

**Cuestiones de
Control de la
Administración
Pública**

**Administrativo,
Legislativo y Judicial**

**Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho**

Ediciones
IRAP

En base a ello, el marco descripto del recurso de alzada nos brinda una visión superada de la instancia de control por la Administración central, y ello se vislumbra por la vigencia de un creciente control diferente que se materializa por una vía recursiva directa y amplia, tendiente a la revisión y control de la actividad administrativa de los entes descentralizados³⁵.

En suma, para el mejor control administrativo, se debe adaptar el medio para lograr tal fin y no limitarlo a un mero trámite formal, debiéndose priorizar vías aptas para la defensa de los derechos de los particulares y con posibilidad de eficaz autocontrol administrativo, a fin de que, como dijo Julio Comadira, "[...] la mejor solución global para el país será la que resulte de comportamientos estatales y particulares que valoren adecuadamente la importancia de la conducta ética"³⁶.

³⁵ El Doctor Gallegos Fedriani, en la obra citada, propone la regulación unificada del recurso directo para todos los casos, con plazo único, estableciendo las normas procesales que lo rijan, unificando la competencia e instancia en cuanto a la ejecución de sentencia, lo que, dice, provocará un mejor conocimiento del derecho, facilidad para el ejercicio de la tutela efectiva y uniformidad en el ámbito del derecho administrativo, para un mayor y mejor control que servirá de guía para la Administración al tiempo de decidir.

³⁶ Comadira, Julio, *op. cit.*, p. 672.

EL ROL DE LAS FISCALÍAS DE ESTADO

RICARDO FRANCAVILLA

I. INTRODUCCIÓN

La institución denominada "Fiscalía de Estado" presenta la particularidad de ser una creación propia del derecho público provincial, pues no tiene parangón en el orden federal, donde no existe ningún órgano que reúna las funciones que el Fiscal de Estado cumple en las provincias argentinas.

No voy a extenderme en sus antecedentes históricos¹, sino que me limitaré a decir que su partida de nacimiento, con la denominación con que hoy se la conoce y con las funciones que la caracterizan, se produce con la sanción de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1889, cuyo Artículo 152 instituyó por primera vez el organismo, para posteriormente ser recogido por todas las demás provincias.

Esta institución existe, pues, en todas las provincias; en todas ellas es unipersonal y en casi todas posee jerarquía constitucional. En la actualidad, está prevista por 22 de las 23 Constituciones de las provincias argentinas y sólo carece de rango constitucional en la Provincia de Tucumán, donde ha sido organizada por medio de ley.

El esquema que adoptaré en este trabajo será exponer, primero, genéricamente, el tratamiento que las Constituciones provinciales le dispensan al organismo, para luego explicar en detalle cómo se ha regulado el ejercicio de sus atribuciones y deberes, lo que es efectuado en las leyes de las distintas provincias; pero como se comprenderá, me es imposible referirme a todas ellas, más aun cuando muchas veces presentan profundas diferencias que hacen bastante difícil su sistematización, a la

¹ Para la consulta de dichos antecedentes, remito a la lectura de la obra de Carlos R. Tribiño titulada *El Fiscal de Estado*, Buenos Aires, Ábaco, 2001 –que me ha servido de guía primordial para la elaboración de este trabajo–, que explica pormenorizadamente el origen histórico del organismo en los capítulos II y III del libro, p. 35 y sigs.

vez que no poseo el espacio necesario para explicar todos sus detalles, razones por las cuales me centraré sólo en el análisis de sus principales funciones. Para ello me basaré en la ley que más conozco, la N° 3 de la Provincia de Tierra del Fuego, sin perjuicio de hacer referencia a las demás leyes provinciales cuando sea necesario.

II. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS FISCALÍAS DE ESTADO

Las Constituciones provinciales presentan el común denominador de dedicarle sólo unas pocas prescripciones a la institución —en las cuales se definen las atribuciones del Fiscal de Estado, su forma de designación y remoción, la duración en el cargo y los requisitos para ocuparlo—, quedando deferida la regulación detallada de su organización y el modo de desempeño de las funciones a la ley.

Las atribuciones varían, en más o en menos, de acuerdo a cómo se las atribuya el derecho público de cada una de las provincias; pero, en general, casi todas coinciden en otorgarle al Fiscal de Estado, cuanto menos, las dos funciones más relevantes que lo caracterizan: el control de legalidad de la actividad administrativa estatal y la defensa en juicio de los intereses, patrimoniales o no, del Estado provincial.

De estas dos funciones principales, creo que la de mayor entidad es el control de legalidad de la actividad administrativa estatal, que hace a la esencia y razón de ser de la institución, pues, como bien se ha dicho, “la Fiscalía de Estado es una institución peculiar de profundas raíces en el derecho español y nacional, vinculada estrechamente al principio de contralor recíproco de los Poderes. Para que nadie pueda convertir su función en el germen de un despotismo, nuestro sistema institucional ha incorporado la norma democrática de los ‘frenos y contrapesos’. Y lo ha hecho no sólo con relación a los Poderes entre sí, sino también con respecto al funcionamiento en particular de cada Poder. Integran, así, ese mecanismo complejo y múltiple de contralor, las facultades de investigación de las Cámaras legislativas, las atribuciones de superintendencia de la Suprema Corte de Justicia y la fiscalización en el manejo de los fondos públicos ejercida por la Contaduría de la provincia y el tribunal de cuentas. Parte esencial de esa estructura, que tiende al resguardo de los derechos humanos y a la defensa del patrimonio de la provincia, es la Fiscalía de Estado”².

Creo que estas palabras definen con justeza para qué existe la Fiscalía de Estado en todas las provincias argentinas y cuál es el norte que debe guiar su actuación. Y justamente porque su función más importante es el control de legalidad de la actividad administrativa estatal, la Fiscalía de Estado es caracterizada en varias Constituciones locales como un órgano “extrapoder”, es decir, como un órgano del Estado que no depende de ninguno de los Poderes que debe controlar, lo que obviamente es

lo más deseable y más acorde a la función de contralor, por aquello de que si el controlante depende o está subordinado de algún modo al controlado, no controlará con eficacia³.

Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, que regula al Fiscal de Estado en su segunda parte, titulada “Autoridades de la Provincia”, pero no lo incluye formando parte de alguno de los tres Poderes, sino que la regulación está contenida en una sección aparte de las que corresponden a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que lleva por título “Órganos de contralor”.

Esta estructura de la Constitución local revela que la intención del constituyente fue darle el tratamiento de un órgano extrapoder, con cierta autonomía y absoluta independencia funcional, pues no lo subordinó a ninguno de los tres Poderes clásicos.

Por otra parte, la independencia funcional del Fiscal de Estado en Tierra del Fuego se confirma al reparar en que la Constitución le otorga inamovilidad mientras dure su buena conducta, en que no establece un período fijo de tiempo para desempeñar el cargo, sino que es vitalicio, y en que no puede ser removido por la sola voluntad de ningún funcionario, sino que sólo puede ser destituido por medio de un juicio político.

Obviamente que no quiero decir con esto que la Fiscalía de Estado ni tampoco el tribunal de cuentas, que es el otro órgano de control previsto en la Constitución como independiente de los tres Poderes que debe controlar, constituyan un cuarto poder.

Nada de eso: lo que sostengo es que se trata de un órgano estatal —no de un poder— que la Constitución ha incluido dentro de los órganos de la provincia, pero sin dependencia jerárquica de ninguno de los tres Poderes clásicos; y de allí que no le pueda caber otra calificación jurídica que la de órgano extrapoder, ello entendido como no subordinado al tripode tradicional.

Pero pese a que lo más deseable, para garantizar un control más eficaz, es que la Fiscalía de Estado sea organizada como un órgano extrapoder, en muchas provincias

³ Cfr. Rauek de Yanzón, Inés Beatriz, “La Fiscalía de Estado en las Constituciones provinciales de Argentina”, en Pérez Guilhou, Dardo y otros, *Derecho público provincial*, Mendoza, Depalma, 1993, p. 269 y sigs., que dice: “[...] la figura del Fiscal de Estado defensor del patrimonio e intereses del fisco debe lograr una posición marcada como ‘órgano extrapoder’, de contralor de toda la Administración centralizada, descentralizada y autárquica; como verdadero veedor de la actividad de los individuos que se desempeñen en la parte administrativa del Estado, tanto del poder central como de sus municipios, organismos, sociedades, etcétera. Por otro lado, debe liberárselo de toda función asesora del Poder Ejecutivo, tales como la defensa del gobierno o de actuar como cabeza del cuerpo de asesores de abogados del Estado. Estas funciones no son compatibles con la función de contralor de la misma actividad del Poder Ejecutivo o de sus organismos, y el ejercicio de unas hará desaparecer la posibilidad del ejercicio de las otras funciones. Es imposible controlar al Ejecutivo y a su vez asumir su defensa. Es más prudente y aconsejable deslindar estas últimas funciones de las del Fiscal de Estado y atribuir las a otro, tal como se hace en algunas Constituciones —Mendoza, por ejemplo, que las otorga a otra figura al asesor de gobierno—”.

² Alconada Aramburú, Carlos Román Santiago, “Ámbito funcional de la institución Fiscalía de Estado”, *LL*, 85-837.

se la ubica dentro del Poder Ejecutivo. En algunas Constituciones, como por ejemplo la de la Provincia de Buenos Aires, esta ubicación institucional no afecta su independencia, pues al lado de ella se le ha otorgado inamovilidad vitalicia en el cargo; pero en otras sí la afecta, pues la inserción dentro del Poder Ejecutivo suele estar acompañada por una duración periódica del cargo, que en algunas cartas locales coincide con el mandato del gobernador que designó al Fiscal de Estado, de modo que su desempeño finaliza junto con el cese de dicho gobernador.

Este último sistema me parece censurable, pues implica un grado bastante alto de dependencia política del Fiscal de Estado hacia el Poder Ejecutivo, lo que, desde luego, resentirá su labor de control de legalidad de la actividad administrativa estatal.

Es que, como bien se sabe, el controlante nunca puede depender del controlado, de existir cualquier grado de subordinación, estaremos ante una apariencia o ficción de control, pues el controlante seguramente se cuidará de disgustar al controlado y las más de las veces consensuará sus observaciones con este último. En definitiva, creo que este sistema de cierta dependencia política del Fiscal de Estado hacia el gobernador de turno carece de sentido lógico, al privar al funcionario de la independencia de criterio y objetividad necesaria para un ejercicio eficaz de tan importante función.

En tal sentido, son muy ilustrativos estos conceptos de la doctrina: "Entendemos cuestionables estos regímenes normativos que restringen el desempeño del cargo de Fiscal de Estado, toda vez que, al ser un órgano de control del obrar administrativo, no es razonable que su permanencia coincida con la de quienes lo designaron. Más allá de la eventual rectitud e independencia de quienes cumplan tan elevadas funciones en aquellos ámbitos provinciales, lo cierto es que la modalidad en análisis politiza, de algún modo, la institución y genera la sensación de que estos Fiscales de Estado deben 'acompañar' a los gobernantes de turno. Más aún, la referida limitación temporal puede traer como resultado la ineficacia de esta magistratura como órgano de control administrativo. Mucho más criticable aún es el régimen instituido en la Constitución cordobesa, conforme la cual el Fiscal de Estado no tiene fijado período alguno para el desempeño del cargo, en cuanto puede ser separado del mismo en cualquier momento por el Poder Ejecutivo"⁴.

En lo que todas las Constituciones provinciales coinciden es en que la persona que desempeñe el cargo de Fiscal de Estado necesariamente debe ser abogado, requisito obvio porque sus funciones se relacionan netamente con lo jurídico, razón por la cual sería imposible que sean cumplidas por quien carezca de conocimientos de derecho.

Por lo demás, es imprescindible que el abogado llamado a cumplir las delicadas funciones del Fiscal de Estado posea amplia experiencia en el ejercicio de su profesión, y es por ello que la mayoría de las Constituciones provinciales exige que el postulante tenga unos cuantos años de ejercicio previo de la abogacía.

⁴ Tribiño, Carlos R., *El Fiscal...*, op. cit., p. 55.

A tal efecto, la mayoría de las Constituciones relaciona los requisitos para ser Fiscal de Estado con los que se exigen para desempeñar cargos en el Poder Judicial, sea para ser juez del Superior Tribunal de Justicia o Corte Suprema, o para ser juez de una Cámara de Apelaciones o para ser juez de primera instancia. Un relevamiento de las distintas Constituciones revela que, aplicando este sistema, el plazo mínimo de ejercicio previo de la profesión requerido para desempeñar este cargo varía entre los siete y diez años.

En cuanto a la forma de designación, la mayor parte de las Constituciones dispone que el Fiscal de Estado será designado por el Poder Ejecutivo, pero con acuerdo de la Legislatura o de alguna de sus Cámaras, no siendo en ningún caso elegido por voto popular. Por excepción, en la Provincia de Córdoba es designado exclusivamente por el Poder Ejecutivo; y su contracara la hallamos en la Provincia de San Juan, donde lo nombra la Cámara de Diputados a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura, de modo que no media ninguna intervención del Poder Ejecutivo.

La duración en el cargo está directamente relacionada con la mayor o menor independencia funcional que las Constituciones le hayan otorgado. Así, en aquellas que le conceden mayor independencia, el Fiscal de Estado es inamovible y la duración del cargo es vitalicia, pues perdura mientras mantenga su buena conducta, y sólo puede ser removido por juicio político o jury de enjuiciamiento; en cambio, cuando se lo hace depender estrechamente del Poder Ejecutivo, el cargo tiene una duración periódica, generalmente vinculada al mandato del gobernador que lo nombró, existiendo dos variantes en cuanto a su remoción: puede ser inamovible dentro del plazo del mandato del gobernador que lo nombró —por ejemplo, en Santa Fe—, o bien el gobernador puede removerlo libremente —Córdoba—.

Finalizó aquí el tratamiento constitucional de las Fiscalías de Estado, pasando a continuación a explicar sus principales funciones, para lo cual me basaré, como dije *supra*, en la Ley N° 3 de la Provincia de Tierra del Fuego, sin perjuicio de hacer referencia a las demás leyes provinciales cuando sea necesario.

III. LA DEFENSA EN JUICIO DEL INTERÉS PROVINCIAL

La aludida ley de la Provincia de Tierra del Fuego dispone que el Fiscal de Estado representa a la provincia en todos los juicios en que se controviertan sus intereses, cualquiera sea su fuero o jurisdicción, agregando que será parte necesaria en todos los juicios contencioso administrativos y que, además, debe intervenir en toda actuación judicial en que se afecten los intereses provinciales. En realidad, esta función le es encomendada a la Fiscalía de Estado en todas las provincias, que le atribuyen la calidad de parte necesaria o legítima, en todos los procesos que comprometan, controviertan o perjudiquen los intereses del Estado.

La intervención de la Fiscalía de Estado se extiende, entonces, a todos los juicios en que sea parte el Estado provincial, ya sea como demandado, actor, tercero o en

cualquier otro carácter, cualquiera sea el fuero o jurisdicción en que tramiten y cualquiera sea la materia que se debata, de modo que actúa no sólo en los procesos contenciosos administrativos, sino también en los que la cuestión de fondo se rija por el derecho civil, comercial, laboral, etcétera.

Como la representación es de la persona jurídica "Estado provincial", representada por los órganos de la misma que no poseen personalidad y, por tal razón, no representada en principio, a los entes autárquicos, pues éstos sí poseen una personalidad propia distinta del Estado que les permite comparecer por sí mismos en los juicios.

Pero he dicho en principio porque, según comenta Tribiño, en la Provincia de Buenos Aires se viene advirtiendo una tendencia legislativa a otorgarle al Fiscal de Estado la representación de algunos entes autárquicos⁵, lo que no me parece muy lógico, pues, como ya dije, estos entes poseen personalidad jurídica propia.

Para ejercer la representación judicial de la provincia, el Fiscal de Estado necesita que el Poder Ejecutivo le otorgue un mandato o poder para estar en juicio, cualquiera cuando actúe ante los tribunales de la Nación o de otras provincias, sino que a lo sumo se le podrá requerir que acredite que ha sido designado para el cargo y que ello se halla vigente. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia en un precedente del año 1958, donde expresó que su personería surge de la Constitución y de la ley, en consecuencia, no es necesario que se le confiera un mandato expreso para representar a la provincia, pues ese mandato se funda en los principios del derecho público interno local⁶.

La defensa en juicio de la provincia es exclusiva y excluyente, lo que significa que la autoridad demandada no puede desplazar al Fiscal de Estado designando a otro funcionario, pues ello violaría la norma constitucional que le atribuye la representación judicial, con lo cual se dictaría un acto absolutamente nulo⁷.

Además, y por lo menos en las provincias que le otorgan independencia funcional al Fiscal de Estado, éste debe ejercer la representación judicial según su propio independiente criterio, no siendo aceptable que reciba instrucciones de los funcionarios políticos, en tanto no se halla subordinado jerárquicamente a ellos.

Es que, en rigor, el Fiscal de Estado no es un mero procurador del gobierno de turno, sino que su función es más trascendente, ya que debe defender el interés provincial por encima de los vaivenes políticos y también por encima de la valoración

política de los circunstanciales gobernantes, a la vez que ejerce el contralor de la legalidad de la actividad administrativa, siendo incompatible con ello que pudiera recibir instrucciones de quienes debe controlar⁸.

Confirma que no debe recibir instrucciones el hecho de que, dado que es imposible que la Fiscalía de Estado conozca por sí misma la totalidad de la actividad administrativa, algunas veces sucede que recién toma conocimiento de una actividad ilegítima cuando recibe el traslado de una demanda, supuesto en que se pone en tensión la función de control con la de defender en juicio el interés estatal.

¿Qué debe hacerse en estos casos? Lo que hacemos en la Fiscalía de Estado de Tierra del Fuego es emitir, en ejercicio de la función de contralor, un dictamen donde ponemos de manifiesto la ilegalidad de la actividad cuestionada, haciendo saber que por ello es imposible defenderla en el juicio, razón por la cual procedemos a solicitar autorización para allanarnos a la demanda.

Cabe aclarar que el Fiscal de Estado no posee la facultad de allanarse por sí mismo, ya que la ley le impone solicitar autorización al Poder Ejecutivo tanto para allanarse, como para efectuar transacciones judiciales o extrajudiciales.

Ahora bien, y dado que en la opinión de la Fiscalía de Estado la actividad en cuestión es ilegítima, simultáneamente con la solicitud de autorización para allanarnos le hacemos saber al Ejecutivo que, de no ser acordada, nos excusamos de asumir la representación judicial, fundándonos en que la defensa de una actividad ilegítima es incompatible con la función de contralor.

Esta posibilidad de excusación está regulada por la ley, que prescribe que si se excusan el Fiscal de Estado, el Fiscal Adjunto y el abogado de mayor jerarquía de la Fiscalía de Estado que los siga, actuará como subrogante del Fiscal de Estado un abogado de la planta permanente del Poder Ejecutivo que designe el gobernador. De este modo, en los supuestos en comentario la defensa judicial de la actividad cuestionada termina siendo asumida por el propio Poder Ejecutivo, salvo que autorice a la Fiscalía a allanarse.

Otra alternativa es que, sin pedir autorización para allanarnos, directamente comparezcamos en el proceso, pero expresando que no lo hacemos para asumir la defensa de la actividad cuestionada, sino en ejercicio de nuestra función de contralor; y, en tal carácter, coincidimos con la parte actora en que la actividad impugnada es ilegítima, razón por la cual le solicitamos al tribunal actuante que llame a comparecer al proceso al titular del poder del Estado que haya sido demandado, justamente para que asuma su defensa.

Esta posibilidad fue aceptada por el Superior Tribunal de la provincia. Para que se entienda lo que manifestó el órgano jurisdiccional, que enseguida transcribiré, debo efectuar primero una breve síntesis de los hechos del caso.

⁵ Tribiño, Carlos R., *El Fiscal...*, op. cit., p. 77.

⁶ Fallos: 242:278.

⁷ Señalaba Bielsa, al respecto, que si la ley le atribuye la representación judicial del Estado -Nación, provincia o comuna- a funcionarios determinados, sólo puede ser ejercida por ellos, no pudiendo el Poder Ejecutivo designar a otros funcionarios o a particulares, agregando que admitir lo contrario implicaría realizar una actividad nula y también hacer posibles actos de favoritismo y connivencia entre las partes -Bielsa, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, Santa Fe, Castellví, 1964. 3ª edición, p. 215-.

⁸ Cfr. Tribiño, Carlos R., *El Fiscal...*, op. cit., p. 90.

Se trataba de una acción de lesividad promovida por el Instituto Provincial de Previsión Social —ente autárquico— contra la beneficiaria de una jubilación. El caso presentaba la particularidad de que el beneficio jubilatorio primeramente había sido denegado por el ente autárquico, pero, al interponerse un recurso de alzada contra dicha decisión, la Administración central la revocó; como consecuencia, el Instituto debió dictar un nuevo acto administrativo concediendo el beneficio.

Ante ello, la entidad autárquica inició la acción planteando la lesividad de su resolución, que acordaba el beneficio, y también la nulidad del acto de la Administración central que había revocado su denegatoria original, obligándola a dictar el acto lesivo. Fue por ello que, además de correrle traslado de la demanda a la beneficiaria del acto, se le corrió también a la Fiscalía de Estado.

Al comparecer al proceso, el Fiscal de Estado indicó que había sido citado en carácter de representante judicial del Estado provincial para oírlo con relación a la validez o no del acto de la Administración central cuestionado por la actora, y manifestó que llegaba a la conclusión de que dicho acto era absolutamente nulo por contener los vicios señalados por el ente previsional en su demanda; en función de lo cual adhirió a la pretensión de la parte actora, solicitando se declarase la nulidad del acto en cuestión y se hiciese lugar a la acción de lesividad.

Pero el tribunal advirtió que esa presentación del Fiscal de Estado dejaba a la provincia en estado de indefensión, toda vez que ni defendía el acto impugnado, ni se allanaba con autorización del Poder Ejecutivo, razón por la cual le requirió que aclarara si concurría al proceso como representante judicial de la provincia, para defender el acto de la Administración central, o como órgano de control de la legalidad de la actuación estatal. En respuesta a ello, el Fiscal de Estado indicó que había comparecido al proceso ejercitando su función de contralor, razón por la cual, para evitar la indefensión del Poder Ejecutivo, solicitó se le corriera traslado de la demanda a este último, para que su titular designara a quien lo defendería en el juicio.

Esta forma de intervenir en el proceso fue aceptada por el Superior Tribunal, que expresó en las partes más salientes de su fallo: “La Constitución de la provincia y la Ley N° 3 han puesto en cabeza de un único órgano misiones diferentes. Por una parte, se lo faculta a iniciar la acción por la nulidad del acto; por otra, se dispone que deberá representar en juicio a la provincia cuando un tercero accionase en contra de dicho acto. ¿Cómo armonizar tales roles? La actuación que le cabe en el pleito es la clave para interpretar la ubicación litigiosa de la Fiscalía de Estado en un concreto asunto.

Si el funcionario acciona de oficio en contra del acto administrativo, actúa como ‘contralor de la legalidad de los actos de la Administración pública provincial’ —Artículo 167, CPTDF, y Artículo 1º, Ley N° 3—. Cuando interviene en la actividad judicial por requerimiento de otro sujeto y es citado a juicio en representación de un órgano provincial, para la defensa de su actuación, se convierte en parte en defensa del demandado —Artículo 167, primer párrafo, última parte, CPTDF, y Artículo 9º, primer párrafo, Ley N° 3—.

De tal modo, como representante de la provincia, no resulta admisible su pretensión de adherir a la demanda de nulidad de la resolución del Ministerio de Salud y Acción Social, luego de haber sido citado a juicio en relación con la impugnación deducida por el IPPS contra la resolución aludida y para defender la actuación administrativa.

Si, como lo expresa en su presentación de fs. 349, considera que dicho acto administrativo resultaba nulo, ha mutado la calidad de su actuación en el juicio, lo que pudo válidamente hacer por virtud de sus facultades constitucionales [...].

[...] En el presente caso, al solicitar el Fiscal que su intervención lo sea en función de parte impugnante, como órgano de contralor de la legalidad del obrar administrativo y no como defensor del órgano emisor de la resolución atacada, deberá librarse el oficio indicado en el Artículo 34 del CCA al titular del Poder Ejecutivo a fin de que, si estima que no cabe el allanamiento, se haga representar por quien corresponda en el caso y de contestación a la demanda”⁹.

Me parece que estos ejemplos demuestran cabalmente que el Fiscal de Estado de la Provincia de Tierra del Fuego posee independencia funcional absoluta para el ejercicio de la representación judicial del interés provincial, con lo cual no se puede admitir que reciba instrucciones de ningún funcionario, de ninguno de los tres poderes.

IV. EL CONTRALOR DE LA LEGALIDAD DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ESTATAL

Como lo he expuesto más arriba, considero que ésta es la función más relevante de las que se le acuerdan al Fiscal de Estado, pues, como bien lo dijera Alconada Aramburú en la cita *supra* efectuada, se halla vinculada con el principio republicano de contralor de los poderes del Estado.

Justamente porque se vincula con dicho principio republicano no me parece razonable que en algunas provincias —por ejemplo, Jujuy, Salta y Santa Fe—, al lado de la función de control, se le atribuya también al Fiscal de Estado la de ser un “asesor” del Poder Ejecutivo, llegándose a erigirlo —en Catamarca— como la autoridad máxima del cuerpo de abogados del Estado, a quienes les puede dar instrucciones y para los cuales los dictámenes de la Fiscalía de Estado les resultan de acatamiento obligatorio.

Y esto no me parece razonable, por cuanto el asesoramiento es evidentemente incompatible con la función de control, que, como ya dije, reclama independencia funcional¹⁰.

⁹ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, “I.P.P.S. c/ Arato, Beatriz Elba s/ acción de lesividad”, sentencia interlocutoria de fecha 13 de mayo de 1997.

¹⁰ Como ya vimos, lo sostiene Rauck de Yazón en la transcripción que efectué en la cita N° 3. En esa misma obra, la autora cita, a su vez, la siguiente opinión coincidente: “Cuando se afirma que el Fiscal de Estado es un ‘funcionario administrativo, dependiente del Poder Ejecutivo’, se incurre en un grave

Es ciertamente imposible controlar al Ejecutivo y ser, a la vez, su asesor. Parece claro que si ambas funciones se atribuyen al mismo órgano, el ejercicio de una debilitará, o directamente hará desaparecer, el ejercicio de la otra. Por lo demás, creo que resulta bastante evidente que, como garantía de un más estricto y eficiente control, el Fiscal de Estado debe ser imparcial y con escasa o nula relación con la política de turno.

Por estas razones, opino que el asesoramiento le tiene que ser atribuido a un funcionario distinto al Fiscal de Estado, que dependa del Poder Ejecutivo y goce de la confianza de éste, como ocurre en muchas provincias –Buenos Aires, Mendoza, etcétera–.

El segundo aspecto que me interesa destacar es que, en la mayoría de las provincias, el control de legalidad de la actividad administrativa abarca no solamente a la del Poder Ejecutivo y de la Administración centralizada, sino también a la que desempeñan los Poderes Legislativo y Judicial, las entidades autárquicas, las empresas y sociedades del Estado, los bancos oficiales, etcétera.

Se trata de un control objetivo de legalidad o, mejor dicho, de juridicidad, que tiene los mismos límites que el control judicial de la actividad administrativa: la Fiscalía de Estado únicamente puede controlar si se han respetado o no los principios y los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, sin poder inmiscuirse en las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Pero un autor piensa distinto, y expresó al respecto: “[...] el mandato constitucional que pone en cabeza del Fiscal de Estado el deber de defender el patrimonio del fisco, no se circunscribe en sede administrativa, al concepto tradicional de control de legitimidad de los actos reglados del Poder Ejecutivo o de los entes autárquicos. Por el contrario, la custodia del patrimonio de Buenos Aires va más allá de esa función de control [...] la tutela de los intereses patrimoniales de la provincia no se agota sólo con el respeto de la legalidad formal [...] más de una vez el respeto a las formas de la ley encubre, sin embargo, actos perjudiciales al interés patrimonial de Buenos Aires. La actividad discrecional de la Administración es, entonces, también objeto de control por parte del Fiscal de Estado, quien puede oponerse al dictado de un acto por considerarlo inoportuno [...]”¹¹.

error: aquél es un órgano constitucional extrapoderes, con el cometido primordial de defensor del patrimonio del fisco, contra quien quiera que sea y donde quiera se encuentre comprometido, de todo lo cual resulta su necesaria independencia, garantizada por la inamovilidad y la no disminución de la compensación pecuniaria que goza por sus servicios –Artículos 152 y 180, Constitución de Mendoza– [...] Por tanto, toda norma que imponga al Fiscal de Estado la defensa del Poder Ejecutivo es viciosa: el órgano mentado debe defender el patrimonio del fisco –y para ello tiene independencia–, no la gestión del Poder Ejecutivo –para lo cual, como veremos, está el asesor de gobierno–, patrimonio que puede resultar comprometido tanto por la gestión de los particulares como por la de tal poder” –Sarmiento García, Jorge, *Proceso administrativo, caracterización en el Código de Mendoza*, Mendoza, Ediciones Jurídicas de Cuyo S.R.L., 1981, pp. 51/52.

¹¹ Marafuschí, Miguel Ángel, “Competencia del Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires”, *I.L.* 1989-E-509.

No comparto esta opinión, pues entiendo que, sin perjuicio de que el control de legalidad a cargo del Fiscal de Estado puede recaer no sólo sobre los elementos reglados de un acto discrecional, sino también sobre su razonabilidad, conforme a los estándares actuales con que lo ejercen los jueces, me parece que el control de oportunidad, mérito o conveniencia es propio del control *ad intra* de la propia Administración y no del control externo, como el que lleva a cabo la Fiscalía de Estado, que no puede abarcar dichos aspectos, que son privativos de la Administración, cuyo criterio no puede ser sustituido por el del organismo de contralor.

El control de legalidad puede ejercerse primero preventivamente, o sea, antes que se produzca la actividad administrativa, a través de una vista previa al Fiscal de Estado –que en algunas provincias resulta obligatoria y en otras, facultativa–, o bien mediante el pedido de un dictamen previo. En cualquiera de estos casos, la opinión de la Fiscalía de Estado no es de asesoramiento jurídico al órgano encargado de decidir, sino que está estrictamente vinculada con su actividad de contralor¹².

En algunas leyes provinciales, como las de Córdoba y Buenos Aires y también en la Constitución de Corrientes, la omisión de la vista previa al Fiscal de Estado, cuando sea obligatoria, es causal de nulidad del acto; ello implica que el acto no podrá ejecutarse hasta tanto no se requiera la opinión del Fiscal y, también, que no surtirá efectos hasta que no se notifique a este funcionario.

Lo que exprese el Fiscal de Estado al evacuar la vista previa, sea ésta facultativa u obligatoria, no es vinculante para el funcionario que debe decidir, quien, por lo tanto, puede apartarse de su opinión. Pero si decide apartarse, debe exponer los fundamentos jurídicos de su postura diversa; y, con posterioridad, el Fiscal podrá iniciar una acción judicial cuestionando la actividad cumplida pese a su opinión contraria, que es una atribución peculiar que posee que enseguida explicaré, aunque naturalmente podría no hacerlo si los fundamentos expuestos por el funcionario que adoptó la decisión lo persuaden de que se ha ajustado al ordenamiento jurídico.

El control también se efectúa *a posteriori*, cuando el Fiscal de Estado toma conocimiento de una actividad administrativa ya consumada que le parece objetable, sea porque ha recibido una denuncia de un particular, sea porque la conozca de oficio.

En tales supuestos, emitirá un dictamen cuestionado el acto o actividad que reputa contrario al ordenamiento jurídico, en el cual requerirá que sea dejado sin efecto por la autoridad competente y, de no hacerse así, podrá accionar judicialmente.

¹² Como bien lo expresa la doctrina, “[...] la intervención acordada al Fiscal de Estado en las normas precitadas no tiene por objeto suministrar asistencia o asesoramiento jurídico al órgano que debe decidir la cuestión planteada en sede administrativa. En realidad, esa intervención posee un carácter fundamentalmente fiscalizador, vale decir, se confiere para que aquel, en su rol de defensor del patrimonio de la provincia, tome conocimiento de la cuestión a resolver y fije su posición al respecto, de modo que la autoridad administrativa la considere al dictar el acto pertinente y evite, en su caso, la eventual promoción de una demanda judicial por parte del Fiscal de Estado” –Tribiño, Carlos R., *El Fiscal ... op. cit.*, p. 104–

V. LA FACULTAD DE IMPUGNACIÓN JUDICIAL

Por último, paso a referirme a una peculiar atribución de la Fiscalía de Estado, que está estrechamente unida a su función de contralor de legalidad, que consiste en la facultad de impugnar judicialmente los actos emanados de los poderes políticos, función que no hace más que confirmar que el Fiscal de Estado es un órgano independiente y no un mero consejero o asesor del Ejecutivo, instituido para la defensa de los intereses del Estado no sólo en los juicios iniciados por los particulares, sino también cuando dichos intereses se vean vulnerados por los actos de los propios poderes políticos¹³.

La regulación de esta facultad presenta algunas diferencias en las distintas provincias: algunas la limitan al cuestionamiento de los actos emanados del Poder Ejecutivo, no pudiendo impugnar leyes; otras le permiten cuestionar también la constitucionalidad de las leyes, además de la de los actos del Poder Ejecutivo, pero no puede iniciar la acción judicial si lo vulnerado por estos últimos no es la Ley Suprema, sino la normativa infraconstitucional.

Finalmente, en la mayoría de las provincias la potestad es más amplia, pues permite demandar contra leyes, decretos, ordenanzas, etcétera, cuestionando tanto su constitucionalidad como su legalidad.

En tal sentido, el Artículo 1º de la Ley N° 3 de la Provincia de Tierra del Fuego prescribe: "De acuerdo con las funciones que la Constitución de la provincia le atribuye, corresponderá al Fiscal de Estado: [...] d) controlar la legalidad de la actividad del Estado y la de sus funcionarios y agentes, en cuanto obraren en el cumplimiento de sus funciones o invocando a aquel, a fin de asegurar el imperio de la Constitución y el cumplimiento de las leyes, y demás normas dictadas en su consecuencia; e) accionar judicial o administrativamente, por inconstitucionalidad de leyes, decretos, resoluciones y demás actos administrativos o legislativos contrarios a las prescripciones de la Constitución, y alegar la nulidad de los mismos".

He reproducido los dos incisos conjuntamente porque si bien a primera vista podría parecer que tratan dos supuestos distintos, en realidad, se los debe interpretar armónicamente, pues el segundo nos es más que la consecuencia lógica del primero; su interpretación sistemática lleva a concluir que, cuando el Fiscal de Estado, en ejercicio de su función de contralor de legalidad, advierta la existencia de cualquier acto normativo —sea que emane del Poder Legislativo o Ejecutivo— que a su exclusivo juicio es contrario a la Constitución provincial, a las leyes o a las demás normas

¹³ Comentando esta singular atribución, señala Fiorini: "El Fiscal de Estado en las causas contenciosas es parte interesada y, además, tiene atribución de demandar por iniciativa propia la nulidad de aquellos actos del Poder Ejecutivo que considere lesivos a los derechos fiscales de la provincia o a las normas constitucionales. Es esta responsable facultad la que lo consagra como órgano independiente y no subordinado al Poder Ejecutivo de la Administración provincial" Fiorini, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo Perrot, 2006, 2ª edición, p. 273-.

dictadas en su consecuencia, puede promover una acción judicial de inconstitucionalidad o nulidad que tienda a cuestionarlo, con el único fin de defender y asegurar el imperio del principio de juridicidad en todos los actos del Estado provincial.

Esta trascendente función institucional se le concede, entonces, al Fiscal de Estado para asegurar el imperio de la Constitución y el debido cumplimiento de las leyes y demás normas dictadas en su consecuencia, en el entendimiento de que ello también implica la defensa del interés estatal, pues el primero que debe velar por el respeto del principio de juridicidad que debe guiar todos sus actos, ya sean administrativos o legislativos, es justamente el propio Estado.

Comentando las normas de la Provincia de Buenos Aires, Tribiño expresa sobre esta atribución: "El Fiscal de Estado tiene también atribuida la función de promover acción judicial contra el Poder Ejecutivo o autoridades administrativas con competencia para dictar resoluciones definitivas, cuando considere que los actos emanados de ellos son contrarios a la Constitución, a las leyes o a reglamentos administrativos. Puede afirmarse que ésta es la función más trascendente que tiene asignada dicho funcionario, debiendo remarcarse que, a través de ella, se ejerce un control de legalidad respecto de las decisiones dictadas por los funcionarios provinciales [...].

[...] La doctrina ha remarcado con particular énfasis la singularidad que ella presenta en el ámbito del derecho público. Argañarás pone de relieve la jerarquía del Fiscal de Estado, que no es, por cierto, un funcionario dependiente del Poder Ejecutivo, sino un funcionario de la Constitución, instituido por ella para la función específica de ser el defensor de los intereses patrimoniales del Estado, contra quien quiera que sea y donde quiera se encuentren comprometidos, en los juicios promovidos por los particulares, como también contra los actos del poder administrador que afecten indebidamente el patrimonio fiscal. Con ello, el Fiscal de Estado no se erige en censor del Poder Ejecutivo [...], pues sólo pone en ejercicio su atribución constitucional para impugnar, como decimos, la legalidad de los actos del poder administrador por la vía pertinente, en defensa de los intereses fiscales [...]"¹⁴.

Vemos, entonces, que la legislación le acuerda una legitimación propia y autónoma al Fiscal de Estado para promover este tipo de acciones judiciales, en defensa pura de la vigencia irrestricta del principio de juridicidad en todos los actos estatales.

Finalizo señalando que esta atribución refuerza el sistema de control de poderes, a la vez que dota a este funcionario independiente de una herramienta muy eficaz para contribuir al aseguramiento del principio de juridicidad en el accionar estatal, con lo cual coincido con Tribiño cuando recomienda que esta facultad, actualmente concedida por las leyes provinciales que regulan a las Fiscalías de Estado, sea incorporada a las Constituciones a fin de evitar que el legislador pueda dejarla sin efecto¹⁵.

¹⁴ Tribiño, Carlos R., *El Fiscal...* op. cit., p. 113.

¹⁵ Tribiño, Carlos R., *El Fiscal...* op. cit., p. 130.