

LA REFORMA DE LA FISCALIA DE ESTADO EN LA CONSTITUCION PROVINCIAL¹

*Ezequiel Cánepa, Alberto Montbrun
Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Cuyo*

Ante la inminencia de una reforma constitucional, Mendoza se debe, entre otros, el debate respecto a los organismos de control de la actividad administrativa y económico-financiera del estado.

En este sentido, deseamos exponer algunos puntos que deberían ser reformulados en la configuración del órgano de control (a nuestro entender uno de los más extensivos e importantes del derecho público local), cuyo accionar se extiende desde la intervención de procesos administrativos sumariales de la administración hasta la presentación de acciones de inconstitucionalidad sobre actos, leyes, contratos que estén contra las prescripciones constitucionales, sin descuidar en momento alguno, la protección del erario.

Partiendo de la doctrina provincial, (Dra. Silvina M. Barón Knoll; *“La fiscalía de Estado frente a la Reforma Constitucional de Mendoza” RFC N° 35*) señala 5 aspectos que deben ser reformados: *la ubicación constitucional, la autonomía financiera, la subrogancia del FE, las facultades atribuidas y la designación y remoción del FE.*

En cuando al primer punto, respecto a la **ubicación constitucional**, a nuestro juicio, el problema que se plantea, dentro de la ingeniería constitucional actual, es el tratamiento conjunto que hace nuestra constitución del Fiscal de Estado y del Asesor de Gobierno, por lo que en la reforma constitucional debe, imperiosamente, deslindarse estos dos institutos, ubicando al Asesor de Gobierno dentro del ámbito del Poder Ejecutivo, y al Fiscal de Estado, dentro del ámbito de los órganos extrapoderes, extrayéndolo de la actual órbita del judicial.

No puede sostenerse, actualmente, un tratamiento conjunto de dos institutos cuando funcionalmente tienen competencias distintas.

En este sentido, es menester prever la creación, en el nuevo texto constitucional de una sección (en el caso de seguirse con el mismo esquema constitucional), exclusiva para los órganos extrapoderes [Tribunal de Cuentas, Fiscalía de Estado, Defensor del Pueblo]

No obstante ello, con la regulación actual (tanto constitucional como legal), se puede afirmar que, no obstante el defecto técnico de ubicación, efectivamente estamos ante un órgano extra poder.

A tal efecto, la Corte mendocina señaló en *“Partido Demócrata c/ gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Acción de Inconstitucionalidad”*: *“(…) la persona del Fiscal de Estado, cuya consagración constitucional surge del ya referenciado art. 177 permiten conceptualizar que se trata de un órgano extra poder, no siendo una persona jurídica,*

¹ Documento incorporado a las actuaciones N° 10961/2016.

careciendo de autarquía y patrimonio propio, cuya facultad específica es la defensa del patrimonio fiscal y ser guardián de la Constitución (...)”³

Respecto a la **autonomía financiera** la misma va unida, necesariamente, a la autonomía funcional.

Es necesaria tanto la independencia funcional (en relación al criterio expuesto anteriormente), como financiera, a través de la formulación de su propio presupuesto.

No obstante, si bien no hay previsión constitucional ni legal sobre esta facultad, la ley de Presupuesto N° 6.754, establece que la Fiscal de Estado cuenta con su propia partida en la ley de presupuesto.

La ausencia de cualquiera de los dos presupuestos importaría tener configurada una mera declaración de deseos en la institución del Fiscal de Estado, puesto que su accionar quedaría sometido a la voluntad del poder controlado.

En este sentido se expresa la Dra. Barón Knoll: *“(...) Para su gestión, la Fiscalía de Estado no debe depender económicamente del poder administrador, pues existe el riesgo siempre latente que éste pueda (¿o quiera?) cercenar su actuación, impidiéndole –por mezquinos intereses- el cumplimiento pleno y acabado de su función (...)*

En cuanto a la **subrogancia del Fiscal de Estado**, la regulación constitucional guarda silencio. Hasta el año 1999, por vía del artículo 12 de la Ley 728 la subrogancia, estaba a cargo del Asesor de gobierno. Dicha solución importó, a nuestro juicio, un contra sentido lógico, puesto que ante la ausencia del Fiscal de Estado, el reemplazo estaba a cargo del Asesor de Gobierno, encontrándose éste en situación de incompatibilidad funcional al titularizar una doble función: la de demandar y la de defender al PE al mismo tiempo.

Luego de la sanción de la Ley 6.716, que modificó el artículo mencionado, el Fiscal Adjunto de investigaciones Administrativas es quien tiene a su cargo dicha función. No obstante, el artículo 12 bis de la Ley 728 señala que, no obstante ser el remplazante legal, no podrá realizar las funciones previstas en el artículo 6 de la Ley No 4.418, que supone la imposibilidad de ejercicio de las facultades que otorga el artículo 5 en los incisos **b** [*“Cuando estimare que la ejecución, continuación o consecuencias de los actos o hechos sometidos a su investigación pudieran causar un perjuicio grave o irreparable para el Estado, solicitar la suspensión al Poder Ejecutivo”*]; **c** [*“disponer la detención e incomunicación de los presuntos responsables por medio de las autoridades respectivas, cuando en el curso de una investigación estableciera ‘prima facie’ la comisión de un delito, en cuyo caso deberá de inmediato, poner los hechos en conocimiento del juez competentes y los detenidos a su disposición*]; **g** [*“informar al Poder Ejecutivo, cuando estimare que la permanencia en funciones de un ministros o funcionario con jerarquía equivalente pueda obstaculizar gravemente la investigación, para que determine las acciones a adoptar. Cuando se tratare de funcionarios de jerarquía inferior a los mencionados precedentemente, podrá solicitar su suspensión al ministro respectivo o autoridad de quien dependan, quedando subsistente la posibilidad de reiterar este requerimiento hasta el poder ejecutivo”*], salvo que la subrogancia sea superior a noventa días hábiles, plazo en el cual podrá el subrogante ejercer dichas funciones previa autorización del Honorable Senado.

El interrogante que se plantea es... ¿qué pasa si el Honorable Senado no autoriza al subrogante a realizar las funciones vedadas por la ley para el supuesto de su ejercicio en

subrogancia?

Esta modificación, al decir de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, corroboró y afirmó la importancia y necesidad de la independencia del Fiscal de Estado del poder político. (*“Partido Demócrata c/ gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Acción de Inconstitucionalidad”*)”

No obstante, aún con ésta previsión legal, por vía reglamentaria o constitucional debe preverse que ante situación de acefalía, la subrogancia del Fiscal de Estado, a mi juicio recaiga en un tercer funcionario distinto del titular y de la Fiscal Adjunto de Investigaciones Administrativas (F.A.I.A), para que sea quien eventualmente subroge ante la ausencia de algunos de los dos.

Este funcionario, deberá ser designado por la misma metodología, con las mismas incompatibilidades e inmunidades que el Fiscal de Estado o el Fiscal Adjunto de Investigaciones Administrativas y removido por las mismas causales y procedimiento. Durante el período en el que no deba ejercer funciones, será considerado como un integrante más del órgano, ejerciendo, además las funciones que le deleguen el Fiscal de Estado o el Fiscal Adjunto de Investigaciones Administrativas.

En cuanto a las *facultades atribuidas*, coincidimos con la Dra. Barón Knoll, en cuanto a que es necesario que las dos grandes funciones asignadas por las leyes N° 4.418 y 5.961 (ombudsman ambiental e investigaciones administrativas), sean constitucionalizadas a los efectos que, amén de las funciones constitucionalmente asignadas, queden insertas en el texto constitucional aquellas otorgadas por vía legislativa para evitar un posible simple cambio legislativo que prive al Fiscal de Estado de estas atribuciones.

Por otro lado, es necesario, además, una modificación de todo el régimen legal de la Fiscalía de Estado, a los efectos de sistematizar la generalidad de las funciones del instituto en análisis.

A tal efecto, por vía legislativa deben señalarse la función de representación de la provincia ante demandas, la intervención en el proceso universal de herencia vacante (aunque le asigne competencia a la Dirección General de Escuelas; a mi juicio debería tomar conocimiento en virtud de que son bienes que se incorpora al patrimonio del Estado Provincial); la función disciplinaria, la formulación de presupuesto, la participación (en virtud del estado en el expediente) en los procesos administrativos.

Por otra parte, debe modificarse, además, el sistema de designación de empleados, debiendo los mismos ingresar por medio de concursos públicos y evitar la discrecionalidad del Fiscal de Estado a la hora de los ingresos o remociones del personal. Los funcionarios superiores de las Direcciones que funcionan en el ámbito de la Fiscalía de Estado, deberían ser funcionarios de carrera dentro de la fiscalía, y ascender conforme concurso. La designación debería estar, luego del concurso, a cargo del Fiscal de Estado.

Además, sería interesante la previsibilidad de otras funciones que se observan en el derecho público provincial.

Creemos conveniente que Fiscalía de Estado, sea el órgano de aplicación de una ley que establezca la obligatoriedad de la presentación de declaraciones juradas para los funcionarios públicos provinciales. El motivo radica en la fuerte función de control de los intereses del Estado Provincial que tiene el órgano, lo que le importa, además, el control

cruzado con Honorable Tribunal de Cuentas en cuanto a la administración de caudales públicos.

En este sentido, es interesante el proyecto de ley tratado en la Cámara de Senadores de la Provincia, bajo el Expediente N° 57.923

En dicho proyecto, la senadora Fernández de Merino, impulsó la creación, en el ámbito de la Fiscalía de Estado, del registro de declaraciones juradas patrimoniales de funcionarios públicos.

A tal efecto, el proyecto preveía que este registro tenía por objeto la inscripción y custodia de declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios que describía en el artículo 2, debiéndolas presentar en el momento de vigencia de la ley propuesta, desde la notificación del acto o decreto por el cual se designa en el cargo, su promoción o asignación de funciones y al momento de cesación en la función.

Si bien establece potestad disciplinaria al Fiscal de Estado ante el incumplimiento de la presentación de las declaraciones juradas, el problema del proyecto, a mi juicio, es que el registro tenía una función meramente formal. No se desprende de la ley la facultad de contralor de las declaraciones juradas presentadas, que sí debería tener este registro dependiente de Fiscalía de Estado, llegando incluso a tener la facultad de iniciar las acciones penales que se desprendieran ante las inconsistencias o incrementos patrimoniales injustificados en el ejercicio de la función pública.

Con dicha facultad, se completaría mucho mejor la función de control de los intereses del Estado, no sólo en su patrimonio, sino también en la legalidad de la actuación de sus funcionarios.

Es menester, además, modificar la peligrosa e inconstitucional función del Fiscal de Estado de proceder a la detención e incomunicación de personas: (Artículo 5 inc. C de la Ley No 4.418: *“Disponer la detención e incomunicación de los presuntos responsables por medio de las autoridades respectivas, cuando en el curso de una investigación se estableciera “prima-facie” la comisión de un delito, en cuyo caso deberá, de inmediato, poner los hechos en conocimiento del Juez competente y los detenidos a su disposición”*) puesto que dicha facultad subvierte los principios constitucionales de “autoridad competente” y los principios procesales imperantes en la provincia.

Respecto a la **designación y remoción** del FE, la metodología de designación actual nos parece correcta, pero consideramos necesario que, previo al acto (complejo) de designación la cámara debería solicitar a título obligatorio y vinculante informes a la S.C.J Mza y al Comité de Ética del Colegio de Abogados, para la verificación de la existencia o no de causas criminales o sanciones disciplinarias contra el funcionario propuesto.

La sola existencia de causas criminales o sanciones disciplinarias pendientes serían causales más que suficientes, a nuestro juicio, para la desestimación in limine del pliego.

En relación con la propuesta analizada, consideramos que la propia Legislatura debe solicitar los informes al Colegio de Abogados y a la Corte, como señalamos ut supra.

Respecto a esta última previsión, el problema que se generaría, (amén de no ser muy claro cuando señala “circunstancias”, dejando un amplio margen de discrecionalidad que no debería existir) es que establece un prolongado sistema de publicitación puesto que, una vez remitido el pliego del candidato para designar, el Honorable Senado de la

Provincia (conf. art. 11) procedería a realizar una audiencia pública antes de pronunciarse.

Por otra parte, debe preverse constitucionalmente el proceso de designación del Fiscal Adjunto (y del subrogante), puesto que conforme regla el artículo 4 de la Ley No 4.418, es designado por el Fiscal de Estado “(...) *a los efectos de sustanciar las investigaciones que resolviera no efectuar personalmente (...)*”; siendo la designación potestativa del Fiscal de Estado, la remoción del F.A.I.A, será también potestativa.

Respecto a la **remoción**, al ser el Fiscal de Estado, el Fiscal Adjunto de Investigaciones Administrativas (y el Fiscal Subrogante, conforme la necesidad de su previsión), equiparables a un ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, expresamente debería incoarse el procedimiento de Juicio Político regulado en los artículos 109 y 110 CP.

La regulación actual señala en el artículo 180 el sometimiento al instituto del artículo 164, que regula el procedimiento de Jury de Enjuiciamiento.

En este sentido, la constitución mendocina cae, a nuestro entender, en un error de regulación: el artículo 179 CP señala que se requiere las mismas condiciones para ser ministro de la Suprema Corte (art. 151), pero también el artículo 180 se expresa, en cuanto a la designación, en las mismas disposiciones del artículo 150 (Poder ejecutivo con acuerdo del Senado); por imperio del artículo 163, los ministros de la S.C.J están sometidos al procedimiento de enjuiciamiento del gobernador (art. 109), verbigracia, Juicio Político.

Por consiguiente si, el art. 179 al equiparar al Fiscal de Estado a los ministros de la Corte, el artículo 180 al equiparar el proceso de designación, es lógica la equiparación de remoción conforme al artículo 163 y no al artículo 164 tal como reza el artículo 180; verbigracia, debería incoarse el procedimiento de Juicio Político e incorporarlos en las previsiones de funcionarios sometidos a Juicio Político de los artículos 109, 163 y 172 de la constitución mendocina.

En el sentido expresado, el proyecto presentado por Julián Barraquero en la Convención Constituyente de 1916, en el artículo 186, preveía expresamente la metodología del Juicio Político. No obstante, la comisión redactora de la Convención, al analizar y presentar ante la Convención el proyecto, modificó esta regulación estipulando la regulación actual.

El informe que brinda la Comisión Redactora, no da argumentos sobre la modificación efectuada al proyecto original.

Finalmente, creemos que Mendoza, debería plantear en este tema (además de los puntos expuestos ut supra), un debate sobre la **duración** de las funciones del Fiscal de Estado [propagables al Fiscal Adjunto y al Fiscal Subrogante]. Actualmente, la disposición constitucional dispone la duración en el ejercicio del cargo mientras se observase su buena conducta.

El derecho público argentino, nos enseña algunas disposiciones constitucionales que han compatibilizado la temporalidad del ejercicio de las funciones importantes del estado con el principio republicano de periodicidad de las funciones. En aras de la legitimidad democrática no puede seguir pensándose hoy en funcionarios que desempeñen un cargo

durante una gran extensión temporal.

En este sentido algunas constituciones provinciales señalan que el Fiscal de Estado dura en su cargo, mientras dure el gobernador que lo designó o su remplazante (Chubut: Art. 216; La Pampa: Art. 102; Río Negro: Art. 193 (con posibilidad de reelección) Salta (artículo 149 y 3 Ley Reglamentaria), Santa Fe: Art. 82 (con posibilidad de reelección).

Por otra parte, las constituciones de las provincias de La Rioja: Art. 160; San Luis: Art. 236; Jujuy: Art. 169 y Santiago del Estero: Art. 169 (con posibilidad de reelección), establecen una duración expresamente del FE de cuatro años; Tucumán, en cambio, por medio del artículo 4 (LR), le otorga una extensión temporal de duración de 6 años, guardando silencio la ley sobre la posibilidad o no de su reelección.

Creo que Mendoza, debería seguir el ejemplo republicano de las provincias mencionadas, y debería propender a una limitación del mandato del Fiscal de Estado.

El modelo, a nuestro juicio, que más protegería la independencia y la correcta actuación en defensa de los intereses provinciales, sería aquella duración que excediera el mandato del gobernador, por lo que 6 años (siguiendo con la lógica regulativa de otros funcionarios constitucionales [Director General de Escuelas; Superintendente General de Irrigación]), pudiendo, no obstante, regular la constitución la posibilidad de una nueva designación por única vez.

Así las cosas, tal vez la Fiscalía de Estado es, a nuestro juicio, uno de los órganos extra-poderes más importantes en el derecho público provincial. El Fiscal de Estado, devendría a configurarse como el protector de la legalidad constitucional de toda la administración pública provincial. En términos del máximo tribunal provincial: “(...) *este Tribunal, otorgándole el rol de "guardián de la Constitución (...)"*[Autos N° 72.575; mismo criterio ha mantenido pacíficamente en Fallos 126-77; 137-362; 155-499.]

La importancia y la omnicomprensión de su actuación en casi todos los procesos jurídicos e institucionales de la Provincia, le otorgan al órgano un rol fundamental en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, es anhelable que en cara de una reforma constitucional Mendoza, nuevamente esté en la vanguardia constitucional, especialmente en el área de control de la actividad estatal, en resguardo del patrimonio público y la legalidad en clara protección de los intereses de la sociedad mendocina.