

¿JUEZ EN LEY PROPIA?

Roy GOLDSMAN,* María Belén PIRONI** y Julián ROTENBERG***

Los jueces que participaron en la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, ¿podrán intervenir en una causa judicial en la cual se plantee la inconstitucionalidad de un artículo allí contenido, o deberían excusarse?

I. Planteo

Desde la misma entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (el “CCCN”), existen debates respecto a la constitucionalidad de ciertos artículos del nuevo texto. La inminencia de que planteos de inconstitucionalidad lleguen a Tribunales nos lleva a preguntarnos cómo deberían actuar aquellos jueces que participaron en la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Tiene un LL.B. de la Universidad de Londres (Reino Unido).

** Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Tiene un LL.M. en Derecho Tributario de la Universidad Torcuato di Tella (Argentina).

*** Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y docente de Derecho Internacional Público (UBA). Becario de intercambio en Columbia Law School (EE.UU). Actualmente se desempeña como asesor en la Subsecretaría de Comercio Exterior, Ministerio de Producción de la Nación.

y Comercial de la Nación² (la “Comisión”) cuando, lleguen a sus despachos casos en los que entran en discusión la validez de artículos producto de su labor.

Seguidamente destacaremos el marco normativo, la jurisprudencia argentina e internacional que entendemos son relevantes para empezar a examinar una respuesta a dicho interrogante.

II. Causales legales

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (el “CPCCN”) prevé en el artículo 17, inciso 7° la recusación con expresión de causa, cuando el juez haya emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito. Ésta es conocida como la causal de “prejuzgamiento”.

La recusación puede ser deducida por cualquiera de las partes, y si éstas no lo hicieren, el juez deberá excusarse *motu proprio* (artículo 30). Asimismo, dicho artículo habilita al juez a excusarse cuando existan otras causas que le impongan abstenerse de conocer en el juicio, fundadas en “*motivos graves de decoro o delicadeza*”.

III. Análisis

La incuestionable trayectoria y prestigio de los magistrados que formaron parte de la Comisión sin dudas aportó un gran valor al CCCN y representa un servicio incalculable al pueblo argentino. De hecho, la participación de jueces en el proceso de redacción de nueva legislación no es inaudito, ni menos aún novedoso.

Resulta interesante recordar, por ejemplo, que la ley 340 que plasmó el derogado Código Civil en 1869 ya preveía un papel indirecto en cabeza de los jueces federales en la generación de legislación. Así es que mientras el artículo 1° implementaba el Código Civil de Vélez, el ya olvidado artículo 2° de la ley 340 contenía un deber de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“CSJN”) de dar cuenta al Ministro de Justicia, en un informe anual, de las dudas y dificultades que ofreciera en la práctica la aplicación del Código Civil y de los vacíos que encontrasen en sus disposiciones, para que se presentaran oportunamente al Congreso.

Con respecto a la redacción del CCCN, si asumimos que la Comisión entiende que su articulado es armónico con la Constitución Nacional —al menos aquellos artículos de su

² La Comisión fue creada por medio del Decreto 191/2011.

propia autoría que se mantienen intactos desde el Anteproyecto—, parecería que podría anticiparse el resultado de cualquier controversia que llegue a su conocimiento.

Ahora bien, ¿se trataría efectivamente de una causal de prejuzgamiento que justifique una recusación?

III.A. Innecesariedad de la recusación o excusación

En nuestro sistema de control de constitucionalidad las normas, en principio, solo se declaran inconstitucionales en un caso o controversia particular,³ no de manera general o abstracta.

Reiterada jurisprudencia ha entendido al prejuzgamiento con referencia solamente al caso concreto, al decir que dicha causal consiste en *“revelar con anticipación al momento de la sentencia una declaración de ciencia en forma precisa y fundada sobre el mérito del proceso, o bien que sus expresiones permitan deducir la actuación futura de un magistrado por haber anticipado su criterio...”*⁴

Asimismo, tiene dicho la CSJN que la causal solamente se configuraría cuando el prejuzgamiento es expreso y recae sobre la cuestión de fondo a decidir.⁵

El carácter inherentemente “abstracto” de la tarea de la Comisión, parecería entonces no configurar *per se* un prejuzgamiento, de conformidad con la causal del texto procesal citado.

Es ilustrativo recordar también que no es la primera vez que un magistrado ha participado en la sanción de una norma. Por el contrario, ya hace casi un siglo la CSJN debió decidir sobre la recusación del ministro Figueroa Alcorta en un caso en el cual se debatía una ley que él mismo había promulgado años antes como Presidente de la Nación. Haciendo eco del criterio mencionado anteriormente se sostuvo que *“no puede decirse que exista interés en las resultas del pleito por haber suscripto la promulgación de una ley discutida en la causa así como no existe interés ni opinión comprometida por haber resuelto otros análogos, dado que*

³ Fallos 130:157

⁴ Fallos 313:1277. Ver también Fallos 240:123; 246:159; 300:380; 324:265; 326:131 y 326:2612.

⁵ Fallos 311:578

*las leyes son aplicadas con arreglo a las particularidades del caso sometido a la decisión judicial”.*⁶

Aquella circunstancia histórica fue tomada por la CSJN más recientemente para rechazar varias solicitudes de recusación del Ministro Maqueda, fundadas en su intervención años antes como legislador de la ley 25.561⁷ y en el dictado de un decreto reglamentario cuando se desempeñaba como Ministro de Educación de Córdoba,⁸ en casos en los cuales eran relevantes aquellas normas.

III.B. La necesidad de la recusación o excusación

Por otro lado, existen antecedentes recientes, aunque escasos, de excusación de los integrantes de la CSJN por la causal del artículo 30 (motivos graves de decoro o delicadeza).

En el 2003, el entonces ministro Moliné O’Connor acudió en queja a la propia CSJN cuestionando la resolución del Senado que —en el marco del juicio político instituido en su contra— había decidido suspenderlo de sus funciones mientras tramitaba aquel proceso. La totalidad de los miembros de la Corte se excusaron, amparados en la causal del artículo 30, y el caso fue decidido (rechazando la queja) por conjueces seleccionados de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 22 del decreto-ley 1285/58.⁹

De modo similar, en marzo de 2016 la CSJN falló en una causa impulsada por el exministro Boggiano, cuestionando la falta de concesión de la asignación especial vitalicia que corresponde a presidentes, vicepresidentes y jueces de la CSJN tras el cese de sus funciones. Allí, la CSJN decidió, nuevamente integrada por conjueces tras la excusación de todos sus miembros titulares, en contra de la pretensión.¹⁰ Por otro lado, es interesante considerar el conocido caso Fayt en el cual no hubo tal excusación.¹¹

⁶ Fallos 130:182

⁷ Fallos 326:131 y Expte. P.261.XLII, decisión del 18/12/2007.

⁸ Expte. C.930.XLVIII decisión del 26/03/2013.

⁹ Fallos 326:4164

¹⁰ Fallos 339:323

¹¹ Fallos 322:1616. En este caso, el ministro de la Corte Suprema Carlos Fayt promueve una acción meramente declarativa de certeza buscando invalidar la modificación al art. 99 inc. 4° de la Constitución Nacional introducida por la Convención Constituyente de 1994 que requería un nuevo nombramiento para que los jueces mayores a los 75 años mantengan su cargo, en tal momento, el ministro Fayt tenía 81 años.

En el 2003 el Ministro Maqueda se excusó de intervenir en una causa en la cual se perseguía declarar la nulidad de normas sancionadas por la Comisión Reformadora de la Constitución de Córdoba —presidida por él años antes—, alegando motivos graves de decoro y delicadeza (artículo 30). Sin embargo, tal excusación fue rechazada por la CSJN.¹² El voto concurrente del Ministro Vázquez es ilustrativo, al recordar que en 1863 el entonces presidente Bartolomé Mitre designó a dos convencionales constituyentes, Salvador María del Carril y José Benjamín Gorostiaga para la primer Corte Suprema buscando “*depositar la custodia de la Ley Suprema en aquellos que eran sus intérpretes auténticos*”.¹³ No solo no fueron recusados o excusados los Dres. Gorostiaga y del Carril cuando se enfrentaban a la tarea de interpretar la Constitución, explica Vázquez, sino que la historia rescata sus fallos como una interpretación auténtica del texto constitucional y de las leyes que contribuyeron a plasmar.

El voto de Vázquez vuelve sobre el carácter abstracto de la tarea de legislar al resaltar que:

*“el acto de legislar no es ontológicamente idéntico al acto de juzgar (...) El legislador forma su juicio sobre el mérito, la oportunidad y la conveniencia de la sanción de una ley, examinando la cuestión desde una perspectiva general e indeterminada con relación a los administrados; mientras el juez, en cambio, resuelve el caso concreto llevado a sus estrados ponderando las particularidades de hecho y el modo en que la norma incide en la esfera privada del justiciable. La indagación racional es notablemente distinta en uno y en otro caso, sin que ello permita colegir que lo que ha dicho el legislador, lo deba sostener el juez de un modo necesario o inexorable”.*¹⁴

El interrogante que surge necesariamente es entonces si la identidad o diferencia entre ambos ejercicios intelectuales es un factor decisivo para determinar la intervención de un juez en un caso concreto. Al respecto, concluye Vázquez que “*Maqueda, como legislador, pudo haber adherido a soluciones que, más tarde, como juez, y en vistas a resolver el caso concreto, puede aceptarlas o no. Y en ello no hay contradicción alguna*”.¹⁵

Vemos entonces que la causal de recusación de prejuizgamiento y la excusación por motivos de decoro o delicadeza han sido aplicadas por la CSJN solamente en casos muy excepcionales, cuando se tratara de expresiones en un caso concreto y no en abstracto; y

¹² Fallos 326:2710; en el mismo sentido ver Fallos 326:2612.

¹³ *Id.* voto concurrente de Vázquez, Cons. 3°.

¹⁴ *Id.* voto concurrente de Vázquez, Cons. 4°, el destacado es propio.

¹⁵ *Id.*

principalmente cuando los actores eran sus propios colegas. Bajo este prisma, podría alegarse que los jueces que integraron la Comisión no estarían impedidos de entender en las causas en las que se tratare la inconstitucionalidad de ciertos artículos del CCCN.

IV. La apariencia de imparcialidad

Más allá del texto estricto del CPCCN y la interpretación que ha tenido, no puede descartarse una argumentación en el sentido de que existiría una duda respecto a la imparcialidad o preferencia que podría tener un juez integrante de la Comisión al decidir estas cuestiones. Examinamos entonces si una duda razonable respecto de dicha imparcialidad no sería motivo suficiente para considerar una excusación.

La imparcialidad de los jueces al entender en una causa es una derivación de la garantía de debido proceso. Sin embargo, no es sólo la imparcialidad en sí lo que debería ser protegido; sino que además, la *apariciencia* de imparcialidad y justicia en un sistema jurídico ha sido considerada un bien jurídico tutelado en sí mismo por cierta jurisprudencia internacional.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la imparcialidad tiene un aspecto subjetivo y uno objetivo. Este último requiere la ausencia de dudas legítimas respecto a la imparcialidad, entendiendo que lo que está en juego es la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar en el público en general y, por sobre todo, en las partes.¹⁶

Así es que el Tribunal Europeo ha decidido que la acumulación de funciones legislativas y judiciales, aunque las primeras fueran puramente ceremoniales, genera dudas respecto a la imparcialidad del juez, desde un punto de vista objetivo, violando la garantía del debido proceso. Es de resaltar la consideración de que *“esa duda en sí misma, aunque ligera en su justificación, es suficiente para viciar la imparcialidad...”*¹⁷

Una pregunta similar surgió en un importante caso inglés de la *House of Lords* que, a pesar de las sustanciales diferencias constitucionales con nuestro país, resulta interesante para el análisis. Hasta el año 2009, existía una leve superposición entre la *House of Lords* como cámara legislativa superior y como tribunal supremo inglés, con la consecuencia que sus jueces (*law lords*) técnicamente tenían permitido participar del proceso legislativo, aunque raramente lo hacían.

¹⁶ *Morris c. Reino Unido; Pabla Ky c. Finlandia; Findlay c. Reino Unido.*

¹⁷ *McConnell c. Reino Unido.*

Una esperable complicación de tal circunstancia se concretó cuando, en el 2004, llegó al conocimiento de la *House of Lords* (tribunal) una causa en la cual se discutía la validez de una norma que dos de sus jueces habían debatido y votado en el Parlamento (i.e. *House of Lords* como cámara legislativa). En el caso era especialmente relevante el trámite legislativo utilizado. Es así que en *Jackson v Attorney General*, los jueces que habían participado en el proceso legislativo debieron excusarse.

En el asunto argentino bajo análisis, no hay dudas de que el CCCN es un acto emanado del Poder Legislativo. Sin embargo, el texto es en gran parte producto del trabajo de una Comisión encabezada mayormente por jueces de la CSJN, lo que podría plantear interrogantes o preocupaciones similares a los que se suscitaron en los casos comentados.

V. Reflexiones finales

Creemos que el aporte indirecto, o *backstage*, de los jueces en el proceso legislativo genera valor agregado. Permite usufructuar de su experiencia práctica para volcar en nuevos proyectos y reformas el producto de su labor y reflexión diaria, configurando un efectivo *feedback* del sistema parlamentario.

Subsiste el interrogante de si este beneficio no pone en juego los principios de imparcialidad y división de poderes de nuestro sistema jurídico, y sin dudas estas líneas no llegan a agotar el análisis que esta cuestión merece sino que simplemente señala algunos puntos a considerar. Ya será turno de esos mismos magistrados estudiar el tema para decidir si hay motivos suficientes que justifiquen su apartamiento de las causas que lleguen a su conocimiento. Como hemos visto, es posible que dependa en cierta medida de la ponderación que ellos hagan de las causales de decoro y delicadeza arriba expuestas más que de la causal de prejuzgamiento, que como también hemos visto, ha sido históricamente aplicada de modo restrictivo.