

LA INTERVENCIÓN DEL PROCURADOR GENERAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Por Dr. *Tristán Gómez Zavaglia*¹

El presente artículo se publica con la autorización expresa de su autor, y se encuentra originalmente publicado en Revista de Derecho Público, 2019-2 “25 años de la reforma constitucional de 1994”; págs. 411/435, Editorial Rubinzal-Culzoni.

SUMARIO

I. Las bodas de plata de la reforma constitucional	01
II. Breve historia constitucional	02
III. El texto de 1853	04
IV. La reforma constitucional de 1994	06
V. Reglamentación legislativa	09
VI. Funciones y principios generales de actuación ante la Corte Suprema	11
VII. Intervención del Procurador General en instancia originaria	12
VIII. Intervención del Procurador en instancia apelada	14
IV. Casos de gravedad institucional	15
X. Conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos	18
XI. Acceso a la justicia para personas en situación de vulnerabilidad	20
XII. Conflictos de competencia	22
XIII. El respeto a los precedentes de la Corte y la actuación no vinculante del Procurador	23
XIV. Imposibilidad de recusar a los miembros del Ministerio Público	24
XV. Planteos de nulidad al dictamen del Procurador General	25
XVI. A modo de disparador reflexivo	26

I. LAS BODAS DE PLATA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En estos días² estamos celebrando con mucho orgullo las bodas de plata de la

1. Tristán Gómez Zavaglia, Doctor en Derecho, Especialista en Derecho Constitucional, Especialista en Asesoramiento Jurídico de Empresas, Profesor Adjunto de Derecho Procesal Constitucional, autor y coautor de diversas publicaciones en la materia en el país y en el extranjero; funcionario CSJN desde 1992.

2. febrero de 2019.

última reforma de nuestra Constitución Nacional. Sin lugar a dudas, durante estos años pudimos apreciar el funcionamiento de las sustanciales reformas introducidas en el texto de 1853/1860 y establecer cuáles fueron los institutos que han cosechado buenos frutos y aquellos que a pesar de haber sembrado buenas semillas, la cosecha no fue la esperada.

El constituyente de 1994 concretó una reforma amplia, coherente, necesaria (y hasta ansiada) por la sociedad que trajo consigo una interesante y fructífera ampliación de derechos y garantías. Se incorporaron nuevos órganos que pudieron alcanzar status constitucional a partir del logro de los consensos necesarios entre las distintas fuerzas que representaban a todo el arco político durante este acontecimiento institucional superlativo.

Dentro de este fértil campo, estos derechos y garantías también se enriquecieron de manera inconmensurable al ser equiparados a ciertos tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22). En esta misma sintonía, se puso en cabeza del Estado la adopción de medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato de los derechos reconocidos por la Constitución y los aludidos tratados de derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos, y las personas con discapacidad (75 inc. 23).

Entre los nuevos órganos constitucionales la reforma incorporó a la Auditoría General de la Nación (art. 85); al Defensor del Pueblo (art. 86); al Jefe de Gabinete de Ministros (arts. 100 a 107); al Consejo de la Magistratura (art. 114) y reincorporó -luego de 134 años de ausencia en el Texto Supremo- al Ministerio Público (art. 120).

Este último órgano, ya consolidado en nuestra Ley Fundamental, es el fruto de un extenso recorrido a lo largo de nuestra historia constitucional que resulta prudente detallar en la primera parte de este trabajo.

II. BREVE HISTORIA CONSTITUCIONAL

En 1819, el mismo Congreso que tres años antes había declarado la independencia en Tucumán, se instaló en Buenos Aires y comenzó a trabajar en la elaboración de un texto constitucional. La comisión que tenía a cargo la elaboración y

presentación del proyecto estaba integrada por José María Serrano, Diego Estanislao Zavaleta, Teodoro Sánchez de Bustamante, Juan José Paso y Antonio Sáenz, quienes realizaron un exhaustivo estudio de las constituciones de Estados Unidos, Francia y la española de 1812.³

Esta Constitución unitaria entró en vigencia el 25 de mayo de 1819 y el primero en jurarla fue Manuel Belgrano frente a su ejército, pese a no compartir varios de sus postulados.⁴ Las provincias rechazaron este documento por su fuerte carácter centralista, se sublevaron contra el Directorio y resultaron victoriosas en la Batalla de Cepeda (1/2/1820).

Como consecuencia de ello se produjo la caída del Director Supremo José Rondeau, a partir de allí se disolvió el Congreso y comenzó un período de caos institucional.

En la sección IV, capítulo único, relativo al Poder Judicial de la Nación el art. XCII de este texto disponía que una alta Corte de Justicia, compuesta de siete jueces y dos fiscales, ejercerían el Supremo Poder Judicial del Estado.

A fines de 1824 -durante el gobierno de Juan Gregorio de Las Heras- el Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, bajo la presidencia de Manuel Antonio Castro, inició las sesiones para discutir la posibilidad de redactar una nueva Constitución; que fue sancionada formalmente el 24 de diciembre de 1826.⁵

La influencia del pensamiento de Benjamín Constant -a partir de su obra "Principios de Política (1818)- y la influencia de las ideas políticas europeas (Poder Judicial como poder moderador) introducidas en el movimiento rioplatense de la época fueron una pieza clave para llevar adelante esta reforma.⁶

3. Bartolomé Mitre, Obras Completas, Volumen VIII, Edición del Congreso de la Nación, 1941, págs. 245/246.-

4. "Esta Constitución y la forma de gobierno adoptada por ella, no es en mi opinión la que conviene al país; pero habiéndola sancionado el Soberano Congreso Constituyente, será el primero en obedecerla y hacerla obedecer"; Memorias póstumas del General José María Paz, Buenos Aires, Editorial Emecé, tomo I, págs. y 331.

5. Ravnigani, Emilio; "Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación"; Instituto de investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras", 1ra edición 1937, págs.1168/1175.

6. Constant, Benjamín; "Principios de Política", Ed. Americalee, 1943, pág. 176/188.

En efecto, la Constitución de 1826 mantuvo la misma base que su antecesora, al establecer que una alta Corte de Justicia compuesta de nueve jueces y dos fiscales ejercerá el supremo Poder Judicial (art. 111). Este texto tuvo un muy breve lapso de duración; sin embargo, más allá de aspectos temporales su aporte genera controversias hasta nuestros días.

Las causas que provocaron el fracaso de la Constitución de 1826 fueron explicadas por Juan Bautista Alberdi del siguiente modo:

“La unidad pura, vino a chocar con los poderes locales que le dieron nacimiento, principalmente el de Buenos Aires, los cuales llegado el momento, se negaron a desaparecer y dejar todas las decisiones en manos de un poder central. En medio de una guerra civil en Argentina se sanciona una Constitución extremadamente unitaria que es rechazada por las provincias que se negaban a ceder sus autonomías y poderes locales al gobierno centralista y unitario que proponía la Ciudad de Buenos Aires”.⁷

Por su parte Alberto Bianchi destacó que el aludido texto fue el fruto de un prolijo trabajo en lo académico pero débil en lo político al señalar que “...probablemente ninguna Constitución anterior y posterior ha logrado la perfección técnica de ésta, que sólo regiría formalmente hasta el mes de julio del año siguiente. Casi tres años de congreso constituyente habían dado un fruto que estaba muerto antes de nacer”.⁸

III. EL TEXTO DE 1853

La Constitución Nacional, en su versión inaugural de 1853 contempló expresamente que el Poder Judicial de la Confederación sería “...ejercido por una corte suprema de justicia, compuesta por nueve jueces y dos fiscales, que residirá en Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación” (art. 91, texto de 1853).

7. Alberdi, Juan Bautista; “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, págs. 21/27.

8. Bianchi, Alberto B.; “Historia de la Formación Constitucional Argentina (1810-1860)”, Ed. Lexis Nexis, 2007, pág. 117.

El debate acerca del Poder Judicial tuvo una breve deliberación en el Congreso General Constituyente de 1853, en el que el miembro informante de la comisión, doctor José Benjamín Gorostiaga, declaró que el sistema federal era la base obligatoria de la Constitución y que por lo tanto debía respetarse la soberanía e independencia de las provincias cuidándose mucho de que el poder central, ya Legislativo, Ejecutivo o Judicial, no invadiese los respectivos poderes de las provincias y fuese aplicado a casos inoportunos. De esta manera señalaba el cuidado con que debían actuar los poderes centrales, y especialmente la Corte Suprema de Justicia, para no penetrar en las jurisdicciones para las que no habían sido creados.

Ésta fue la única referencia que se encuentra en los debates con respecto al tema que abordamos; además de una moción del convencional Zenteno proponiendo en la misma sesión que se incluyeran entre las causas que debían ser juzgadas por los tribunales federales aquellas que se suscitasen entre el gobernador de una provincia y un ciudadano de ella, indicación que no prosperó.⁹

El 26 de agosto de 1854 -en uno de los primeros actos de gobierno- el presidente Justo José de Urquiza nombró a los nueve jueces de la Corte Suprema y designó como Fiscales a Ramón Ferreira y a Pío José Tedín, éste último reconocido miembro de la generación del 37.

El decreto del nombramiento contenía una segunda opción, al indicar que de no lograrse la presencia de los jueces designados, se establecería en su lugar “una Cámara de Justicia integrada por tres jueces y un fiscal”, cuestión que dejaba entrever las escasas chances que tenía la efectiva constitución del máximo Tribunal de la República.

En efecto, la Corte no logró constituirse y en su lugar Urquiza estableció por decreto del 27 de octubre de 1854, una Cámara de Justicia provisoria que debía actuar como tribunal supremo. En esta segunda ocasión fue nombrado como fiscal interino Pedro Lucas Funes, quien posteriormente ocupó el cargo de ministro de Justicia e Instrucción Pública (1858-1860), además de haberse

9. Pérez, Felipe S. “Tratado sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Ideas, Buenos Aires, 1941, pág. 44.

desempeñado en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto durante dieciséis días en el mes de abril de 1859.

En septiembre de 1860, la Convención Nacional ad hoc aprobó las reformas propuestas por Buenos Aires, las que quedaron incorporadas a la Constitución Nacional. El presidente Derqui promulgó el nuevo texto constitucional y el gobernador de Buenos Aires, Bartolomé Mitre, lo mandó a jurar en octubre de 1861.¹⁰ El 30 de octubre de 1860 el primer mandatario -Santiago Derqui-, teniendo en cuenta la reforma constitucional, propuso dejar librado a una ley el número de jueces de la Corte.

En definitiva, la reforma de 1860 eliminó la referencia a la cantidad de miembros del alto Tribunal y la mención expresa al Ministerio Público, perdiendo éste último desde allí el rango constitucional que le había sido conferido, sin embargo diversas normas continuaron con ese mismo soporte justificativo.¹¹

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

En la Convención Constituyente participaron 305 convencionales cuya representación quedó plasmada de la siguiente forma: a) Partido Justicialista (137); b) UCR (74); c) Frente Grande (31); d) MODIN (21); e) Fuerza Republicana (7); f) Pacto Autonomista Liberal (5); g) UCD (4); h) Partido Demócrata de Mendoza (4); i) Alianza Unidad Socialista (3); j) Partido Demócrata Progresista (3); k) Frente Renovador de Salta (3); l) Cruzada Renovadora (3); m) Movimiento Popular Fueguino (3); n) Acción Chaqueña (2); o) Movimiento Popular Jujeño (2); p) Movimiento Popular Neuquino (2) y q) Partido Bloquista (1). Ciento treinta y cuatro años después, la ley de declaración de la necesidad de reforma de la Constitución Nacional, sancionada y promulgada el 29 de diciembre de 1993, postuló nuevamente la incorporación del Ministerio Público como órgano extrapoder (ley 24.309, art. 3º “G”).

¹⁰. Santiago Alfonso (h) (dir.) “Historia de la Corte Suprema Argentina”, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, págs. 36/39.

¹¹. La ley de Organización de la Justicia Nacional -nro. 27 (art. 6º)-contempló en 1862 que “la Justicia Nacional se ejercerá por medio de una Corte Suprema de Justicia, compuesta de cinco Ministros y un Procurador General”. Las sucesivas leyes confirmaron esta tesitura: 1) el art. 123 de la ley 1893 (2/11/1886), estableció que “el Fiscal de las Cámaras será nombrado y removido con las mismas formalidades que los vocales de éstas”; 2) el art. 13 de la ley 4055 (8/1/1902) dispuso que “las condiciones para ser miembros de las Cámaras Federales de Apelación y Procurador Fiscal de las mismas, y para su nombramiento serán las que se requieren para ser miembros de la Suprema Corte”; y 3) el artículo 21 del dec. ley 1285/58, de acuerdo a las previsiones de la ley 15.464 (29/9/1960).

La comisión que trató el tema del Ministerio Público estuvo integrada por los convencionales constituyentes Arias, Bava, Bello, Bercoff, Berhongaray, Biazzi, Carrió, Corach, De Sanctis, Díaz, Echenique, Figueroa, García Lema, González, Hernández, Hitters, Ibarra, Kent de Saadi, Masnata, Maqueda, Muruzábal, Paixao, Pettigiani, Quiroga Lavié, Romero, Schiavoni, Spina y Yoma.

El dictamen de la mayoría fue informado por el convencional por la provincia de Buenos Aires (Partido Justicialista), el ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Héctor Masnatta (1973-1976).

Una de las cuestiones que suscitó un profundo debate fue el tema de la ubicación institucional del Ministerio Público. En efecto, el citado convencional con apoyo en la labor desarrollada por Jorge de la Rúa, destacó que desde la perspectiva histórica este instituto surgió con caracteres definidos en el Estado absolutista y nació como protector de la hacienda real. Luego, dentro del sistema de monarquía también siguió defendiendo el interés general.

En tal sentido, el rey no sólo tenía que custodiar su hacienda y su patrimonio sino que debía defender a los pobres, a los ausentes y a los incapaces. Cuando llega la República, el carácter democrático del Estado, se la ubica por distintas razones dentro de la órbita del Poder Ejecutivo. Pero en el desarrollo ulterior de la institución, el derecho procesal enfatiza fundamentalmente la defensa de los intereses públicos por sobre el fisco.

De esta manera se erige más bien como acusador independiente para que se asegure así la defensa del justiciable y a partir de allí se produce un corrimiento hacia la órbita del Poder Judicial.

Estos debates ya habían tenido lugar en la academia varios años antes de la reforma constitucional, en el cual se discutió si la posición institucional que le correspondía a este órgano era dentro de la órbita del Poder Judicial, del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o bien si cabía ubicarlo como órgano extrapoder.¹²

12. Ver Vanossi, Jorge R. "El ministerio de Justicia y el Poder Judicial", separata de la "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1965-I-II, pág. 85 y Bianchi, Alberto B. "La conveniencia de que el Ministerio Público sea un órgano del Poder Judicial"; E.D., tomo 106, 1984, Buenos Aires, págs. 845/850.

El dictamen de la mayoría hizo hincapié en la necesidad de “jerarquizar al ministerio público ubicándolo como órgano extrapoder”, estableciendo específicamente sus funciones e integración al articulado de la Ley Fundamental.¹³ En lo que se refiere concretamente a nuestro trabajo debemos hacer hincapié en que la Convención consideró que el deber de promover la actuación de la justicia se refiere a asegurar la permanencia del servicio de justicia que además debe defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

En efecto, aunque en definitiva el dictamen lo omitió en la Comisión existió consenso al señalar que el Ministerio Público debería tutelar la ética pública y atacar las manifestaciones delictivas que ponen en entredicho la credibilidad del sistema democrático, como por ejemplo todas las actividades que como el lavado de activos, el tráfico de drogas, la simulación fiscal y los procesos de licitación cuestionables producen en el cuerpo social un descrédito o desmérito con respecto al valor de la justicia y a la eficacia de su funcionamiento.¹⁴

Por su parte, el convencional Nuñez manifestó el interés de especificar que las competencias serían ejercidas con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad y unidad de actuación; que el órgano estaría estructurado jerárquicamente; y que los integrantes en nivel de grado del Ministerio Público iban a ser ejecutores. Es decir, iban a ser quienes implementen las políticas de persecución que delinearía el titular del organismo.

En este sentido, entendió que la única política penal que puede regir es la que surja del Código Penal; que ningún integrante del Ministerio Público puede estar sujeto a una instrucción que no sea aquella de superintendencia, pues eso es precisamente lo que le puede dar absoluta independencia de criterio; que no es posible que un órgano estructurado jerárquicamente limite las capacidades de los agentes fiscales.¹⁵

El convencional Pose hizo hincapié en que el pilar de la imparcialidad debe ser

13. Convención Nacional Constituyente, Santa Fe-Paraná, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria 19/8/1994. Informe del despacho de la mayoría, págs. 4671 y ss; intervención de los convencionales Masnatta, Nuñez (Buenos Aires), Pose (Mendoza), Achem (San Juan), Alegre (Corrientes), Ibarra (Capital), De la Rúa (Córdoba).

14. Intervención del convencional Masnatta.

15. Intervención del convencional Nuñez.

la independencia y en tal sentido resaltó que un órgano extrapoder siempre va a encontrarse frente a los otros tres poderes, especialmente frente al Poder Ejecutivo, en inferioridad de condiciones. En consecuencia, señaló que la ubicación del Ministerio Público como órgano extrapoder “responde a una moda”, pero el interés general exige que se respete la naturaleza de la institución y se ubique institucionalmente donde corresponde: a su entender en la órbita del Poder Judicial, siguiendo la postura de la doctrina mayoritaria y las experiencias del derecho público provincial.

Finalmente la Convención Nacional Constituyente (dictamen N 17, sobre inciso “G” del art. 3º de la ley 24.309; orden del día 13), aprobó el siguiente texto a partir del cual ciento treinta y cuatro años después el Ministerio Público volvió a la Constitución Nacional como órgano extrapoder:

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

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

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad en sus remuneraciones.

V. REGLAMENTACIÓN LEGISLATIVA

El Ministerio Público es un órgano bicéfalo cuyas máximas autoridades son el Defensor General y el Procurador General de la Nación. Luego de la reforma, la primera ley orgánica de Ministerio Público tardó alrededor de cuatro años en ser sancionada (ley 24.946; 18/3/1998) y tal vez su técnica legislativa de regular conjuntamente al Ministerio Público Fiscal (arts. 33 a 50) y al Ministerio Público de la Defensa (arts. 51 a 65) no haya sido del todo acertada.¹⁶

16. Cuatro años antes de la reforma constitucional fue dictada la ley 23.774 (B.O.11/4/1990) -que amplió la cantidad de miembros de la Corte a 9-, en cuyo art. 1º dispuso que “ante” ella actuarán el procurador general de

Esta norma rigió durante un largo período (1998-2015), hasta que se optó por una regulación separada (B.O 18/6/2015, leyes 27.148 y 27.149 ministerio público fiscal y ministerio público de la defensa respectivamente), que aportó una mayor claridad y especificidad.

En lo relativo a nuestro estudio debemos mencionar que la nueva ley establece una misión general amplia y de textura abierta al indicar que “el Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes” (art. 1º, ley 27.148, cit.).

La autonomía funcional y la independencia de este órgano -como ya lo indicamos- ha sido fruto de intensos debates en la convención nacional constituyente y estos aspectos han quedado plasmados en el art. 120 de la Constitución Nacional. Sin embargo, el legislador ha considerado prudente volver a remarcarlo en una ley de menor jerarquía, de manera específica al señalar que: “el Ministerio Público Fiscal de la Nación ejerce sus funciones con autonomía funcional, sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura” (art. 4º).

Dentro de los principios de actuación contenidos en el capítulo segundo de la nueva ley de Ministerio Público Fiscal, como correlato de lo anterior, se detallan las relaciones de este organismo con el Poder Ejecutivo (art. 5º), con el Poder Legislativo (art. 6º), los requerimientos de colaboración (art. 7º), las investigaciones genéricas (art. 8º) y los principios funcionales (v.gr. unidad de actuación, unidad dinámica, respeto por los derechos humanos, objetividad, gestión de los conflictos, orientación a la víctima, accesibilidad y gratuidad, eficiencia y desformalización; transparencia, responsabilidad; contenidos en el art. 9º).

la Nación, y los procuradores fiscales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los casos y con el alcance previstos por el artículo 2º de la Ley N° 15.464; generándose una mayor cercanía al Poder Ejecutivo.

VI. FUNCIONES Y PRINCIPIOS GENERALES DE ACTUACIÓN ANTE LA CORTE SUPREMA

En líneas generales, al Ministerio Público Fiscal le corresponde ejercer sus funciones en aquellos asuntos de orden o interés público, que indudablemente incluyen los constitucionales, los de competencia, los de prescripción y los de recusación de los magistrados, entre otros (CSJN 31/7/1987 Fallos, 310: 1510).

Este listado -originalmente pretoriano- se ha visto incrementado a partir de la sanción de la mencionada ley 27.148 a los siguientes supuestos (arts. 2 y 13, ley cit.):

a) dictaminar en las causas que lleguen a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siempre que exista controversia sobre la interpretación o aplicación directa de una norma de la Constitución Nacional o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte; ello será determinado por el Procurador General de la Nación a partir del análisis de disposiciones normativas o de las circunstancias y particularidades de la causa;

b) dictaminar en cualquier otro asunto en el que el máximo Tribunal requiera su dictamen fundado en razones de gravedad institucional o por la importancia de las normas legales cuestionadas. Asimismo el Ministerio Público Fiscal de la Nación podrá intervenir, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país o tribunal nacional con competencia sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los casos en los que no se haya transferido dicha competencia, siempre que en ellos se cuestione la vigencia de la Constitución o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, o se trate de:

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

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

e) conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a

la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas;

f) conflictos de competencia y jurisdicción de los órganos jurisdiccionales;

g) casos en que una norma especial lo determine.

Antes de seguir avanzando resulta necesario recordar que nuestra Constitución Nacional establece en sus artículos 116 y 117 las materias que resultan de la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de allí se desprende que este Tribunal ejerce una competencia por vía de apelación (recurso extraordinario en su versión clásica del art. 14 de la ley 48, pretoriana -arbitrariedad o gravedad institucional-, o por salto de instancia arts. 257 bis y ss. CPCCN, texto según ley 26.790); y otra de manera originaria, exclusiva y en instancia única.

En tales condiciones, el Procurador General de la Nación deberá actuar en diferentes tipos de causas tanto desde el punto de vista procesal como de fondo; recordemos que dicho magistrado deberá intervenir directamente o a través de los procuradores fiscales en las causas que tramitan ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 13, primer párrafo, ley 27.148).

VII. INTERVENCIÓN DEL PROCURADOR GENERAL EN INSTANCIA ORIGINARIA

La determinación de la competencia es el primer control de constitucionalidad que la Corte está llamada a ejercer en su instancia originaria. Esta delicada función ha sido reconocida en el leading case “Marbury v. Madison” (U.S. Supreme Court Reports, ed. William Cranch, Washington, 1804) en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos examinó con estrictez la legitimidad de una ley que ampliaba la competencia originaria de ese alto tribunal federal.

En nuestro medio, la Corte desde sus comienzos sentó las bases iniciales acerca de los límites que la letra del artículo 117 de la Constitución impone al intérprete (CSJN 22/9/1887 Fallos, 32: 120- “Sojo”; confr. asimismo causa A.373.XLII “A.F.I.P. c/ Neuquén, Provincia del s/ ejecución fiscal”, pronunciamiento del 16 de abril de 2008). Como consecuencia de ello es que previo a cualquier examen vinculado

con la medida que se requiere se deba dar intervención al Procurador General, como lo hace la Corte en todos los procesos que se inician, a fin de que dictamine al respecto (art. 13, ley 27.148; CSJN 23/7/2008 Fallos, 331: 1676; CSJN 19/12/2008 Fallos, 331: 2797).

En efecto, la intervención del alto Tribunal en estos asuntos tiene una firme base constitucional y convencional dado que el ejercicio de funciones que por derecho corresponden a otro juez implica el desconocimiento de normas que regulan la jurisdicción y competencia y ello repercute contra el normal funcionamiento de la administración pública en cuanto requiere la legalidad en la función que se ejerce, pues ello constituye la base de la autoridad del Estado (arts. 75 inc. 22, 116, 117, 127 CN; arts. 8 y 10 de la DUDH; art. 14.1 PIDCP; art. 8.1 CADH; doctrina de CSJN 12/8/2003 Fallos, 326: 2763).

Una vez que el Procurador General o el procurador fiscal ante la Corte emitan el dictamen respectivo (art. 13 cit. ley 27.148), la causa deberá ser devuelta de inmediato a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN 2/6/1914 Fallos, 119: 70) y una vez recibida el alto Tribunal deberá admitir o rechazar su competencia originaria mediante el dictado de un pronunciamiento interlocutorio que será suscripto por lo menos por tres de los cinco jueces (art. 161 CPCCCN; aco. CSJN 51/73).

En efecto, si la Corte declara que la causa resulta ajena a su competencia originaria, notificará esta decisión a la parte actora y también la comunicará al Procurador; luego ordenará la remisión de las actuaciones al tribunal que estime competente a los efectos de continuar con su trámite.

En caso de admitir la competencia originaria, el máximo Tribunal correrá traslado a la parte demandada con arreglo a las normas del proceso ordinario, sumarísimo o requerirá a la autoridad que corresponda la producción de un informe circunstanciado, según corresponda (arts. 338, 498, 321 CPCCCN; 43 CN y art. 8, ley 16.986).

VIII. INTERVENCIÓN DEL PROCURADOR EN INSTANCIA APELADA

El recurso extraordinario ha sido definido como una apelación excepcional que tiene por objeto el mantenimiento de la supremacía constitucional.¹⁷ En efecto, la Corte Suprema de Justicia como intérprete final de la Constitución Nacional señaló que al conocer mediante esta vía recursiva tiene en mira asegurar la supremacía de dicho texto, de los tratados y las leyes del Congreso.

El recurso ordinario de apelación es el instituto procesal por medio del cual se puede acceder -en determinados supuestos- a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien actuará como un tribunal de tercera instancia ordinaria. Este recurso resulta viable en los siguientes supuestos (arts. 254, y 255 CPCCN y art. 24 inc. 6 del decreto-ley 1285/58 -ratificado por ley 14.467- , texto según ley 21.708):

a) causas en que la Nación directa o indirectamente sea parte cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios sea superior a doscientos millones de pesos (\$200.000.000; aco. CSJN n° 28 del 19/9/2014; declarado inconstitucional en CSJN 20/8/2015 Fallos, 338: 724 “Anadon”);

b) extradición de personas reclamadas por países extranjeros; y c) causas a que dieran lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempos de guerra, sobre salvamento militar y sobre nacionalidad del buque, legitimidad de patente o de sus papeles.

En tal sentido, la ley 27.148 (arts. 2° inc. a y 13) encomienda al Procurador General de la Nación dictaminar en las causas que lleguen a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siempre que exista controversia sobre la interpretación o aplicación directa de una norma de la Constitución Nacional o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte; ello será determinado por el Procurador a partir del análisis de disposiciones normativas o de las circunstancias y particularidades de la causa.

17. Ymaz-Rey, “El recurso extraordinario”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, tercera edición, pág. 24.

Por último, para dar intervención al Ministerio Público Fiscal, se requiere la conformidad de al menos tres jueces del máximo Tribunal (CSJN 24/2/2004, resolución nro. 217/04).

IX. CASOS DE GRAVEDAD INSTITUCIONAL

La gravedad institucional, de creación pretoriana por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sido precisada en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados (art. 257 bis, segundo párrafo CPCCN).

En efecto, la gravedad institucional- que deberá ser alegada y probada por parte del recurrente- es el requisito sine quo non para que la Corte requiera dictamen del Procurador General de la Nación fundado en esta base argumental.

La gravedad institucional que exige de acuerdo a la reiterada doctrina del máximo Tribunal (y a lo establecido en el supuesto del art. 257 bis, cit.), debe presentarse como de urgente resolución (“solución definitiva y expedita”) a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior, siendo el pronunciamiento del máximo tribunal el “único remedio eficaz” para la protección del derecho federal comprometido.

El concepto de gravedad institucional ha sido definido de conformidad con la doctrina elaborada por nuestra Corte Federal en la materia y que le ha permitido a ésta utilizarla como una decisiva herramienta a fin de intervenir en la resolución de recursos que en principio eran inadmisibles.¹⁸

Fernando Nicolás Barrancos y Vedia ha estudiado profundamente esta creación pretoriana y remarcó que la pauta valorativa utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido un medio para abrir el recurso extraordinario en

18. Morello, Augusto M, “El Recurso Extraordinario”, Ed. Lexis Nexis, Bs As, 2006.

situaciones en que no se encuentran configurados algunos de los requisitos exigidos por la legislación o la jurisprudencia para su admisibilidad.¹⁹

Luego, siguiendo los lineamientos proporcionados por el citado académico de número,²⁰ la pauta valorativa de la gravedad institucional ha sido empleada en las siguientes situaciones:

- 1) para revisar sentencias no definitivas;
- 2) para superar el incumplimiento de recaudos formales en el planteamiento e interposición de la cuestión federal y del recurso extraordinario;
- 3) para revisar cuestiones procesales;
- 4) para revisar cuestiones de hecho o derecho común;
- 5) para revisar cuestiones procesales y de hecho o derecho común en concurrencia con la doctrina de la arbitrariedad.²¹

En efecto, el mencionado autor destaca que varios fueron los precedentes que prepararon el terreno para el empleo de la pauta valorativa de la “gravedad” o “interés institucional”, excluyente de la sujeción estricta a ciertos requisitos tales como el de sentencia definitiva o recaudos de índole procesal como requisitos de admisión del remedio federal.²²

De este modo el alto Tribunal ha sostenido que la gravedad institucional quedará configurada cuando existan cuestiones que excedan el interés de las partes

19. Barrancos y Vedia, Fernando N. “Recurso Extraordinario y Gravedad Institucional”, Ed. Abeledo-Perrot, segunda edición actualizada, febrero de 1991.

20. Fernando Barrancos y Vedia (26/5/1922-14/11/2014), sucedió a Julio César Cueto Rúa en el sitial de Roberto Repetto como académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

21. Este reconocido autor también destaca que a estos cinco grupos hay que adicionar algunos “casos no típicos” que provienen de votos minoritarios, tales como los que se registran en Fallos: 256: 372 (voto de los Dres Villegas Basavilbaso, Colombres e Ymaz); Fallos: 263: 252 (disidencia de Zavala Rodríguez); los votos minoritarios de Luis María Boffi Boggero en Fallos: 261:73 y 103; 263: 15; 264: 7 y 375. También integran esta clasificación las disidencias de los jueces Aberastury y Zavala Rodríguez -por un lado- y de Boffi Boggero, por el otro, en Fallos: 261: 73. Por último, también destaca las disidencias de este último ministro en Fallos: 261: 103; 263: 15; 264: 7 y 375.

22. Fallos: 197: 426; 228: 539 y 542; 230: 469; 238: 391; 242: 55; 243: 496; 244: 235 y 425, entre otros.

en la causa,²³ proyectándose sobre el general o público,²⁴ de modo que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno,²⁵ o los principios y garantías constitucionales y convencionales, por citar algunos ejemplos.

Resulta propicio recordar en tales condiciones que el presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional -Osvaldo Alfredo Gozaíni- ha manifestado acertadamente que el cuadro de flexibilidad aparente del recurso extraordinario fue obligando a la Corte a otorgar ciertas aperturas a partir de criterios novedosos como resultaron los de la “sentencia arbitraria”, el “exceso ritual manifiesto” y la “gravedad institucional”.²⁶

Bajo este mismo parecer, el distinguido autor rosarino Néstor Pedro Sagües ha señalado que este tema se ha presentado elástico, sibilino y maquiavélico, acribillado de conceptos jurídicos indeterminados, determinables a su vez a gusto y paladar de los operadores judiciales (litigantes y jueces). Y, asimismo, resalta que: “...Históricamente, en la propia Corte Suprema se han registrado períodos de restricción, pero asimismo, de alta inflación, respecto de cuáles son las instituciones básicas de la República, los principios y las garantías constitucionales que conforman la ‘gravedad institucional’. De todos modos, es sabido que la gravedad institucional ha tenido dos versiones: i) de máxima, o de maropolítica, conectada con asuntos gravitantes, de alta tensión institucional, o propias de situaciones críticas tensivas, donde entra en juego, sin hesitación, la funcionalidad del sistema político, ya que lindan con el estado de necesidad, o ii) una versión de mínima, más propia de un edulcorado ‘interés institucional’, donde simplemente están involucrados temas que exceden los propios de las partes...”²⁷

El parlamentario del Mercosur Jorge Reinaldo Vanossi se pregunta si es posible encontrar un recurso extraordinario sin gravedad institucional. En tal sentido

23. Fallos: 324: 533, 833 y 1225; 326: 2126, entre otros.

24. Fallos: 324:533; 326:2126y 4240.

25. Fallos: 324: 3184, voto de los Dres Nazareno, Moliné Ó'Connor y López.

26. Gozaini, Osvaldo A., “El Derecho Procesal Constitucional y los Derecho Humanos. Vínculos y Anatomías. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1995.

27. Sagües, Néstor Pedro; “Apuntes sobre la reciente Ley Nacional de Per Saltum”; J.A., volumen 2013-I, págs.. 1498/1504.

considera más apropiado hablar de gravedad institucional a través del recurso extraordinario. Luego, destaca que el valor supremo en que se asienta el instituto de la gravedad institucional, que lo justifica y fundamenta en derecho, es el siguiente postulado: la búsqueda incesante de un Estado de justicia; y concluye destacando que en caso de duda hay que estar a favor de la intervención de la Corte Suprema.²⁸

Por su parte la catedrática cordobesa, Silvia Palacio de Caeiro, señala que en la apreciación de la causal de gravedad institucional debe distinguirse entre su real configuración en un pleito, a partir de cuestiones que exceden el mero interés personal del recurrente, y la repercusión periodística que puede haber tomado un asunto a través de los medios masivos de comunicación.²⁹

X. CONFLICTOS EN LOS QUE SE ENCUENTREN AFECTADOS INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS

La reforma constitucional de 1994 incorporó varios tipos de amparo cuyo impulso corresponde a distintas categorías de sujetos legitimados para interponer la acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor; así como los derechos de incidencia colectiva en general (art. 43, segundo párrafo CN).

De este modo, además del denominado amparo individual, personal o clásico reconocido en el primer párrafo de la citada norma, se admiten otras dos categorías que tutelan, por un lado, los derechos de incidencia colectiva y, por el otro, los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Estas cuestiones han sido establecidas con meridiana claridad en la causa “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” y reafirmadas en varias ocasiones desde el 2009 a la fecha (CSJN 24/2/2009 Fallos, 322, 111; confr. asimismo CSJN 21/8/2013 Fallos, 336: 1236 “Padec”).

28. Vanossi, Jorge Reinaldo; “De la “gravedad institucional” al “per saltum””; Revista Debates de Actualidad de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XX, N° 195, págs. 138/145.

29. Palacio de Caeiro, Silvia B. “Recurso extraordinario federal”; segunda edición actualizada y ampliada; La Ley, 2012, págs. 323 y 324.

En el primer caso, -los derechos de incidencia colectiva- tienen por objeto bienes colectivos y para cuya tutela sólo se concede una legitimación extraordinaria al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de defensa de aquellos fines, registradas conforme a la ley. En este caso no existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos sino un bien de naturaleza colectiva (v.gr. el ambiente). En cuanto a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos se producen frente a la afectación mediante un hecho único o continuado que provoca la lesión de derechos individuales enteramente divisibles, tales como los casos de afectación de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al medio ambiente y a la competencia de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de los sujetos discriminados (conf. considerandos 9 a 13 del citado precedente “Halabi”).

A fin de clarificar aún más la cuestión, conviene recordar la clasificación tripartita de derechos individuales, colectivos y colectivos homogéneos propuesta por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti. Tal clasificación concibe tres clases de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o derechos colectivos, trasindividuales o supraindividuales y -como sucede en el caso- derechos individuales homogéneos o derechos individuales homogéneos plurindividuales homogéneos.³⁰

Luego, y en lo que aquí interesa, la tercera categoría comprende una pluralidad de derechos subjetivos divisibles, aunque homogéneos porque tienen una causa común, de hecho o de derecho, en los que la cuestión sobre la responsabilidad civil es única por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido contestes en que resulta aconsejable y conveniente el dictado de una sola sentencia con efectos erga omnes, posponiendo para otra etapa la determinación y cuantificación de los daños individuales patrimoniales y extrapatrimoniales.³¹

30. Lorenzetti, Ricardo Luis; “Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, págs. 287 y 385).

31. Galdós, José María “La causa ‘Halabi’ de la Corte Suprema”; Revista Jurídica del Centro; N° 1, año 2011 y sus citas.

Para finalizar este recorrido, debemos destacar que la doctrina procesal ha definido a los derechos individuales homogéneos como “el conjunto de derechos subjetivos individuales provenientes de un origen común, cuando predominan estas cuestiones comunes atendiendo a la representatividad del legitimado. Los legitimados, incluyendo a los miembros del grupo, categoría o clase involucrado, pueden proponer en nombre propio y en el interés de todos los miembros, acción de responsabilidad civil por los daños individualmente sufridos”.³²

Con posterioridad, la Corte sobre la base de sus facultades reglamentarias (art. 18, ley 48; art. 10, ley 4055; ley 25.488 -de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-, art. 4º, segundo párrafo y arg. CSJN 23/9/2014, M.1145.XLIX «Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo»), creó el Registro Público de Procesos Colectivos -acordada 32/2014- a fin de evitar la multiplicidad de procesos que redunden en un dispendio de recursos materiales y humanos o en el dictado de sentencias contradictorias en causas conexas o superpuestas y con la finalidad de lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia. Dos años después dictó la acordada 12/2016 con el propósito de adecuar el funcionamiento del mencionado registro.

XI. ACCESO A LA JUSTICIA PARA PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

El Ministerio Público de Fiscal es una institución diseñada en defensa de la Constitución y de los intereses generales de la sociedad; para garantizar la efectiva vigencia del Texto Supremo y de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22), tiene entre sus funciones esenciales la de dictaminar en aquellos conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas.

Asimismo, los integrantes del Ministerio Público Fiscal deberán desarrollar su actuación de acuerdo con los principios, derechos y garantías establecidos en la

32. Conclusiones del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, sub comisión 1, Mendoza, año 2005; cit. en ob. cit. por Galdós.

Constitución Nacional, los tratados y convenciones internacionales, respetando los derechos humanos y garantizando su plena vigencia (art. 9, ap. c), ley 27.148).

En este sentido no debemos pasar por alto los elevados cimientos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha levantado en torno a una cuestión tan sensible que importa, además, una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia (doctrina de Fallos: 330: 3248 y más recientemente “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, sentencia del 27 de noviembre de 2012 (cons. 11).

Resulta imprescindible mencionar que tales conceptos fueron delineados teniendo en cuenta una cuestión tan sensible como el derecho humano de acceso a la justicia para los mencionados supuestos de vulnerabilidad (confr. “Castillo Petruzzi y otros vs Perú”, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 128; “Cantos vs Argentina”, sentencia del 28 de noviembre de 2002, párr. 50”; “Cinco Pensionistas vs Perú” (sentencia del 28 de febrero de 2003, voto concurrente del juez Cancedo Trinidad); “Myrna Mack Chang vs Guatemala” (sentencia del 25 de noviembre de 2003, voto concurrente del Juez García Ramírez).

Sin perjuicio de lo señalado, debemos remarcar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no constituye una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que es subsidiaria, coadyuvante y complementaria. En efecto, con fina precisión el convencional el ex convencional constituyente, ministro de la Corte y presidente de nuestra Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Horacio Rossatti ha señalado que:

“...la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico sin que tal incorporación suponga derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), dentro de la cual destaca el arto 27. El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”, a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.

A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina...” (CSJN 14/2/2007 Fallos, 340: 47 “Fontevecchia”).

Por último, estas cuestiones además de haber sido receptadas en innumerables precedentes en estos últimos años también han sido reafirmados a partir del dictado de la acordada 5/2009 por medio de la cual adhirió expresamente a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad. La Corte incluso resaltó que los jueces tienen un deber de tutela reforzado en aquellos supuestos que afectan los derechos de personas particularmente vulnerables (CSJN 27/12/2005 Fallos, 328: 4832; CSJN 12/8/2008 Fallos, 331: 1859 y CSJN 15/3/2016 Fallos, 339: 276).

XII. CONFLICTOS DE COMPETENCIA

En primer término debemos resaltar la importancia que tienen las decisiones que deben adoptarse en los conflictos de competencia acerca del juez natural que debe intervenir dado que tales resoluciones tienen ligamen constitucional por encontrarse comprometida la garantía del juez natural.³³

Estos supuestos legales suscitan la intervención tanto de la Corte como del Procurador General. Se trata de conflictos -positivos o negativos- de competencia que se producen entre magistrados, aquellos supuestos que implican una efectiva privación de justicia (art. 24 inc. 7 del decreto 1285/58, ratif. por ley 14.467, texto según ley 21.708; v.gr. CSJN-Fallos, 319. 1492) y quejas por retardo de justicia (inc. 5; CSJN-Fallos, 326: 2763; arg. art. 127 CPPN).

Sin embargo aquellos conflictos que se producen entre jueces no federales radicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Corte decidió recientemente que debe resolverlos el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

³³. Bidart Campos, Germán José (E.D. 124: 229), ver asimismo “Los conflictos de competencia y la garantía constitucional del juez natural” (nota a fallo), revista jurídica El Derecho volumen 142, págs. 426/427; Hockl, Cecilia, Duarte David “Competencias y Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. Legis 2006, págs. 177/193.

(competencia CSJN 4/4/2019 Expte. nro. 4652/2015/CS1 “Bazán, Fernando s/ amenazas”).

En definitiva, tal como señala con meridiana claridad el secretario del alto Tribunal, Marcelo Julio Navarro, los supuestos en los supuestos aquí encuentra en juego el acceso a la justicia, en tanto “posibilidad real de contar con un tribunal con aptitud para dar respuesta oportuna y eficaz a los problemas jurídicos planteados por los justiciables.”³⁴

XIII. EL RESPETO A LOS PRECEDENTES DE LA CORTE Y LA ACTUACIÓN NO VINCULANTE DEL PROCURADOR

Los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deben ser respetados por los tribunales de grado por una evidente razón de seguridad jurídica. En tales condiciones hace más de tres décadas el mencionado Tribunal estableció los cimientos de tal construcción al pronunciarse en la causa “Cerámica San Lorenzo” -CSJN 4/7/1985 Fallos, 307: 1094 en la cual destacó que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (considerando 2º y más recientemente, CSJN 28/3/2017 Fallos, 340: 257 “Schiffrin, Leopoldo, Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa”, cons. 9º del voto mayoritario).

Esta doctrina -firme e invariable dentro del ámbito del Poder Judicial de la Nación- ha sido utilizada por la Procuración General de la Nación en varios de sus dictámenes, con sustento en la “fuerza moral de los precedentes de la Corte”. En tal sentido ha se ha destacado que: “...no obstante que las decisiones de la Corte se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral que emana de su carácter supremo, sin verter argumentaciones que la contradigan, pues dada la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, de ello se deriva el consecuente deber de

34. Navarro, Marcelo Julio “La facultad de la Corte Suprema para resolver cuestiones y contiendas de competencia” L.L., 27 de octubre de 2005.

someterse a sus precedentes (dictamen del 23/6/2008; CSJN 23/6/2009 Fallos, 332: 1488).

En definitiva, sin perjuicio de la independencia y la autonomía funcional que caracterizan a este órgano, tal construcción jurídica contribuye al respeto institucional y al funcionamiento coordinado entre la Corte y la Procuración.

Por el contrario, el dictamen que emite el Procurador General es una intervención no vinculante a la que la Corte puede adherir por razones de celeridad procesal o bien apartarse de dichos fundamentos y establecer su propio criterio.

En consecuencia, las partes carecen de facultades para expresarse y ser oídas sobre los fundamentos y conclusiones que se invocan en estos dictámenes; menos aún con la potestad de recurrirlos en caso de resultar adversos a sus pretensiones (CSJN 27/12/1996 Fallos, 319: 3474 cons. 10° disidencia del juez Belluscio; CSJN 9/11/2000 Fallos, 323: 3553; CSJN 23/10/2001 Fallos, 324: 3610; CSJN 8/4/2003 Fallos, 326: 1088).

Asimismo, la Corte expresó que no es obligatorio sino facultativo del Tribunal requerir dictamen al Procurador General sobre cuestiones federales sometidas a su decisión (CSJN 23/12/1986 Fallos, 308: 2631); y tampoco resulta obligatoria la intervención de dicho magistrado en los recursos de queja (Fallos: 247: 285; 252: 21; 262: 300 y 291: 80).

XIV. IMPOSIBILIDAD DE RECUSAR A LOS MIEMBROS DEL MINISTERIO PÚBLICO

El artículo 33 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es claro y preciso en cuanto dispone que los funcionarios del ministerio público no podrán ser recusados. Si tuviesen algún motivo legítimo de excusación, deberán manifestarlo al juez o tribunal y éstos podrán separarlos de la causa, dando intervención a quien deba subrogarlos.

Por su parte el art. 13, segundo párrafo de la ley 27.148 dispone en este mismo sentido que en caso de licencia, recusación, excusación, impedimento o vacancia

del Procurador General de la Nación, sus funciones ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán ejercidas por un procurador fiscal, de conformidad con la reglamentación que se dicte al respecto. A falta de designación, intervendrá el que tenga más antigüedad en el cargo.

En tales condiciones, los magistrados del Ministerio Público no podrán ser recusados y a contrario sensu, el titular del Ministerio Público Fiscal carece de aptitud para recusar a los magistrados del máximo Tribunal, en el caso en que su actuación está inequívocamente limitada en la normativa indicada anteriormente (CSJN 19/8/1999 Fallos, 322: 1641).

XV. PLANTEOS DE NULIDAD AL DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

La Corte también ha desestimado planteos de nulidad del dictamen del Procurador General de la Nación cuando no se encuentra verificado alguno de los supuestos establecidos en el art. 17 CPCCN para dudar sobre el proceder imparcial que cabe presumir acerca de tal magistrado (CSJN 29/6/2004 Fallos, 327: 2590 y 2678).

Es doctrina reiterada de la Corte que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones judiciales cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. La nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho.

De otro modo, según sostuvo el alto Tribunal, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (CSJN 4/5/2000 Fallos, 323: 929; 27/6/2002 Fallos, 325: 1404). En definitiva, estos argumentos refuerzan el criterio de la improcedencia de los planteos de nulidad al dictamen del Procurador General.

XVI. A MODO DE DISPARADOR REFLEXIVO

Sin lugar a dudas celebramos el regreso del Ministerio Público al Texto Supremo, pero somos conscientes que para poner las cosas en su justo quicio constitucional se debe comenzar por respetar y fortalecer a las instituciones. En efecto, tal como lo indica la propia Constitución, este órgano tiene como función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

Sin embargo, en tiempos actuales nos encontramos frente a una grave omisión inconstitucional, al encontrarse vacante el cargo del Procurador General de la Nación hace más de un año y medio. Esta cuestión se transforma en muy grave o extremadamente grave si a ello sumamos que hace diez años que también se encuentra vacante el puesto de Defensor General de la Nación; impactando sendos vacíos de lleno en las funciones de defensa y control que una sociedad justa, democrática y equilibrada necesita.

Con el gran respeto y admiración que tenemos hacia Alberto Bianchi, nos permitimos tomar prestadas sus reflexiones e inquietudes: "...de acuerdo con su enclave institucional el Ministerio Público, es sin dudas, una 'Autoridad de la Nación'. El art. 120 de la Constitución tiene una sección propia, la Sección Cuarta, ubicada dentro del Título primero de la Segunda Parte de la Constitución, destinada a las 'Autoridades de la Nación', en igualdad de condiciones que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. A diferencia de los órganos extrapoderes (Jefe de Gabinete, Ministros, Auditoría General, Defensor del Pueblo y Consejo de la Magistratura) alojados dentro de alguno de los poderes del Estado, el Ministerio Público está fuera de todos ellos, ostentando el rango de 'Autoridad de la Nación'. Refuerza esta noción que el Ministerio Público debe ejercer sus funciones '..en coordinación con las demás autoridades de la República (...) Entonces, ¿ser una Autoridad de la Nación le confiere al Ministerio Público, de por sí, estatus de 'poder'? La respuesta no es fácil. Si bien posee los atributos propios de un poder (independencia, autonomía funcional y autarquía), la Constitución no lo menciona expresamente como tal y, además, no lo será mientras no construya su propio 'poder'. Hasta que ello ocurra, el Ministerio Público será un híbrido

constitucional. Será una ‘autoridad de la Nación’ sin rango de poder del Estado”.³⁵

Como ya lo hemos señalado, las instituciones democráticas deben estar vivas, articuladas y gozar de buena salud, mientras ello no ocurra seguiremos violentándolas y cargando el peso sobre los sectores más vulnerables de nuestra patria.³⁶

35. Bianchi, Alberto B. “La separación de poderes”, ed. Cathedra, Buenos Aires, 2019, págs. 279/282.

36. Gago, María Eugenia y Gómez Zavaglia, Tristán: “Constitución de la Nación Argentina” (coord. Manili, Pablo Luis, est. Intr. Daniel Alberto Sabsay), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, págs. 531/543.