a través de su libre arbitrio, otorgarle participación solo en determinados momentos.

3) Que las nuevas generaciones de derechos incidieron en el desarrollo de la tarea. Basta con remitirse, a modo de ejemplo, a los casos de Brasil en materia de medio ambiente y Argentina en materia previsional.

4) Que resulta fundamental el rol que desempeña el Ministerio Público Fiscal en procura de garantizar un efectivo y eficaz acceso a la justicia, en tanto nexo entre la sociedad y el poder judicial.

5) Que la función que encara no hace más que evidenciar que no actúa como el contralor del poder judicial para evitar su ejercicio abusivo, sino que, desde otro sector, es un agente necesario de la cadena que coopera en la noción del servicio de justicia.

6) Que los cambios que se han generado en la región estos últimos años fueron los que le permitieron dotar de mayor valor institucional a la opinión de los fiscales frente al acto decisorio del juez. La solvencia y compromiso demostrado se evidencian en una gran cantidad de resoluciones en las cuales los jueces se remiten directamente a los dictámenes que los preceden.

7) Que si bien el rol del Ministerio Público Fiscal se encuentra claramente diferenciado respecto de las labores que debe realizar el Ministerio Público de la

Defensa o el mismo Defensor del Pueblo, en gran parte se interrelacionan y deben congeniarse con la única idea de mejorar el servicio de justicia que se le brinda a la sociedad.

8) Que la independencia del Ministerio Público Fiscal respecto del resto de los poderes que conforman el Estado resulta necesaria a los fines de garantizar sus funciones. No basta únicamente con dotar de una regulación específica, sino que la misma debe ser acompañada de políticas que permitan actuar libremente y de forma activa en aquellas causas que se les encomienda.

9) Que los Fiscales en la actualidad no solo circunscriben su intervención al requerimiento del órgano judicial sino que se encuentran facultados para, en caso de considerarlo necesario, dar intervención a otras áreas del Ministerio que no tienen una relación específica con la petición de origen (ejemplo de ello resulta ser la remisión a la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos cuando el funcionario considera que de las constancias de las actuaciones donde interviene pueden desprenderse ciertas maniobras o artilugios que encubran operaciones de lavado de activos).

## 2.9. Índice de abreviaturas

**ANSES:** Administración Nacional de la Seguridad Social

**ANMAT:** Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica

**CAF:** Contencioso Administrativo Federal

**CCCN:** Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

**CFCA o CFACA:** Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo

**CFSS:** Cámara Federal de la Seguridad Social

**CN:** Constitución Nacional de la República Argentina

**CNA:** Constitución Nacional Argentina

**CNC o CNAC:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

**CNCo o CNACo:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

**CNE:** Cámara Nacional Electoral

**CP:** Carta Política

**CSJN:** Corte Suprema de Justicia de la Nación

**DNU:** Decreto de necesidad y urgencia

**LDC:** Ley de Defensa del Consumidor

**LGA:** Ley General del Ambiente

**LCQ:** Ley de Concursos y Quiebras

**LO:** Ley Orgánica del Trabajo (Ley Nº 18345)

**LOMPF:** Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal

**LOMPFEMG:** Ley Orgánica del Ministerio Público en el Estado de Minas Gerais

**LOMPFEA:** Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Amazonas

**MPD:** Ministerio Público de la Defensa

**MPF/MP:** Ministerio Público Fiscal

**ORACE:** Oficina de Racionalización y Estadística

**PGN:** Procuración General de la Nación/Procurador General de la Nación

**PMO:** Programa Médico Obligatorio

**REX:** Recurso Extraordinario

**RHE:** Recurso de Hecho

**SSN:** Superintendencia de Seguros de la Nación