



Ref.: Expte. N°4573-D-2016-05179
"AJUSTE SITUACION DE REVISTA".

AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. FERNANDO SIMON

S / D

Vuelven a esta Dirección de Asuntos Administrativos los presentes actuados en los cuales se solicita dictamen legal en relación a lo expresado por el Sr. Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Hacienda y Finanzas en dictamen N° 696/16 (29/11/16) obrante a fs. 39/41 a cuyo texto me remito en mérito a la brevedad.

I. Se han agregado en esta pieza administrativa las siguientes constancias relevantes: el Sr. Fiscal de Estado pide a fs. 1 la subrogancia de la agente en trato; a fs. 2/14 se encuentran agregadas Resoluciones que certifican los extremos denunciados por el Sr. Fiscal de Estado en aquella presentación; a fs. 15/16 se agrega informe de liquidación de la agente en cuestión; a fs. 18/19 se encuentra agregado dictamen de la Contaduría General de la Provincia de Mendoza; a fs. 20 rola informe del Sr. Jefe de División de la Subdirección de Personal de Fiscalía de Estado; a fs. 22/25 se verifica dictamen N°846/16 de esta Dirección, a fs. 30 y 35, obran volantes de imputación preventiva; a fs. 39/41, rola dictamen de la Dirección Jurídica del Ministerio de Hacienda de la provincia, confrontando las conclusiones a las que se ha arribado en el dictamen emitido por esta Dirección de Asuntos Administrativos y adherido por el Sr. Fiscal de Estado, a fs. 42 se observa Visto Bueno del Sr. Ministro de Hacienda y Finanzas y del Sr.



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Gobernador de la Provincia, a fs. 44/45 rolan volantes de imputación intervenidos por la Contaduría General de la Provincia y a fs. y finalmente, 48/50 se agrega Resolución N°216/16 de fecha 22/12/2016 del Sr. Fiscal de Estado otorgando a diferentes agentes el Suplemento por Subrogancia.

II. En este estado toma intervención esta Fiscalía de Estado en el marco de las atribuciones que ejerce como Ministerio Público (protección del interés público y de los intereses colectivos) y del Ministerio Fiscal (defensa del patrimonio de la colectividad y del Estado) - art. 177 de la Constitución Provincial, y Leyes N° 728 y N° 4418 de Fiscalía de Estado.

1. Ante todo cabe poner de resalto la trascendencia institucional del presente dictamen (independientemente de la culminación del trámite en forma positiva, según lo solicitado e implementado), lo que motiva el pronunciamiento del suscripto aun cuando ya se ha obtenido el objeto de la tramitación y podría considerarse un "moot case", dada la probabilidad cierta de que un conflicto similar se reitere, por lo que se encontraría habilitado el supuesto para dictar el presente, pues la cuestión a decidir resulta de trascendencia institucional (conforme lo ya expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresado en el fallo "Bussi"¹ y casos análogos). En relación al fondo de las cuestiones

¹ CSJN, 05/10/1999; "Partido Justicialista - Distrito Corrientes"; LA LEY 2000-E, 72, con nota de Carlos I. Salvadores de Arzuaga y Mario A. Fornaciari; DJ2000-3, 379; Cita Online AR/JUR/1547/1999. En el mismo se justificó la emisión del fallo por parte de la CSJN en razón de que "...6. Que similar orientación ha sido seguida por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica que ha construido una larga serie de excepciones a la doctrina de las cuestiones abstractas, que le permiten desarrollar mejor su alto papel institucional (véase Hart and Wechsler's, The Federal Courts and The Federal System, ps. 201 y sigtes., 3ª ed., The Foundation Press, New York, 1988, y Nowak, John E. y Rotunda, Ronald D., Constitutional Law, ps. 60 y sigtes., 4ª ed., West Publishing, St. Paul, Minn., 1991). Pero, especialmente en asuntos de naturaleza electoral, ha descartado el carácter moot, en cuanto entrañaban cuestiones susceptibles de reiterarse sin posibilidad de que, por el tiempo que normalmente insumen los trámites, pudiesen llegar a ser resueltos por la Corte en tiempo apropiado. En este sentido, son bien ilustrativas las palabras del Justice Douglas: "Estamos plagados de casos electorales llegando aquí en la víspera de las elecciones con tan breve tiempo disponible que no tenemos los días necesarios para escuchar los oral argumentos ni para la reflexión de los serios problemas que se nos presentan habitualmente" (véase su voto concurrente en "Ely y Klahr" 403 U.S: 108, la cita en ps. 120/121). 7. Que sobre la base de lo expuesto y la probabilidad cierta de que el conflicto se reitere en alguno de los muchos estados que conforman la Nación, la decisión del Senado no priva de jurisdicción al tribunal y, en consecuencia, corresponde atender a los agravios expuestos...". Criterio reiterado en "Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados" (CSJN; 13 de julio de 2007) en el cual se expresó: "... En este punto, es preciso remarcar que dicha doctrina fue elaborada por la Suprema Corte de los Estados Unidos que construyó una serie de excepciones a la teoría de las cuestiones abstractas, a fin de poder desarrollar su rol en los casos en los que era necesario dejar asentada una interpretación



53

planteadas destaco que, como no puede ser de otro modo, se ratifica el criterio sostenido en el dictamen N°846/16 de esta Dirección de Asuntos Administrativos y en dictamen conjunto de las Direcciones de Asuntos Administrativos, Judiciales, Ambientales y Derechos de Incidencia Colectiva, y de Investigaciones Administrativas, así como de la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza N°258/15 de fecha 24 de abril de 2015, que fueron contestes con la emisión del Decreto Acuerdo N° 699/15, de reconocimiento de las facultades y naturaleza del Fiscal de Estado.

2. En primer término cabe destacar que ya se ha emitido opinión jurídica dando tratamiento expreso a los puntos sometidos a consideración, mediante la emisión del Dictamen N° 846/16 de fecha 04/10/16, el cual

constitucional en asuntos que conmovían las bases mismas del sistema de gobierno representativo federal. Nuestra Corte Suprema ha encontrado temprana y frecuente fuente de inspiración en las pautas establecidas por su par norteamericana (Fallos: 326:1778) y en numerosas ocasiones ha interpretado la Constitución Nacional siguiendo la doctrina constitucional de ese país (Fallos: 310:2342, entre otros). Ello por cuanto "dentro del derecho comparado ocupa por razones históricas un lugar destacado aquél emanado de los Estados Unidos, cuya Constitución ha inspirado la nuestra" (Fallos: 310:2478, voto del juez Fayt). Ya en 1911 la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que una cuestión traída a su conocimiento no resulta abstracta si es "capable of repetition, yet evading review" ("Southern Pacific Terminal Company. v. Interstate Commerce Comisión", 219U.S. 498 -1911-) y como lo explicó el juez Petracchi en Fallos: 310:819, ello significa que aquel Tribunal rechazó la alegada falta de relevancia jurídica de una decisión si el caso entrañaba "cuestiones susceptibles de reiterarse sin posibilidad de que, por el tiempo que normalmente insumiesen los trámites, pudiesen llegar a ser resueltas por la Corte en tiempo apropiado". Merece señalarse que en el caso citado se cuestionaba la validez de una decisión de la Comisión de Comercio Interestatal cuyos efectos ya habían cesado al momento de pronunciarse la Corte. En el mismo sentido, ésta resaltó la decisión de una de las Cámaras de Circuito en la que se indicó que la cuestión era aún justiciable "en parte por la necesidad o propiedad de decidir una cuestión de derecho presentada que puede servir para guiar al cuerpo municipal cuando sea llamado a actuar en la materia" ("Boise City Irrig. Land Co. v. Clark" -C.C. App. 9th C- 65 C.C.A. 399, 131 Fed. 415). Más tarde, la Corte estadounidense reprodujo esa doctrina para pronunciarse en un caso en que se cuestionaba la validez de la decisión de un órgano jurisdiccional de prohibir las actividades públicas de una agrupación política, pese a que aquélla había perdido vigencia, señalando que "la cuestión subyacente persiste y es agitada por las continuas actividades y el programa de los actores: si, mediante qué procedimientos y en qué medida las autoridades de los gobiernos locales pueden restringir los derechos de los actores en sus concentraciones y reuniones públicas" ("Carroll v. President and Commissioners of Princess Anne", 393 U.S. 175 -1968-). Desde entonces, aplicó la aludida doctrina en forma constante cuando fue llamada a decidir sobre la interpretación de la Constitución en cuestiones electorales ["Moore v. Ogilvie", 394 U.S. 814 (1969); "Dunn v. Blumstein", 405 U.S. 330 (1972); "Rosario v. Rockefeller", 410 U.S. 752 (1973); "Storer v. Brown", 415 U.S. 724 (1974); "Anderson v. Calabrezze", 460 U.S. 780 (1983); "Morse v. Republican Party of Virginia", 517 U.S. 186 (1996)]. Sobre la base de todo lo expuesto, dada la probabilidad cierta de que un conflicto similar se reitere, se entiende que en el sub lite V.E. se encuentra habilitada para dictar un pronunciamiento, pues la cuestión a decidir resulta de trascendencia institucional. Por este motivo, estimo que se debe resolver la cuestión de derecho electoral presentada, en miras a determinar los límites de la facultad de la Cámara de Diputados al actuar como juez de las elecciones, derechos y títulos, conforme se desprende del art. 64 de la Constitución Nacional, facultad que es ejercida en forma repetida por esa Cámara cada vez que incorpora diputados electos como miembros de ese cuerpo...".



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

- se ratifica y da por reproducido en todas sus partes en mérito a la brevedad.
3. En segundo lugar, es necesario señalar que las cuestiones ventiladas en el presente supuesto, requieren necesariamente (a pesar de la opinión en contra vertida en el dictamen del Director Jurídico del Ministerio de Hacienda y Finanzas) realizar una interpretación coordinada, jerarquizada e integral del plexo normativo (especialmente del constitucional y de la adecuación interpretativa del legal y reglamentario) que regulan el status y las funciones de la Fiscalía de Estado y referir necesaria e inevitablemente a la naturaleza jurídica del organismo en cuestión, ya que como se afirmara (y ratifica en el presente) pueden, en caso contrario, plantearse judicialmente cuestiones de constitucionalidad de las normas involucradas, lo que siempre debe ser la "*última ratio*" del sistema jurídico.
 4. En este estado, es necesario recordar la necesidad de interpretar las normas aplicables al caso, a los efectos de arribar a la solución antes citada, toda vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado, desde antiguo y en forma reiterada, que la declaración de inconstitucionalidad (y por lo tanto la deducción de la acción correspondiente), configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional. (Fallos: 256:602; 258:255; 302:166; 316:188, 1718 y 2604; 319:3148; 150:321, 441 y 1888; 322:842 y 919; 324:920; 325:1922 y 330:855 y 5345, entre muchos otros, y más recientemente, causas "*Mutual Residentes del Barrio de Tais de la Ciudad de El Trébol c. Superintendencia de Seguros de la Nación*, 30/03/2004 -327:831-; y "*Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar S.A.*" -20/04/2010-). Así,



se ha expresado que el análisis de la validez constitucional de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es sólo, en consecuencia, practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere; por la gravedad de tales exámenes debe estimárselos como última ratio del orden jurídico, de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallos 328-1491), y sólo viable si su irrazonabilidad es evidente (Fallos: 328-91 y "Direc. Nac. Migraciones" del 12/12/2007); en aquellos supuestos en los que se advierta una clara, concreta y manifiesta afectación de las garantías consagradas por la C.N. (Fallos: 327-831 y 2551); cuanto que dicho control no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por los restantes poderes (Fallos: 328-91). En análogo sentido, la Suprema Corte de la provincia de Mendoza ha considerado que: "... A) La declaración de inconstitucionalidad de la norma es un remedio excepcional, la última ratio del ordenamiento jurídico, la sanción judicial más fuerte que puede adoptar el poder judicial frente a la vigencia de una norma de carácter general y en consecuencia debe advertirse con toda claridad y evidencia la lesión a los principios constitucionales. B) La declaración de inconstitucionalidad debe manifestarse en el caso concreto, en una causa judicial, frente a agravios expresados y con efectos particulares para el caso. ..." (causa N° 74.811, caratulada: "La Segunda A.R.T. S.A. en J° 30.559 "Forconi José A. c./La Segunda A.R.T. S.A. P/acc. Inconst." 17/09/2003, Sala 2, en similar sentido, Expte. N° 68457 - Pérez, Tiburcio en J: Pérez T. c. ASOCIART S.A. A.R.T. p. Ordinario -Inc. Cas.", de fecha: 19/02/2001 - Sala N°2, LS299-363). Igual postura adopta el Procurador de la Suprema Corte provincial, al expresar: "...cuando un tribunal tiene que pronunciarse en un planteo de esta naturaleza, debe estarse siempre por la validez de una norma y sólo en última instancia



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

declarar la inconstitucionalidad de la misma, cuando no se pueda arribar a una interpretación para declarar su validez ...". (causa Nº 83.449 caratulada "Fiscal c/ Sosa Morán, Juan Rafael y Otros por Daño Agravado S/Casación", 19/09/2005).

5. Efectuadas estas aclaraciones liminares, se dará tratamiento al dictamen emitido desde dos puntos de vista: A) en relación a las cuestiones sustanciales vertidas (en aquellos aspectos que no han sido tratados en el dictamen precedente) y; B) en relación a la conformación técnica del dictamen y al cumplimiento de los recaudos establecidos para la producción de los mismos.

III. A) CUESTIONES SUSTANCIALES:

1. Cabe destacar que no está en discusión que la Fiscalía de Estado integra la Administración Pública Provincial (lo que no ha sido controvertido en ningún dictamen de este órgano), sino que ha sido necesario delimitar su naturaleza (en virtud de la previsión constitucional incorporada en el art. 177 de la C. Provincial) y las funciones y competencias que ejerce y ostenta y a quién corresponde la titularidad de la jurisdicción respectiva a los efectos de prevenir el nivel de interferencia que otros poderes pueden efectivizar sobre la misma menoscabando eventualmente la posibilidad de cumplir acabadamente con su mandato. Es vital comprender que la titularidad de la jurisdicción referida y su pleno ejercicio, con la única salvedad del acatamiento al presupuesto asignado anualmente a este Órgano de Control, no puede ser menoscabada en modo alguno por ningún tipo de norma que desvirtúe la manda constitucional del art. 177 de la Constitución de Mendoza sin incurrir en una peligrosa intromisión en lo que constituye la razón de ser de este órgano de control: velar por la legalidad administrativa y proteger el patrimonio público.²

² Tiene dicho la Suprema Corte de Mendoza en este sentido: "El Fiscal de Estado tiene la facultad específica de defender el patrimonio fiscal y ser guardián de la Constitución en cuya virtud obra por mandato constitucional, con personería propia, no representando en manera alguna al Gobierno de la Provincia" (SC)



Hay que recordar al respecto que la Ley Nº 8.743 (art. 1º, B.O. 03/11/2014) rectificó el texto original del art. 4 de la Ley Nº 8.706, que incorrectamente ubicó a la Fiscalía de Estado como dependiente del Poder Ejecutivo (al igual que a otros órganos u organismos extra poder o descentralizados constitucionales, tales como el Honorable Tribunal de Cuentas y al Departamento General de Irrigación), estando incuestionablemente fuera de la jurisdicción citada, pero comprendida dentro del alcance del ámbito institucional de la "Sector Público Provincial (administración pública *lato sensu*)"³.

2. Tampoco está controvertido que exista declaración de emergencia dispuesta por Ley Nº 8.833, sino que el conflicto se centra en precisar cuál es la autoridad administrativa que ostenta la titularidad de la jurisdicción Fiscalía de Estado, en virtud del plexo normativo vigente jerárquica e integralmente considerado y respetando los presupuestos constitucionales condicionantes de las mismas, aun en la anómala situación descripta (emergencia) ya que la misma no puede bajo ningún punto de vista ser apta para producir la transferencia de potestades o menoscabo de aquellas que se poseen para cumplir con la manda y el diseño constitucional.

3. Este tema fue concluyentemente tratado y aclarado en el Decreto Acuerdo Nº 669/16 (siendo especialmente relevantes las argumentaciones vertidas en los extensos considerandos del mismo) que precisa el sentido y alcance integrado que debe darse a las normas vigentes en la materia para que se compatibilicen con la naturaleza de órgano de control constitucional

de Mza., Expte. No.29.195. 20/03/70). "El Fiscal de Estado tiene la función específica de defender el patrimonio fiscal y ser el guardián de la Constitución, en cuya virtud obra por mandato constitucional, con personería propia..." (SCJ de Mza., expte. No.15.879. 30/07/51).

³ Art. 4º de la Ley Nº8.706 modificado por Ley Nº8.743 expresa: " El Sector Público Provincial comprende: a. Administración Provincial.1. Poder Ejecutivo. I. Organismo Centralizado. i. Ministerios. ii. Secretarías. II. Organismos Descentralizados. III. Organismos Autárquicos. IV. Entes Reguladores. V. Fondos Fiduciarios. 2. Poder Legislativo. 3. Poder Judicial. I. Suprema Corte de Justicia. II. Ministerio Público Fiscal. III. Ministerio Público de la Defensa y Pupilar. 4. Fiscalía de Estado. 5. Tribunal de Cuentas....". El texto original rezaba: " El Sector Público Provincial comprende: a. Administración Provincial 1. Poder Ejecutivo I. Administración Central i. Ministerios. ii. Secretarías. II Organismos Descentralizados.III. Organismos Autárquicos. IV. Fiscalía de Estado. V. Tribunal de Cuentas.VI. Entes reguladores.VII. Fondos Fiduciarios.VIII. Departamento General de Irrigación....".



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

extra poder de la Fiscalía de Estado⁴. En este sentido debe recordarse que la postura asumida en el mencionado Decreto fue PREVIAMENTE VALIDADA desde el punto de vista jurídico, por los Directores de Asuntos Judiciales, Asuntos Administrativos, Asuntos Ambientales y de Investigaciones Administrativas de la Fiscalía de Estado (Dict. conjunto de fecha 24/04/2015), compartido por el Sr. Fiscal de Estado y adherido por el Sr. Asesor de Gobierno mediante dictamen N° 258/15, el cual es de **conocimiento obligatorio** para los todos abogados del Estado, y con mayor razón aún para los Directores Jurídicos de las distintas reparticiones.

4. Como se anticipara en el presente dictamen, tampoco ha sido suficientemente considerada en el dictamen reseñado, la fundamentación existente en la Ley N° 8.897 (posterior en el tiempo a la Ley N° 8.833, especial y vigente al momento de emitirse el dictamen por parte del Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Hacienda, Dr. Gustavo Riera) que ratifica la Resolución N° 295/15 de Fiscalía de Estado, la cual, mantiene y ratifica estos lineamientos y los consignados en el Decreto Acuerdo N° 669/15 (aun luego de declarada la emergencia) en forma casi idéntica, al leerse entre sus considerandos: *"...Que la presente resolución se emite en ejercicio de las competencias atribuidas constitucionalmente al Fiscal de Estado en su carácter de Jefe de la Administración de su Jurisdicción, según ha sido reconocido por el Decreto N° 669/15, y en el marco de sus competencias ordinarias operativas, administrativas y presupuestarias que le corresponden en virtud del carácter autónomo e independiente que le atribuye la Constitución de la Provincia de Mendoza como ente de control extra poder..."*.

5. Para ir incluso a los orígenes del tema planteado, cabe remarcar que el propio convencional constituyente Julián Barraquero, al hacer uso de la

⁴ Aspectos relativos a la naturaleza de la Fiscalía de Estado y/o el Honorable Tribunal de Cuentas han sido desarrollados extensa y fundadamente en los dictámenes Nros, 293/11 (28/03/11); 123/12 (28/02/12), y 266/13 (06/03/13) de la Dirección de Asuntos Administrativos, entre otros. En igual sentido se ha manifestado el Sr. Fiscal de Estado de la Provincia y las Direcciones de Fiscalía de Estado, en Dictamen de fecha 24/04/2015, ratificado a su vez por el Dictamen N° 258/15 de la Asesoría de Gobierno.



56

palabra en relación a la institución Fiscal de Estado, sostuvo: *"Tratándose de un funcionario como el Fiscal de Estado encargado nada menos que de velar por el cumplimiento de la Constitución y demandar actos del Poder Ejecutivo, cuando sean perjudiciales a los intereses fiscales sería contraproducente, que un funcionario de esta índole pueda ser removido por el Poder Ejecutivo, si hay un funcionario que tenga que ser independiente por las funciones que desempeña, sería éste, porque si carece de la autonomía, de la independencia que necesita para ejercer con rectitud su cargo sus funciones serían nulas: sólo debiera ser enjuiciable ante la Legislatura..."*.⁵

6. En igual sentido se expresan Jorge Sarmiento García y Ernesto Bustelo al consignar: *"...En cuanto a la actuación del Fiscal de Estado, órgano previsto en la mayoría de las constituciones provinciales, corresponde analizar distintas consecuencias de la mayor trascendencia que se derivan de su configuración, ponderando especialmente la Constitución mendocina. Cuando se afirma, como se escucha algunas veces, que el Fiscal de Estado es un "funcionario administrativo, dependiente del Poder Ejecutivo", se incurre en un grave error: aquél es un órgano constitucional "extra-poder", que entre otros cometidos ha de defender el patrimonio del Fisco contra quien quiera que sea y donde quiera se encuentre comprometido, de lo que resulta su necesaria independencia, garantizada por la inamovilidad y la no disminución de la compensación pecuniaria que goza por sus servicios⁶. El Fiscal de Estado es un órgano institución que la Constitución configura y describe con los fines que ella misma determina, pudiendo actuar incluso **contra actos de los tres "poderes", siendo elemental que la legislación reglamentaria en manera alguna puede cercenar o desvirtuar la naturaleza jurídica del órgano en trato, su fin ni su independencia.**⁷ Por tanto, toda norma que imponga al Fiscal de Estado la defensa del Poder Ejecutivo es viciosa: aquél*

⁵ Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1915-1916, tomo II, pág. 504. El subrayado y cursiva me pertenece.

⁶ Artículos 180 y 151, Constitución de Mendoza.

⁷ Subrayado y negrita me pertenecen.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

debe defender la Constitución y 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), lo que puede resultar comprometido tanto por los particulares como por la gestión de los "poderes" públicos. Si por ejemplo, se demanda a la Provincia por la gestión del Poder Ejecutivo, por cierto que en el juicio respectivo el Fiscal es parte legítima, pero en manera alguna está obligado (como lo está el Asesor de Gobierno) a defender la actividad cuestionada del Ejecutivo si, "a ciencia y conciencia" del órgano individuo Fiscal la misma no ha sido conforme a derecho y contraría el interés fiscal; en tal hipótesis la actuación fiscal como parte se limitaría al contralor del proceso, interviniendo inclusive en eventuales transacciones y finiquitos, buscando siempre el cuidado de los intereses que la Constitución le asigna...

¹¹⁸.

7. Finalmente, es oportuno recordar además que los aspectos ahora sometidos a análisis han sido desarrollados por el suscripto poniendo de manifiesto la posición del órgano Fiscalía de Estado, su carácter de órgano de control extra poder constitucional y las problemáticas que devienen de la a veces deficiente regulación legislativa y reglamentaria⁹. La Fiscalía de Estado en la Provincia de Mendoza es un órgano constitucional extra poder, conforme surge claramente de su creación por el artículo 177 de nuestra Carta Magna, y de relevante rol institucional de control que allí se le otorga.¹⁰ Por ello es que el Decreto Acuerdo N° 669/15 estableció en su artículo 1° que el Fiscal de

⁸ SARMIENTO GARCIA, J. y BUSTELO, E., Código Procesal Administrativo de la Provincia de Mendoza Comentado, con desarrollos aplicables al proceso administrativo en general, Abeledo Perrot, 2013, Bs. As., págs. 63/4.

⁹ Este aspecto tiene especial relevancia cuando se observa que el abogado dictaminante pretende hacer valer el nomenclador contable en que se encuentra incorporada la Fiscalía de Estado, por sobre la previsión constitucional y la naturaleza del ente, entendiendo, en forma evidentemente errónea, que la misma es "centralizada". Ello, como elemento constitutivo de la "organización administrativa, importaría, por ejemplo, considerar que la Fiscalía de Estado depende jerárquicamente del Poder Ejecutivo. En el texto precedente se ha consignado que esta pretensión ha sido considerada por Ernesto Bustelo como "un grave error".

¹⁰ Se ha dicho en este sentido "El Fiscal de Estado es un órgano institución que la Constitución configura y describe con los fines que ella misma determina, pudiendo actuar incluso contra actos de los tres "poderes", siendo elemental que la legislación reglamentaria en manera alguna puede cercenar o desvirtuar la naturaleza jurídica del órgano en trato, su fin ni su independencia." SARMIENTO GARCIA, J. y BUSTELO, E., Código Procesal Administrativo de la Provincia de Mendoza Comentado, con desarrollos aplicables al proceso administrativo en general, Abeledo Perrot, 2013, Bs. As., págs. 62/7.



Estado, en su carácter constitucional de Jefe de la Administración de su jurisdicción, es el titular de las competencias que corresponden a la misma en virtud de la Ley N° 8706 y modificatoria así como también de sus normas reglamentarias, Decreto N° 2407/14, N° 450/15, N° 525/15, y normas complementarias o que las modifiquen o sustituyan en el futuro, cuyas limitaciones y restricciones no son aplicables a la Fiscalía de Estado. Asimismo el artículo 2° de la misma norma aclara que la Fiscalía de Estado no se encuentra alcanzada por las limitaciones impuestas por el Decreto Acuerdo N° 285/15¹¹ y normas complementarias o que lo modifiquen o sustituyan en el futuro, siendo el Fiscal de Estado competente para ejercer en su jurisdicción las facultades que en dicha norma se confieren al Poder Ejecutivo Provincial en el marco de su presupuesto vigente y cumplimentando las normas procedimentales aplicables en cada caso concreto.

En Mendoza, la Constitución Provincial de 1916 establece en sus arts. 177, 178, 179 y 180, la caracterización general de dos órganos diferenciados que ostentan, uno la representación del estado provincial en juicios donde es parte el mismo así como la actividad asesora del Poder Ejecutivo (Asesoría de Gobierno) y otro, que es parte necesaria en los procesos judiciales donde pueden afectarse intereses del fisco y que controla la legitimidad administrativa del accionar de la Administración Pública provincial (Fiscalía de Estado), previendo en ambos supuestos que sus órganos superiores de conducción, sean designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Honorable Senado (art. 178 de la C. provincial) y que su remoción se produzca conforme procedimiento establecido en los arts. 164, 165 y cctes. de la Constitución Provincial (jury de enjuiciamiento) –según el art. 180 del mismo instrumento. Esta acertada estructura se diferencia de la prevista en otros ordenamientos públicos provinciales, donde ambas funciones se encuentran confundidas en cabeza de un mismo órgano (vg. Art. 82 de la Constitución de Santa Fe, donde el Fiscal de Estado asume, en términos generales, las calidades y funciones

¹¹ Actualmente Decretos N° 65/16 y N° 2000/16



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

de Asesor de Gobierno –que no tiene recepción independiente en el texto constitucional- y Fiscal de Estado).

El funcionamiento en particular de la Fiscalía de Estado en la provincia de Mendoza, se materializa a través de normas infraconstitucionales (Decretos Leyes y reglamentos) tales como el Decreto Ley Nº 728, su modificatorio Nº 5722/56, Decreto Ley Nº 4418, Decreto Nº 2153/96 -31/12/96- y Resolución Nº 175/10 de Fiscalía de Estado (de creación de las diferentes Direcciones que trasuntan su accionar en los diferentes ámbitos), así como por las resoluciones del propio órgano de control que regulan aspectos relativos a su competencia específica (siendo quizás las más relevantes, las Resoluciones 3/90 y 1/91 y modificatorias).

En este marco constitucional y legal, su naturaleza jurídica de órgano extra poder, no está hoy en discusión (a pesar de su ubicación dentro del capítulo correspondiente al Poder Judicial). Ella ha sido admitida por la doctrina provincial (ver Jorge Sarmiento García, en "Notas sobre el proceso Administrativo", en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo", Año I, Nº 3, Octubre de 1988, pág. 42) y por la jurisprudencia de la S.C.J. Provincial (fallo en Expte.: 101289 "GONELLA SANTIAGO EN J 83.204/32.551 CASSAN ANA MARIA P.S.H. M. G.C. S.F. C/D.G.E. Y GOBIERNO DE LA PROV. DE MENDOZA P/D. Y P. S/INC. CAS.", de fecha 04/10/2011, ALA Nº 1). Si bien es cierto que respecto a la naturaleza jurídica de los denominados "órganos extra poderes"¹² o "constitucionales", no existe en la doctrina nacional coincidencia sobre su denominación, noción y elementos caracterizantes, sí es pacífica la opinión sobre la existencia de los mismos y algunas de sus características esenciales y distintivas¹³, que los

¹²Esta denominación la otorga expresamente el art. 43, inc. a) ap. 4 de la Ley Nº 3.918.

¹³Si bien el tratamiento de los aspectos referidos a los denominados "órganos extra poderes" en nuestro país, se ha visto agudizado por el reciente ciclo de reformas constitucionales, tanto en las Provincias como en la Nación, mediante los cuales se han incorporado nuevos organismos de esta naturaleza o auxiliares de alguno de los poderes del Estado, de neto tinte europeo, los que, al insertarse en nuestro sistema constitucional, de estricta división tripartita Montesquiana de los órganos del poder siguiendo el modelo americano, produciéndose algunos evidentes inconvenientes interpretativos acerca de su verdadera naturaleza jurídica y de su ubicación institucional.



diferencian diametralmente de las conceptualizaciones referidas a órganos centralizados, organismos descentralizados, autárquicos o empresas y sociedades del estado.

Así las cosas, se ha definido a los "órganos extra poder" de diferentes formas: Germán Bidart Campos¹⁴ ha entendido que "... además de los órganos que encabezan y componen a cada uno de los tres 'poderes' aparecen, a veces, otros órganos que no encajan en ninguno de los tres poderes citados" considerando que son aquellos que el derecho constitucional contemporáneo coloca al margen de los poderes tradicionales, aunque en relación con ellos¹⁵. Una segunda alternativa, reserva esta denominación para los órganos que pueden manejarse con independencia de criterio, es decir con autonomía funcional, aún cuando se encuentren en la órbita de alguno de los poderes tradicionales (en esta interpretación son extra poderes el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, los Jurados de Enjuiciamiento, la Auditoría General de la Nación -el ex Tribunal de Cuentas- y el Defensor del Pueblo, a nivel nacional y en la provincia de Mendoza, la Fiscalía de Estado y el Honorable Tribunal de Cuentas).

Néstor Sagüés estima que los órganos extra poderes son independientes, sin que ello signifique que sean soberanos e irresponsables¹⁶. Alberto Bianchi discrepa con los criterios que conciben a los órganos extra poderes separados e independientes de alguno de los tres poderes del Estado, admitiendo su existencia en la medida que se encuentren dentro de la órbita de la rama o departamento de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial¹⁷. Domingo Sesín, avanza en caracterizar los órganos extra poderes para diferenciarlos de los verdaderos poderes del Estado, intentando clarificar con la profundidad necesaria si atento a nuestra clara división tripartita de poderes puede existir un cuarto o quinto poder, citando a la más encumbrada doctrina

¹⁴BIDART CAMPOS, GERMAN, en "Derecho Constitucional del Poder", Ed. Ediar, 1967, ps. 129 y sgtes..

¹⁵ BIDART CAMPOS, GERMAN, en "El Derecho Constitucional del Poder", T. II, Ediar, Bs. As., págs. 146 y ss.

¹⁶ SAGÜÉS, Néstor, Carrera Fiscal, Tomo 106, pg. 983.

¹⁷BIANCHI, Alberto, "El Ministerio Público: un nuevo poder", en: ED, 21 de abril de 1995, p. 6.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

europea que se encarga de distinguir entre "órgano constitucional como poder del Estado" de una parte y "órgano de jerarquía constitucional"¹⁸ o "constitucionalmente garantizado"¹⁹ de otra parte. Diferencia así a los "órganos constitucionales" o de "poder" del estado, de los que denomina "órganos con jerarquía constitucional" (ya que no comparte ni siquiera la denominación de "órganos extra poderes") en tanto los primeros trasuntan voluntad primigenia del estado y los segundos no, pero reconociendo que éstos actúan "funcionalmente independiente" de aquellos²⁰.

En este marco conceptual, debe en consecuencia tenerse en consideración, como cuestión liminar, que la Fiscalía de Estado es un órgano externo con carácter "extrapoder" o "constitucional" y que su debida calificación debe ostentar rango constitucional, así como la determinación de sus caracteres esenciales.

En relación a sus competencias, conforme también la más autorizada doctrina provincial (se ha seguido también, en esta breve reseña al Dr. Jorge Sarmiento García, en "Notas sobre el proceso Administrativo" cit. ut. supra, pág. 42 y sgtes.), se ha reconocido que la Fiscalía de Estado ejerce en consecuencia, funciones propias del Ministerio Público (en tanto tiene por cometido la defensa del imperio de la ley, principalmente en el ámbito del derecho público –ver art. 177 de la C. Provincial cuando le otorga "personería para demandar ante la Suprema Corte de Justicia provincial y demás tribunales de la provincia la nulidad de toda ley, decreto, contrato o resolución contrarios a las prescripciones de esta Constitución..." y de Ministerio Fiscal (en cuanto tiene por cometido la defensa de los intereses del patrimonio estatal –ver el mismo art. 177, que considera que es el "encargado de defender el patrimonio del fisco, que será parte legítima en los juicios... en que se afecten intereses del estado", pudiendo demandar la nulidad de "toda ley,

¹⁸ SANDULLI, Aldo, "Manuale di Diritto Amministrativo", Nápoli, 1979, p. 9.

¹⁹ GIANNINI, Massimo, "Diritto Amministrativo", T. I., Milano, 1979, p. 87 y 156.

²⁰ SESIN, Domingo, en "Ubicación institucional del Ministerio Público y de los otros órganos con jerarquía constitucional. Una perspectiva diferente", 09/08/2006, Abeledo Perrot on line.



decreto, contrato o resolución... que en cualquier forma perjudiquen los intereses fiscales de la Provincia”, siendo también parte en los procesos que se formen ante el “Tribunal de Cuentas...” y de Asesoramiento jurídico del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia.

Estos lineamientos constitucionales delineados doctrinariamente, han tenido recepción expresa en la propia normativa emitida por la Fiscalía de Estado a los efectos de precisar algunos aspectos relativos a su competencia específica que se ejerce a través de las diferentes Direcciones (de Investigaciones Administrativas, de Asuntos Judiciales, de Asuntos Administrativos y Ambiental –Decreto Nº 2153/96 y Resolución F.E. Nº 175/10-), lo que se ve plasmado en las Resoluciones Nros. 3/90 (06/06/90) y especialmente, Nº 1/91 (22/06/91) en donde ha previsto que la misma ejerce funciones como Ministerio Público (protección del interés público y de los intereses colectivos) y del Ministerio Fiscal (defensa del patrimonio de la colectividad y del Estado) –arts. 177 de la Constitución Provincial, en concordancia con los arts. 8, 10, 47 y 48; Decretos Leyes 728 y 4418, Ley Nº5961 (arts. 20, 23 y 24) y Resoluciones Nros. 03/90, 01/91 y 204/14 de Fiscalía de Estado.

Sin embargo, las regulaciones establecidas a través de las leyes provinciales que establecen su competencia, pero en especial su organización (Decreto Ley Nº 728 y mod., y Decreto Ley Nº 4418), no siempre parecen plasmar los principios esenciales que hacen a la naturaleza de órgano extra poder antedicho, con rango constitucional, en especial atendiendo a su función de control de legitimidad de los actos estatales, toda vez que no se garantiza su independencia funcional, administrativa ni presupuestaria, dispensándose al mismo un trato análogo al de los órganos centralizados de la administración activa, para la designación de su personal (vg. Ley Nº 4418, art. 11) y para la fijación y manejo de su presupuesto (vg. a modo ejemplificativo, lo ocurrido con los Decretos Acuerdos Nros. 1/12 -03/01/12- y 868/12 -03/01/12-) lo que obviamente resulta un condicionante negativo



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

para el ejercicio de su complejo y extenso ámbito funcional, particularmente en lo referido al control de legitimidad del accionar administrativo.

8. Por último, corresponde señalar que la pretensión del letrado dictaminante, de diferenciar la naturaleza jurídica de la Fiscalía de Estado y del Honorable Tribunal de Cuentas, carece de vinculación con el objeto de la causa (como él mismo lo advirtiera), de todo fundamento serio y responde sólo al criterio personal del emisor de la opinión, respecto del cual no he verificado en la doctrina y jurisprudencia consultada (y citada en el presente y/o en los dictámenes y/o normas jurídicas a las cuales remito) disidencias al respecto. Dicho de otro modo, independientemente de las específicas funciones y competencias asignadas a la Fiscalía de Estado y al Honorable Tribunal de Cuentas, que obviamente son diferentes y se ejercen, en principio, incluso de distinta forma, en diferentes etapas procedimentales y con diversos efectos, ambos comparten sin cuestionamiento alguno, igual naturaleza jurídica (órgano extra poder), lo que deviene en el eje central de la posición sostenida en este dictamen y en los precedentes que sirven de sustento.

B) CUESTIONES RELATIVAS A LA PRODUCCION DEL DICTAMEN:

1. Se observa en este aspecto que, si bien el Director Jurídico ha citado las normas y antecedentes doctrinarios fundantes de la posición de la Fiscalía de Estado (en especial art. 177 de la C. Provincial, Decreto Nº 669/15, Ley Nº 8.897 -Ley especial y posterior en el tiempo a la Nº 8.833- y Dictamen del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia) no ha desarrollado crítica alguna respecto de su previsiones y las conclusiones a las que ha arribado en mérito a las mismas, en el dictamen emitido. Ello conduce a efectuar la primera crítica al simple acto emitido por el Dr. Riera, en tanto no cumplimenta los recaudos establecidos normativamente para la producción de los dictámenes, careciendo de sustento técnico adecuado en tanto no controvierte ni valora los diversos argumentos del anterior ni contiene doctrina



o jurisprudencia que lo funde, no respetando así la congruencia administrativa y no siendo sus argumentos más que una valoración personal, sin satisfacer así las condiciones mínimas que deben reunir este tipo de actos de la administración conforme las normas que rigen la materia (vg. arts. 3 y 4 del Decreto N° 3152/88, 4 del Decreto N° 665/75 -resultando de especial aplicación al caso concreto- y art. 3 del Decreto N° 2930/91²¹) ni cumplir con una buena técnica jurídica²².

2. Respecto de un tema medular como es la naturaleza jurídica de la Fiscalía de Estado y de su necesaria independencia, aspecto reflejado con claridad meridiana en el Decreto Acuerdo N° 669/15 y la Ley N° 8.897, doctrina y jurisprudencia reseñada en los mismos y en los dictámenes precedentes, el Sr. Director Jurídico del Ministerio de Hacienda y Finanzas no citó, en su oportunidad, la posición del máximo órgano de asesoramiento de la provincia de Mendoza (como era su obligación legal), lo que además de resultar esencial al objeto de la presente causa, podría importar una inconducta que en su oportunidad hubiera merecido analizar la eventual aplicación de sanciones al

²¹ Art. 3° Decreto N°3152/88: "El Asesor de Gobierno podrá devolver las actuaciones administrativas que se le remitan por los órganos de la Administración activa, cuando los dictámenes jurídicos no satisfagan las condiciones mínimas exigidas, en general, por una buena técnica jurídica, y en particular, por el artículo 4° del Decreto N° 665/75. Cuando las falencias de los actos de asesoramiento pudieran justificar la aplicación de sanciones disciplinarias, el Asesor de Gobierno podrá pedir las medidas que correspondan al órgano titular de las potestades jerárquicas y disciplinarias respecto del asesor responsable.

Art. 4° Dec. N° 3.152/88: "En los procedimientos administrativos en los que corresponda la intervención de Fiscalía de Estado, ésta tendrá las mismas facultades que los artículos precedentes reconocen a Asesoría de Gobierno, en relación con los servicios jurídicos dependientes de los organismos que intervengan en el trámite". Art. 4° Dec. Acuerdo N°665/75: "En los casos en que se planteen dudas, o en los que existan algunas legislativas o reglamentarias, o medie desconocimiento de la norma de aplicación, o se cuestione la correcta interpretación de la misma, deberá recabarse el dictamen de la asesoría letrada correspondiente, el que deberá contener la opinión concreta de aplicación al caso, con indicación de las normas legales que lo rigen, fundamento del criterio interpretativo sustentado, con referencia sucinta a las disposiciones legales, antecedentes y jurisprudenciales y/o doctrina jurídica en que se apoya. Art. 3° Dec. N°2930/91 "Los funcionarios autorizados para requerir dictamen del Asesor de Gobierno deberán verificar que en las actuaciones obren todos los antecedentes e informes técnicos necesarios o convenientes, previo a la remisión de éstas a Asesoría de Gobierno. En todos los casos se deberán adjuntar los dictámenes de las asesorías jurídicas de los organismos, a cuya área de funciones se vincule la materia a resolver. Esos dictámenes deberán contener la expresión circunstanciada y debidamente fundada de la opinión concreta que se haya formado el letrado firmemente en relación a las cuestiones de naturaleza jurídica sobre las que versa el caso planteado".

²² Art. 3: El Asesor de Gobierno podrá devolver las actuaciones administrativas que se le remitan por los órganos de la Administración activa, cuando los dictámenes jurídicos no satisfagan las condiciones mínimas exigidas, en general, por una buena técnica jurídica, y en particular, por el artículo 4° del Decreto N° 665/75. Cuando las falencias de los actos de asesoramiento pudieran justificar la aplicación de sanciones disciplinarias, el Asesor de Gobierno podrá pedir las medidas que correspondan al órgano titular de las potestades jerárquicas y disciplinarias respecto del asesor responsable.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

dictaminante, en base a lo dispuesto por el Decreto Acuerdo N° 1.784/96 en su artículo 1²³.

3. Cabe resaltar además que en los considerandos de la norma aludida se indica: *"Que la jefatura del cuerpo de Abogados del Estado, por parte de Asesoría de Gobierno se circunscribe a la Administración Central y órganos desconcentrados, pero no a los descentralizados; tal situación debe modificarse, a cuyo efecto se instruye por el presente Decreto a los órganos directivos de las entidades descentralizadas, con excepción de las descentralizaciones referidas en el art. 178 de la Constitución de Mendoza (Dirección General de Escuelas, Departamento General de Irrigación y Municipios), para que dicten las pertinentes resoluciones haciendo saber a sus respectivas asesorías letradas, que deberán someterse a la jefatura funcional del Sr. Asesor de Gobierno y en consecuencia, a la **obligatoriedad de la doctrina que surge de sus dictámenes**"²⁴.*

Se plantea así una situación que es potencialmente "grave" y debería ser puesta en conocimiento del Sr. Asesor de Gobierno, a fin de que tome conocimiento, por ser quien ejerce la Jefatura funcional prevista en los artículos 2° y 3° inc. c) del Decreto N° 803/53, en el ámbito estrictamente técnico-jurídico que describe el artículo 4° del Decreto N° 665/75, y de conformidad con lo establecido en el art. 1° y 3° del Decreto N° 3152/88.²⁵

IV. – En conclusión, en virtud de los argumentos vertidos en los párrafos precedentes, esta Dirección de Asuntos Administrativos, concluye ratificando el dictamen antecedente Nro. 846/16 agregado a estas actuaciones, así como los fundamentos dados en los dictámenes precedentes (Nros. 293/11 (28/03/11); 123/12 (28/02/12), 266/13 (06/03/13) y Dictamen conjunto de fecha 24/04/2015, ratificado a su vez por el Dictamen

²³ Art. 1°: (...) Los Jefes de las asesorías letradas, a su vez, tienen la responsabilidad de consulta previa a Asesoría de Gobierno, cuando el asunto llevado a dictamen sea de compleja resolución y de trascendencia para la Administración o pueda, en tales casos, dar lugar a reclamos o impugnaciones de los particulares.

²⁴ La negrita en todos los casos me pertenece.

²⁵ Posición que ha tomado esta Fiscalía en autos N° 5367-D-2016-05179, caratulados "ISCAMEN REF. RES. N° 126 F.E. ISCAMEN PRESENTA RECURSO DE REVOCATORIA" en resolución N° 9 de fecha 20 de enero de 2.016 de la FISCALÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

61

Nº 258/15 de la Asesoría de Gobierno, a los que se remite en mérito a la brevedad administrativa, considerando que la norma del art. 1 y ctes. del Decreto Nº 65/16 no resulta aplicable a la Fiscalía de Estado aun en la situación jurídica prevista por la Ley Nº 8.833 (emergencia), recomendando al Sr. Fiscal de Estado:

1. notifique el presente dictamen a la Contaduría General de la Provincia;
2. notifique el presente dictamen al Honorable Tribunal de Cuentas; y
3. tenga presente lo manifestado en el punto III. B) en cuanto considere corresponde.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado,
Mendoza, 21/12/16.
Dict. Nº 01208/16.

Mendoza, 21/12/16.

Compartiendo el suscripto el dictamen Nº01208/16 que antecede, REMITASE el mismo a conocimiento de la Contaduría General de la Provincia y del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

Dr. FERNANDO M. SIMON
FISCAL DE ESTADO
Provincia de Mendoza

