

En San Miguel de Tucumán, a 25 días del mes de Agosto del año dos mil diez; reunidos los Sres. Consejeros del Consejo Asesor de la Magistratura que suscriben, y

VISTO

La presentación efectuada por el Abog. Américo Valentín Marcial en fecha 20 de agosto de 2010, en la que deduce recurso de revocatoria contra el acto administrativo del 18/8/2010 en forma parcial en cuanto lo excluye del concurso público de antecedentes y oposición en trámite destinado a cubrir tres vocalías de la Excma. Cámara de Apelaciones en Familia y Sucesiones del Centro Judicial Capital; y

CONSIDERANDO

I.- Que a los fines del correcto tratamiento de los planteos efectuados, corresponde primeramente enunciar la fundamentación esgrimida por el impugnante en respaldo de su pretensión respecto de la -a su juicio contraria a derecho- exclusión del concurso dispuesta por este Consejo Asesor.

En primer lugar, el recurrente interpreta que debió haber sido notificado previamente de la sesión pública ordinaria que tuvo lugar el día 18 de agosto pasado, en la que se ordenó la exclusión del concurso referenciado.

Seguidamente sostiene que la resolución no fue dictada conforme a derecho. Para así entender, argumenta que el art. 38 del Reglamento Interno del Consejo fue cuestionado por su parte mediante una acción de inconstitucionalidad por ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia en los autos caratulados "Marcial Américo Valentín vs. Provincia de Tucumán s/ Inconstitucionalidad" y que dicha causa es de conocimiento del Sr. Presidente del Consejo Asesor que solicitó intervención procesal como tercero adherente de la parte demandada.

En abono de su postura, afirma que si bien la Excma. Corte Suprema no se ha pronunciado aún sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 38 del Reglamento que sirve de fundamento al acto administrativo atacado, sostiene que el Consejo debió apelar a la prudencia y principio de razonabilidad para no aplicar la sanción de exclusión del presentante hasta el dictado de la sentencia en sede judicial. Entiende que ello le causa un perjuicio grave y que el Consejo debió haber suspendido el proceso de selección puesto que inconstitucionalidad implica nulidad.

Afirma expresamente que el acto administrativo en recurso lleva implícito un vicio de falta de legitimidad, en el supuesto de que se haga lugar a la acción de inconstitucionalidad en los autos judiciales ut supra referenciados. De allí considera que el acto administrativo impugnado no goza de legitimidad conforme lo exige el art. 47 de la LPA ya que infringe el art. 57 no sólo por razón de legitimidad sino también en razón de su oportunidad, mérito o

conveniencia por haber solicitado el Consejo la declaración de constitucionalidad del art. 38 en los autos antes mencionados.

Recuerda que en la causa judicial solicitó que se declare la supremacía de la Constitución Nacional por estar afectados derechos constitucionales de los arts. 16, 18, 19 1era parte, 28, 31 y 33, derechos tanto explícitos como defensa, encuadrado dentro del debido proceso legal, a la idoneidad, el principio de legalidad y de razonabilidad, y los implícitos de toda persona, que son sus derechos civiles que están ínsitos en el concepto de persona y son inseparables de él.

Solicita particularmente que se tenga en cuenta que al prestar adhesión al Reglamento interno del Consejo no renunció a sus derechos constitucionales ni dejó de ser una persona para constituirse en un objeto; sino que "como persona no es infalible, por que dejaría de ser humano, hombre, sino que es falible" y que en aras de la buena fe adhirió al Reglamento Interno. Enfatiza que no podía sospechar ni se imaginó que podía cometer un acto involuntario, metódico, mecánico, automático, reflejo propio al apego de la ley de 30 años de profesión al dictar un proyecto de sentencia cuando debió asumir el rol de juez en la prueba escrita; y que, como todo acto de la actividad profesional y condición misma de la existencia de la sentencia, lo llevó involuntariamente a identificarse.

Expresa que la entidad de tal error es subsanable, en razón de que no versa sobre el contenido de la sentencia, objeto del examen que el jurado debe examinar para pronunciarse sobre su idoneidad sino un error material que puede ser objeto de corrección y, por tanto, excusable.

Manifiesta que dicho acto involuntario sólo le causa perjuicio al presentante, de allí que concluya que su conducta no es antijurídica pues no ha causado perjuicio alguno ni al interés social, ya que éste exige que el juez sea digno e idóneo y que al postulante se lo juzgue en su idoneidad, ni a los otros postulantes, ya que se mantiene respecto de ellos el pie de igualdad en razón de que el jurado es imparcial *ab initio*, por lo que, entiende, los signos materiales de individualización del presentante no lo tornan parcial frente a los otros postulantes.

Señala que los actos materiales de individualización implica una actividad inofensiva, pues es una acción privada de los hombres que no ofenden al orden público, a la moral pública ni perjudica a un tercero (art. 19 1era. Parte CN). Continúa afirmando que la libertad consiste en que los hombres posean autonomía personal, es decir, que pueden decidir sus propias conductas sin que exista una coacción externa.

Concluye que la sanción legal basada en el principio de la forma es una ficción legal de la cual no se puede sacar secuencias lógicas ya que la misma es contraria a derecho por afectar gravosamente sus derechos constitucionales explícitos e implícitos.

Puntualiza que no se adhirió a un régimen jurídico sin reservas porque la impugnación del art. 38 de inconstitucional es porque carece de contenido patrimonial y que la cuestión sujeta a examen es de carácter extrapatrimonial.

Reitera que el acto administrativo impugnado conllevaría un vicio de ilegitimidad, de oportunidad, mérito y conveniencia y que le causa un grave perjuicio en el supuesto de que la Excma. Corte declare la inconstitucionalidad del art. 38, ya que el Consejo tiene pleno conocimiento de los fundamentos

dados en los autos judiciales, los cuales también invoca como fundamento del presente recurso.

Señala que la sanción impuesta no se condice con el criterio basado en el principio de razonabilidad, de la prudencia y decoro y formula reserva de decir de nulidad del procedimiento al privársele de ejercer el derecho de defensa, tal como impugnar la valoración de antecedentes como la de los otros postulantes y la prueba de oposición.

Finalmente requiere que se tenga por presentado el recurso en forma parcial contra el acto administrativo del 18/8/2010 en cuanto lo excluye del concurso antes mencionado y se haga lugar al mismo, revocándose la sanción. Asimismo, que se suspenda el proceso de selección para cubrir los cargos antes referenciados ya que la inconstitucionalidad deducida judicialmente implica nulidad. Formula reserva de derecho de decir de nulidad el concurso si continúa su desenvolvimiento y se resuelva su presentación con habilitación de días y horas inhábiles.

II.- Habiéndose detallado las consideraciones en las que estima basado su posición el recurrente, corresponde adentrarnos en el análisis del mismo a fin de determinar si le asiste razón o no.

Preliminarmente, cabe destacar que el planteo no ha sido en los términos del art. 43 del Reglamento Interno -que es la vía prevista para esta etapa concursal-, sino que el recurrente ha utilizado la vía prevista en el art. 50 del Reglamento Interno cuyo texto expresamente dispone lo siguiente: "**Art. 50.- Recurso de revocatoria.-** Las cuestiones que se susciten contra resoluciones de Presidencia, sean simples o de trámite o las dictadas en caso de urgencias ad referendum del Consejo, podrán ser recurridas mediante recurso de revocatoria, en los plazos y con la sustanciación previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán".

Conforme surge del tenor mismo de la norma recién citada, las impugnaciones sólo podrán basarse en la existencia de arbitrariedad manifiesta en la calificación del examen o valoración de los antecedentes, debiendo ser rechazadas las que se fundamenten en la disconformidad del postulante con los criterios utilizados.

Atendiendo al requisito de procedencia contenido en el artículo transcripto, en primer lugar cabe señalar que de la lectura del escrito bajo análisis no surge de manera expresa que el libelo invoque y mucho menos acredite la existencia de arbitrariedad manifiesta alguna en del dictamen del jurado que entendió -al evaluar su examen- que había existido una violación al sistema de anonimato implementado como garantía de la transparencia del procedimiento ni tampoco en el acto dictado por el Consejo (que el recurrente califica erróneamente como "resolución") que, recogiendo la opinión del tribunal, decidió excluir al concursante por aplicación del art. 38 del Reglamento Interno; todo lo cual consta en el Acta Nro. 33 labrada con motivo de la sesión pública ordinaria que tuvo lugar el día 18 de agosto pasado.

Es claro que ni el dictamen del jurado ni el Acta N°33 ostentan arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, incurriendo en una notoria insuficiencia el recurso que amerita su rechazo. Por tanto, este solo argumento resulta suficiente enervar las pretensiones impugnaticias provenientes del recurso interpuesto.

De igual manera, tampoco la vía escogida es procedente por cuanto, como surge del texto infra transcripto, la misma se aplica contra resoluciones

dictadas por Presidencia del cuerpo en el marco de sus facultades o contra resoluciones de Presidencia dictadas *ad referendum* del cuerpo en casos de urgencia.

Es claro que el recurso no se dirige contra ninguno de los supuestos expresamente previstos, ya que el acto que dispuso la exclusión del presentante en el concurso en cuestión impugnado no es una resolución de Presidencia sino una decisión del pleno del Consejo adoptada en sesión pública ordinaria, conforme a las previsiones legales y reglamentarias vigentes en cuanto a convocatoria, quórum para funcionar y mayorías para la votación.

Sin perjuicio de lo cual, a los fines de reforzar la transparencia de los actos que viene llevando a cabo el Consejo a lo largo de todo el trámite llevado a cabo para la cobertura de cargos vacantes en la Excma. Cámara de Apelaciones en Familia y Sucesiones del Centro Judicial Capital -como también en los otros procesos que se encuentran sustanciando actualmente- y como muestra de mayor objetividad y precisión en la evaluación del presente concurso, se entiende conveniente efectuar algunas precisiones adicionales. A mayor abundamiento debe tenerse presente el principio de informalismo que consagra el art. 1 de la Ley 4573 como garantía frente a la actuación de los órganos del estado, correspondiendo en consecuencia entrar a considerar los argumentos vertidos por el recurrente en resguardo de su derecho de defensa y del debido proceso legal.

III.- De la confrontación de los argumentos del impugnante con el Acta Nro. 33, con el Dictamen del Jurado y el Reglamento Interno, resulta la improcedencia de la impugnación tentada en virtud de los siguientes fundamentos.

El Abog. Américo Valentín Marcial deduce recurso de revocatoria contra el acto administrativo del 18/8/2010 en forma parcial en cuanto lo excluye del concurso público de antecedentes y oposición en trámite destinado a cubrir tres vocalías de la Excma. Cámara de Apelaciones en Familia y Sucesiones del Centro Judicial Capital.

En primer lugar, no le asiste razón al impugnante en cuanto considera que el Consejo Asesor debió haber ordenado la suspensión del proceso de selección en cuestión y no ordenar la exclusión del presentante con sustento en la "prudencia" y al "principio de razonabilidad"; asimismo equivoca el impugnante al sostener que "inconstitucionalidad" implica "nulidad" y que el acto administrativo en recurso lleva implícito un vicio de falta de legitimidad y no goza de la presunción de legitimidad del art. 47 de la Ley 4573.

La impugnación instaurada es improcedente por cuanto no se ha acreditado que las actuaciones cumplidas hasta el presente ostenten vicios o irregularidades que ameriten la suspensión del procedimiento ni que ellas causen gravamen irreparable al demandante.

Por el contrario, debe destacarse que todo el procedimiento se llevó a cabo conforme a derecho, siguiendo las previsiones legales y reglamentarias en cuanto a la convocatoria, la publicidad y difusión del llamado a concurso, el plazo de inscripción, la publicación de la lista de inscriptos para permitir el derecho de impugnación, la conformación del jurado, la entrega de los sobres conteniendo los casos prácticos que luego serían sorteados y su reserva en Secretaría, la realización de las pruebas escritas de oposición en igualdad de condiciones para todos los concursantes y bajo el sistema de anonimato, y su remisión en tiempo y forma al jurado para su corrección (arts. 11 a 13 de la ley

8.197 y arts. 17 a 21, 28 a 30, 34 a 39 del Reglamento Interno); todo lo cual surge de la documentación que se acompaña.

Siguiendo las enseñanzas de Cassagne recordamos que la **presunción de legitimidad** de los actos administrativos significa que éste *"en razón de las garantías objetivas y subjetivas que rodean su emanación se ha emitido de conformidad con el ordenamiento jurídico, por lo que, presumiéndose legítimo, posee validez hasta tanto sea declarada su invalidez"* y que sobre ella radica la procedencia de la ejecutoriedad del acto administrativo.

Sabido es que toda la actuación de los órganos estatales goza de presunción de legitimidad y que sobre tal principio reposa la prerrogativa estatal de la ejecutoriedad de los actos. La primera se trata de una presunción provisional de los actos estatales, que acompaña las funciones y poderes que la norma fundamental asigna a los órganos que componen la estructura constitucional del Estado, para realizar en forma eficaz las funciones públicas que debe satisfacer en la prosecución del bien común cuya administración le corresponde. Supone que el respectivo acto dictado por un órgano estatal se ha emitido de conformidad al ordenamiento jurídico y en ella se basa el deber u obligación del administrado de cumplir el acto. De no existir tal principio, toda la actividad estatal podría ser cuestionada con la posibilidad de justificar la desobediencia como regla normal en el cumplimiento de los actos estatales, obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos como consecuencia de anteponer el interés individual y privado al interés de la comunidad sin atender a la preponderancia que aquéllos representan como causa final del Estado (Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, t. II, págs. 368-369, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966; Cassagne, Juan C, El acto administrativo, 2ª ed., pág. 328, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978). Por su parte, el principio de la ejecutoriedad es un típico privilegio "hacia afuera" que habilita a los órganos estatales para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, apelando excepcionalmente al uso de la coacción dentro de los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico (Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", 7ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, T. II, p. 19 y ss.), encontrándose atribuida en el orden provincial en el art. 47 de la Ley 4.537 de Procedimiento Administrativo de similar tenor al art. 12 de la Ley Nacional sobre la misma materia.

Debe tenerse presente que conforme lo establece la normativa provincial (ley 4537), la suspensión de ejecutoriedad de un acto administrativo es procedente sólo en limitados supuestos cuando se acrediten razones de interés público, la necesidad de evitar perjuicios graves al interesado o la alegación fundada de la existencia de un vicio manifiesto.

Es evidente que ninguno de tales extremos se configura en autos. Por el contrario, existe un claro interés público que excede el interés privado de demandante de subsanar el error incurrido y que exige continuar adelante con la sustanciación del procedimiento concursal para la cobertura de cargos en el Poder Judicial.

Es de público y notorio la situación de gravedad institucional que aqueja al Poder Judicial, lo cual nos exime de mayores comentarios al respecto. Existen al presente más de 44 vacantes en la judicatura provincial, lo que hace suponer que de no cubrirse tales cargos vacíos en un tiempo razonable por la vía de los concursos constitucionalmente establecida, se estaría afectando en gran medida el desarrollo regular de la administración de justicia, con el agravante de que tal crisis impacta en el derecho de todos los ciudadanos a obtener una tutela judicial adecuada y efectiva dentro de un plazo razonable y

sin dilaciones indebidas, garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional. Por otra parte, en consonancia con el art. 5 de la Constitución Nacional, los mismos instrumentos internacionales antes mencionados imponen al Estado el deber de garantizar el servicio de justicia a los administrados, obligación cuyo cumplimiento se ve obstaculizado por la situación crítica del Poder Judicial Provincial antes mencionada.

Por tal motivo, la mera alegación de inconstitucionalidad de un artículo del Reglamento interno efectuada en una causa judicial no es sustento para suspender sus efectos; sino que, por el contrario, la propia normativa (art. 47 Reglamento Interno y art. 47 Ley 4537) y el mandato constitucional que cabe cumplir a este órgano imponen la continuidad de los procesos de selección en curso.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la propia demanda de inconstitucionalidad a que hace mención el recurrente en su escrito como fundamento de la suspensión del concurso que debió haber ordenado el Consejo debió haber sido interpuesta dentro de los sesenta días corridos a contar desde la publicación oficial de la norma atacada (Reglamento interno) que sancionó el Consejo Asesor con carácter general y para todos los concursos a sustanciarse.

Adviértase que la facultad de dictar el Reglamento interno fue conferida expresamente por el art. 6 de la ley 8.197 de creación del Consejo Asesor (B.O. 27096 del 12/08/2009) y el propio Reglamento -adoptado luego de un proceso de debate y discusión en sesiones públicas del Consejo y que fuera ampliamente difundido- fue publicado en Boletín Oficial del 09/12/2009 y, por ende, es de público y notorio y se presume conocido por todos. Por ende, no existe posibilidad legal alguna de efectuar en esta etapa del concurso el planteo de inconstitucionalidad como el pretendido por el Abog. Marcial.

No habiendo cuestionado el recurrente el plexo legal y reglamentario aplicable a los concursos en que participó en tiempo útil, el mismo se encuentra plenamente vigente. Es claro V.E. que no puede válidamente aceptarse en esta oportunidad procesal, una vez realizada la prueba de oposición en legal forma, una impugnación de las exigencias y recaudos previamente impuestos y conocidos por todos los concursantes, so pretexto de que ello se efectúa para resguardar el sistema de transparencia y anonimato.

Debe señalarse que el Acuerdo 7/2010 por el cual se reglamentó el llamado al presente concurso y el Reglamento Interno que el impugnante tilda de inconstitucional, deberían haber sido cuestionados tempestivamente por el accionante. Por el contrario el Abog. Marcial aceptó expresamente dicha reglamentación al inscribirse, e incluso firmó de conformidad que "el suscripto acepta que la presentación de este formulario de inscripción importa ... el conocimiento y aceptación de las condiciones fijadas por el Reglamento Interno (B.O. 09/12/2009)", y se dejó expresamente constancia que el postulante "tiene conocimiento y aceptación de las condiciones fijadas por Reglamento Interno (B.O. 09/12/2009) y los términos y normativa aplicable al presente llamado a concurso. Asimismo manifiesta conocer y someterse a toda la normativa dictada en el presente concurso, los instructivos aplicables y la reglamentación pertinente"; por lo que mal puede, luego de haber cometido el error señalado en violación al sistema normativo vigente, pretender cuestionar la constitucionalidad de la norma dictada por el Consejo en ejercicio de las facultades que le son propias para el cumplimiento de su misión constitucional.

En este sentido resulta plenamente vigente la doctrina de la Excma. Corte de la Nación en el sentido que “el sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin reservas expresas, determina la improcedencia de su impugnación ulterior ...” (Fallos 255:216; 270: 26; 294: 220; 308:1837, entre otros); criterio éste receptado por la Excma. Corte Suprema de Justicia de Tucumán (Cfr. Sentencia Nro. 40 de fecha 18/03/1994 en autos “Arrieta Rafael Gustavo vs. Cia. Azucarera del Norte - Ingenio leales - s/Diferencia indemnización del seguro colectivo”. Idem en Sentencia Nro. 621 de fecha 30/08/2004, en autos “Banco Hipotecario s.a. vs. Méndez Daniel Fermín s/cobro ejecutivo”). El sustento de esta postura se encuentra en lo sostenido por el más Alto Tribunal de la Nación en Fallos 241:162, donde se ha dicho que: “... la seguridad jurídica, imperiosa exigencia del régimen concerniente a la propiedad privada, quedaría gravemente resentido si fuera admisible que pudiera lograr tutela judicial quien primero acata una norma y luego la desconoce, pretendiendo cancelar las consecuencias que de su aplicación se derivaren en el campo de las relaciones patrimoniales”. El fundamento de esta doctrina es plenamente aplicable a supuestos como el presente -sea que se ventilen cuestiones de índole patrimonial o no- donde expresamente el recurrente reconoce el error incurrido en violación a las reglas vigentes, reglas que fueron impuestas previamente de manera igualitaria para todos los concursantes y ampliamente difundidas y que establecen una sanción legal en resguardo de los principios de concurrencia y transparencia rectores de todos los procesos selectivos.

En tercer lugar, corresponde señalar que la Constitución Provincial, al igual que la Carta Magna Nacional impone el concurso público como modo de selección; la solución es plausible pues el concurso es el mecanismo conocido más idóneo para seleccionar los candidatos técnicamente más calificados para cualquier función que requiera un alto grado de profesionalidad. En virtud de la elevada misión que le ha sido confiada por mandato supremo del art. 101 inciso 5 y en cuanto órgano esencial del Estado, absolutamente autárquico e independiente, tiene facultades para fijar su propio presupuesto anual, dictar su reglamento interno y determinar dentro de su sana discreción los métodos y sistemas de evaluación y selección de los postulantes para el ingreso al Poder Judicial de la Provincia y las normas que sean necesarias para asegurar su correcto funcionamiento.

Debe recordarse que los criterios y procedimientos arbitrados para la evaluación y selección no admiten, en principio, revisión por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la institución, salvo cuando los mismos sean manifiestamente arbitrarios lo cual no ha sucedido en estas actuaciones.

El Consejo Asesor de la Magistratura, como todos los Poderes del Estado, tiene un margen de atribuciones que le corresponden por imperio constitucional. Recordemos que este órgano, cuyo fundamento basal se remonta a las disposiciones de la Carta Magna, tiene asignada de manera exclusiva la competencia para sustanciar el procedimiento de selección de los postulantes a cubrir los cargos vacantes en el Poder Judicial.

Su naturaleza de órgano extra poder implicó la adopción un nuevo paradigma en la materia con el propósito de jerarquizar y reforzar el Poder Judicial, fortaleciendo su independencia e imparcialidad al sustraer facultades al Poder Ejecutivo. Como bien fuera señalado por esa Excma. Corte Suprema, la finalidad que se procuró alcanzar con su implementación, mediante la reforma constitucional, fue la consolidar en el procedimiento de selección de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial la independencia de criterio;

indirecta y mediatamente, afianzar la independencia de dicho poder respecto a los poderes políticos; todo ello, en definitiva, en aras de la plena y real vigencia de la forma republicana de gobierno adoptada por la Constitución Nacional en su artículo 1° (sentencia 888/2008 del 08 de septiembre de 2008, en autos "Colegio de Abogados de Tucumán vs. Honorable Convención Constituyente de Tucumán s/ Inconstitucionalidad").

La Constitución Provincial, al igual que la Carta Magna Nacional, impone el concurso público como modo de selección; la solución es plausible pues el concurso es el mecanismo conocido más idóneo para seleccionar los candidatos técnicamente más calificados para cualquier función que requiera un alto grado de profesionalidad. El procedimiento de selección, al igual que cualquier otro destinado a seleccionar funcionarios públicos, puede ser sometido -con ciertos límites- al control judicial de legitimidad, pero no al de mérito (Bielsa, Rafael y Lozano, Luis F., Las atribuciones del Consejo de la Magistratura, La Ley 1994-E, 1105; Iturbide, Gabriela A. y Lugones, Alberto, El Consejo de la Magistratura. Aportes para el procedimiento de selección de candidatos, La Ley 1997-A, 692-Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 161).

En principio, los actos emanados del Consejo Asesor no serían revisables. En palabras del más Alto Tribunal en señero fallo: *"No se trata, pues, sino de una nueva situación en que esta Corte debe poner en juego dos principios, de igual raigambre, que son arquitectónicos en el sistema de división de poderes diseñado por los constituyentes. Por un lado, el tradicional postulado recordado desde 1864 en cuanto a que este Tribunal es el intérprete final de la Constitución (Fallos 1:340); por el otro, aquel arraigado desde 1872 en el tradicional precedente de Fallos: 12:134 que previene que los jueces no han de ser el 'poder invasor', y que ulteriormente ha dado lugar a la formulación que señala que la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de sus competencias, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, pues al ser el llamado para sostener la Constitución un poder que avance en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía y el orden público (Fallos: 155:248 y muchos otros). Por tal motivo, en las causas en que se impugnan actos cumplidos por los otros poderes, en el ámbito de las facultades que les son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, pues ello importaría la invasión y sustitución que se debe evitar (Fallos: 254:43) ... La revisión de los actos del Consejo de la Magistratura en el marco de los procedimientos de selección de los candidatos a jueces, queda circunscripta a ejercer el control de legalidad y a verificar si se produjeron transgresiones —de suficiente nitidez y gravedad— a la normativa aplicable (...) Los aspectos relativos a la valoración de las calidades de los candidatos a jueces, en la faz profesional y personal, están reservados, en principio, a la ponderación exclusiva y final del Consejo de la Magistratura e inmunes a la injerencia judicial, siendo éste el primer, definido y esencial límite que los jueces no pueden superar, so pena de invadir la esfera de atribuciones propias del órgano al que el constituyente encomendó de manera específica tal misión (...) Sólo cuando exista una trasgresión nítida y grave del ordenamiento jurídico o, en especial, de las normas que rigen el procedimiento de selección de jueces, o cuando lo decidido traduzca un ejercicio indisimulablemente irrazonable de aquellas atribuciones al punto de que se observe una parodia del concurso que exigen las normas constitucionales e infraconstitucionales, se tornará viable el examen judicial de los actos impugnados al solo efecto de privarlos de validez y sin avanzar sobre las decisiones finales que en ejercicio de la atribución en examen continúan siendo función insustituible del Consejo de la Magistratura"* (Del voto en disidencia del doctor Fayt. La mayoría de la

Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal en sentencia de fecha 23/05/2006 Fallos: 329:1723).

El control judicial sobre la actividad desplegada por el Consejo Asesor en el marco de los procedimientos llevados a cabo para la selección de los aspirantes a jueces, sólo puede ser entendido con los límites antes señalados. En este punto, es dable traer a colación el criterio judicial restrictivo respecto de la revisión por parte del poder judicial de la actuación de los otros poderes, son pena de convertirse en un poder invasor: *“La función judicial no puede sustituir la acción de los otros poderes, ni asumir la responsabilidad que le cabe a los otros poderes del Estado. El bien común, exige el control de la administración por la justicia, pero no admite a los jueces como tales, en función de administradores (conf. Pearson, “Control Judicial del acto administrativo”, LL, 1975-B-171), siendo uno de los límites más significativos, pero quizás también uno de más imprecisos, la necesaria observancia del principio de razonabilidad insito en el art. 28 de la CN”*, causa Nro. 15.698/01, “Arce, Julio Daniel y otros c/E.N. –M° de Defensa– Dto. 896/01 Ley 25.453 s/amparo”, 26/02/2002, Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, del voto del Dr. Licht, consid. 15 y 16.

El Reglamento interno del Consejo Asesor impugnado de inconstitucionalidad en uno de sus artículos fue emitido cumpliendo las formalidades legales impuestas para su validez y eficacia: consiste en una decisión del cuerpo adoptada con los recaudos de mayoría exigidos para la votación. No existen vicios en la emisión de la voluntad (error, dolo ni violencia o simulación) del órgano emisor; fue expresado en el marco de la competencia asignada por la ley 8.197 que reglamentó su creación, por escrito y respetando las formas esenciales exigidas, debidamente motivados y en cumplimiento de la finalidad que resulta de aquella norma y debidamente publicitados. Además implica desde su contenido el ejercicio de una opción más que válida entre otras posibles y que sigue los criterios adoptados por numerosos reglamentos similares vigentes en otras provincias y a nivel nacional.

A riesgos de ser reiterativos, expresamente cabe afirmar que en el recurso presentado no ha quedado demostrado que sea arbitraria o ilegítima la sanción de exclusión legal que impone el artículo atacado frente a violaciones al sistema de anonimato diseñado como garantía del concurso, ni que el Consejo Asesor haya actuado de manera manifiestamente arbitraria e ilegítima al sancionar la norma recurrida y al aplicarla al caso concreto. Tampoco existe vulneración al debido proceso o defensa en juicio ni afectación de la garantía de igualdad o la idoneidad, ni del principio de legalidad y el de razonabilidad, ni de los demás derechos implícitos o explícitos del postulante que amerite la declaración de inconstitucionalidad solicitada por el accionante.

Por tanto, no existe sustento alguno para pretender -como lo hace erróneamente el recurrente- que se declare la suspensión del concurso hasta tanto recaiga sentencia en la acción judicial instaurada.

En cuanto a los vicios que -erradamente- se imputan al acto del Consejo Asesor, tanto de ilegitimidad como de oportunidad, mérito y conveniencia, debe destacarse que el sistema de doble candado y anonimato y la consiguiente sanción de exclusión del concurso para el supuesto de su violación rigen para el resto de los concursantes inscriptos. Las pautas precisas elaboradas por este Consejo para la realización de los exámenes escritos y determinadas y publicitadas en la reglamentación pertinente, fueron conocidas con anterioridad tanto por el mismo actor como por los oponentes; todo el procedimiento de

anonimato, descrito en el artículo 38 del Reglamento fue diseñado para garantizar la transparencia y objetividad de la prueba de oposición, excluyendo cualquier preconcepción o subjetividad que pudiera existir como consecuencia del conocimiento de la identidad del postulante que permitiera inclinar el juicio objetivo que debe primar en la calificación.

Se trata de una garantía establecida en pos del proceso de selección para todos los aspirantes, y no prevista a favor de los concursantes individualmente en el sentido de que los errores cometidos en violación de tal régimen pueden ser subsanables como lo entiende el concursante ni tampoco que ellos trasuntan el ejercicio de los "derechos civiles" de "libertad jurídica" por parte de los postulantes.

El postulante Marcial no puede desconocer, como abogado con apego a la ley por más de 30 años, que las reglas se imponen para ser cumplidas por los destinatarios a quienes va dirigida. Tampoco puede soslayar que el error no es excusable por cuanto, aún consintiendo que se trata de un error de hecho, material e involuntario, el mismo no puede alegarse cuando proviene de una negligencia culpable (doctrina del art. 929 del Código Civil). Expresamente el postulante fue notificado de todas las condiciones a que estaba sometida la prueba escrita de oposición (fecha, hora, duración, modalidad, formato y caracteres de letra a utilizar, sistema de anonimato con código de barras, etc.) y se sometió voluntariamente a ellas, por lo que cualquier violación o infracción cometida no puede ser imputable más que a su propia conducta.

La forma legal establecida se halla estrechamente emparentada con los principios de concurrencia e igualdad de los concursantes que deben regir en todos los procesos de selección. Es por tal motivo que en la etapa específica del procedimiento constituida por la prueba de oposición, la modificación de las calificaciones efectuadas por el jurado debe ser de carácter excepcional, ya que existe *ab initio* una garantía de imparcialidad e igualdad preservada mediante el anonimato de todo el proceso de la prueba y su corrección; y debe evitarse que esta garantía se vea afectada al recalificar a un postulante conociendo su identidad y el resultado de las etapas anteriores.

Es pertinente traer a colación la doctrina sentada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza en autos "Chacón de De Rosas María Teresa vs. Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza s/ Acción Procesal Administrativa" donde expresamente se sostuvo que "*los principios y las normas de la licitación pública se aplican, en lo pertinente y con carácter de subsidiario, a los concursos, sean éstos de antecedentes o de oposición. Por lo tanto, violar las bases del concurso y en particular el anonimato del postulante, implica la descalificación del concursante, tal como ocurriría con la oferta licitatoria con defectos formales o sustanciales*".

En el caso de autos el artículo 38 no es susceptible de ser atacado ni cuestionado en su constitucionalidad por cuanto constituye, desde lo formal, una norma adoptada con las previsiones legales respecto al quórum y formas de la emisión de la voluntad del órgano emisor y debidamente publicitado a través del boletín oficial de la provincia y al cual el demandante, como todos los concursantes, se sometió voluntariamente y prestó expresa conformidad; desde el contenido, implica la adhesión a un sistema de evaluación adoptado en el marco de la discrecionalidad que compete al órgano. La modalidad del anonimato en las pruebas escritas constituye el común denominador presente en la mayoría de los reglamentos de los distintos órganos encargados de llevar adelante los procesos de selección de jueces en las diferentes provincias argentinas, por lo que no puede sostenerse que con su aplicación se produce una

violación de los derechos y garantías constitucionales de la igualdad en el acceso a los cargos públicos (art. 16 CN), debido proceso (art 18 CN) y razonabilidad.

A título de ejemplo podemos citar el art. 31 del Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la designación de magistrados del Poder Judicial de la Nación (aprobado por Resolución N° 614/09) que expresamente dispone lo siguiente: *“Artículo 32. Los concursantes deberán utilizar para el examen las hojas provistas por el Consejo. En el margen superior derecho de la primera hoja del examen se colocará un número clave, que será la única identificación que podrá tener la prueba. La inserción de cualquier otro signo que permita descubrir la identidad del concursante determinará su automática exclusión del concurso. En el momento de darse comienzo a la prueba de oposición, el Secretario o el personal por él designado entregará a cada uno de aquéllos -junto con dichas hojas- una ficha con el mismo número clave de identificación, destinada a ser completada con sus datos personales. La adjudicación se efectuará al azar y no quedará constancia alguna que permita relacionar al postulante con el número clave que le haya correspondido. En resguardo del anonimato, las autoridades de la Comisión podrán dar instrucciones a quienes participan del examen escrito sobre los medios que deberán emplear para rendirlo o sobre la forma en que deberán redactarlo. Sólo tendrán acceso a la sala donde se tomen los exámenes los concursantes convocados por la Comisión, los consejeros, los integrantes del Jurado, y los funcionarios y empleados autorizados e identificados del Consejo de la Magistratura, encargados de tareas auxiliares y de control. Los concursantes no podrán ingresar a ella con computadoras o máquinas de escribir electrónicas con memoria, ni munidos de teléfonos celulares o de cualquier aparato de comunicación. Podrán utilizar únicamente los textos legales vigentes y la bibliografía que lleven consigo siempre que se trate de una cantidad razonable, lo que queda a absoluto criterio del Consejero a cargo de ese acto, siendo su decisión inapelable. No se admitirá el ingreso a los concursantes una vez transcurrida media hora del inicio de la prueba de oposición. Al concluir la prueba, el postulante deberá entregar: a - La ficha con sus datos debidamente completada. Las fichas se reservarán en una urna o sobre de mayor tamaño, que será cerrado al recibirse el último por el Secretario o por el personal por él designado. b - La prueba, que se guardará también en una urna o sobre de mayor tamaño, que será cerrado por los mismos funcionarios al recibirse la última prueba. A cada postulante se le otorgará recibo de las hojas entregadas. Cuando la Comisión disponga la entrega de los exámenes al Jurado para su evaluación, el Presidente o el Secretario procederá a la apertura de la urna o sobre que contenga las pruebas. El personal designado por aquellos funcionarios extraerá las fotocopias necesarias en forma tal que no aparezca el número clave, el que será reemplazado por otra clave alfabética, cuya correlación quedará establecida en un acta que permanecerá reservada en Secretaría hasta el momento al que se refiere el artículo 33. Las fotocopias identificadas con la clave alfabética serán las utilizadas por el Jurado para la calificación de las pruebas de oposición. El régimen establecido en el presente artículo para resguardar el anonimato de las pruebas de oposición podrá ser reemplazado por resolución de la Comisión por otro que resulte más idóneo o conveniente, siempre que cumpla suficientemente con el objetivo buscado”*.

Por su parte, el Reglamento interno del Consejo de la Magistratura de Catamarca prevé en el artículo 27, en su parte pertinente, que: *“Art. 27. - Los integrantes del Consejo de la Magistratura: 1. Presenciarán el coloquio u oposición oral, a cuyos efectos por Secretaría se comunicará el lugar, día y hora en que cada postulante será citado para ello. 2. Los casos prácticos reales*

serán los mismos para todos los postulantes que se presenten al concurso, y serán abarcativos de aspectos sustanciales, procesales e incidentales. Podrá requerirse la resolución de más de un caso. 3. La duración de la prueba escrita no excederá de ocho (8) horas. 4. Con antelación a la prueba escrita y ante la presencia de los concursantes, se sortearán el o los sobres cerrados que contienen los temas sobre los que versará el examen, expidiéndose las copias para ser distribuidas entre los concursantes. 5. Los postulantes sólo podrán consultar los códigos de fondo y de forma -no comentados-. 6. Los postulantes no podrán ingresar munidos de teléfonos celulares o cualquier otro medio de comunicación con el exterior. 7. El Consejo deberá garantizar el anonimato de las pruebas escritas, a fines que el postulante no sea identificado antes que aquella sea calificada. 8. La ausencia del postulante a cualquiera de las dos pruebas de oposición, determinará la exclusión automática del concurso, sin admitirse justificaciones y sin recurso alguno”.

El Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba, ha dispuesto el siguiente texto: “**Artículo 35.- REALIZACIÓN DE LA PRUEBA - REGISTRO DE ASISTENCIA - ANONIMATO - ACTA. PRACTICADO** el sorteo pertinente, el Secretario General labrará un acta con indicación del o los sobres desinsaculados y registrará en el horario establecido la asistencia de los concursantes. Se admitirá una tolerancia de quince (15) minutos para comenzar la evaluación. Conjuntamente con las copias del o los casos prácticos sorteados y de las hojas oficiales, se entregará a cada uno de los presentes un sticker con código de barras, por triplicado, uno para ser adherido al examen, otro para el concursante y el último para que, al finalizar la evaluación, se introduzca en sobre para su posterior cierre lacrado. El código de barras identificará unívocamente a cada concursante cuya clave secreta conocerá el Secretario General, la que se decodificará luego de concluida la corrección de los exámenes. La hoja con el sticker servirá para el encabezamiento del resto de las hojas oficiales sin clave que se entregarán conforme a la extensión del examen elaborado. Los exámenes no deberán ser firmados, ni contener elemento identificador alguno, salvo la clave de referencia. La violación del anonimato por parte del concursante determinará su automática exclusión. El acta abierta dejará constancia de la entrega de las evaluaciones y cierre del proceso, que será suscripta por los miembros de la respectiva Sala que se encuentren presentes.”

También podemos citar el Reglamento interno de la Provincia de Mendoza que reza: “**Artículo N° 30: MODALIDADES DE LA EVALUACIÓN ESCRITA.** El día y hora fijados para la evaluación, dará comienzo el acto con la presencia de los Miembros de la Comisión Asesora de que se trate, el Secretario del Consejo y los postulantes que hubieren comparecido. La Comisión especificará a los postulantes las características del examen y su tiempo máximo de duración el que no podrá ser inferior a tres ni superior a ocho horas, haciendo entrega del tema. La prueba deberá ser rendida utilizando una computadora del Consejo, para el supuesto de que el concursante no sepa o no pueda utilizar la computadora proporcionada por el Consejo podrá realizar su evaluación mediante máquina de escribir o a mano con letra legible; dicho escrito deberá ser grabado e impreso con posterioridad en el equipo proporcionado por el Consejo, en los dos últimos supuestos y antes de concluido el tiempo de evaluación, por un operador perteneciente al personal del Cuerpo o del Poder Judicial. A cada postulante se le entregará inicialmente una hoja dividida por troquelado y con un número que se repite en ambas partes. Dentro de un sector de la hoja los aspirantes transcribirán sus datos personales y la entregarán debidamente firmada y en sobre cerrado al Secretario del Consejo; quien colocará todos los sobres en otro mayor que también cerrará, con su firma, sello y suscripto por uno de los Miembros de la

Comisión Asesora. La otra parte de la hoja, conteniendo solamente el número, será adherida en presencia del aspirante a las hojas del examen escrito. Las pruebas no deberán ser firmadas ni contener elemento identificador alguno, salvo el número al que se ha hecho referencia precedentemente. Éste se entregará y se agregará a la evaluación en el momento inmediato anterior a la impresión del escrito definitivo realizado por el postulante. El incumplimiento de la obligación establecida anulará automáticamente el examen. Los postulantes tendrán a su disposición los servicios que brinda la biblioteca del Poder Judicial, así como su propia bibliografía y notas personales. En ningún caso se admitirá el uso de computadoras de propiedad de los concursantes”.

A su turno, el órgano seleccionador de la Provincia de Santa Fe establece en su reglamento de concurso: “ARTÍCULO 22° - Oposición. La prueba de oposición consistirá en la resolución de dos casos reales o imaginarios según los parámetros que fije la reglamentación, debidamente mantenido en reserva y que resultará elegido a través de un sorteo a efectuarse inmediatamente antes de dar comienzo a ella. La modalidad de la oposición podrá ser oral y/o escrita según establezca el Presidente en cada caso, quien también deberá fijar el lugar donde deberá realizar tendiendo presente para ello razones de conveniencia. Será calificada por el Cuerpo Colegiado de Evaluación Técnica con un máximo de hasta cien (100) puntos. La prueba será la misma para todos los postulantes y versará sobre temas directamente vinculados a la vacante que se pretende cubrir durando, en el caso de ser escrita, un máximo de seis (6) horas. Se evaluará tanto la formación teórica como la capacitación práctica. Si la prueba fuese escrita, durante su desarrollo deberá encontrarse presente al menos un miembro del Cuerpo Colegiado de Evaluación Técnica. De ser posible el Presidente del Consejo podrá disponer que la corrección se realice el mismo día del examen, junto con la de los antecedentes prevista en el art. 20 in fine. De no ser así se establece un plazo de veinte (20) días para esta etapa de corrección, el cual deberá contarse desde la realización de la prueba de oposición y sin perjuicio de que se autoriza al Presidente del Consejo a prorrogarlo. La evaluación culminará con un Acta firmada por la totalidad de los integrantes del Cuerpo Colegiado de Evaluación Técnica y refrendada por el Secretario, la que contendrá el puntaje adjudicado a cada postulante por cada miembro del Cuerpo Colegiado y, como resultado del promedio de ellos, el puntaje único y definitivo de la oposición. Los postulantes que no obtengan un mínimo de sesenta (60) puntos quedarán excluidos del concurso. La reglamentación deberá asegurar, además de la celeridad, el carácter anónimo de los exámenes escritos para su corrección”.

No debe dejar de señalarse que los criterios y procedimientos arbitrados para la evaluación y selección no admiten, en principio, revisión por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la institución, salvo cuando los actos administrativos impugnados sean manifiestamente arbitrarios (criterio idéntico ha sido propiciado para un concurso docente en el dictamen del Procurador Fiscal subrogante que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suyo, en Sentencia de fecha 31/10/2006, en autos “González Lima, Guillermo Enrique c. Universidad Nacional de La Plata”, publicado en La Ley 23/02/2007, 23/02/2007, Fallos: 329:4577. Esta postura ha sido mantenida por el Máximo Tribunal Federal en “Loñ, Félix R. c. Universidad de Buenos Aires” del 2003-07-15. Ídem CSJN en autos “Dr. Caiella interpone rec. directo art. 32 ley 24.521 c. resolución del H. Cons. Sup. de la U.N.L.P.” de fecha 2004-11-16).

En cuarto lugar, no ha existido violación del derecho de defensa del postulante por cuanto, conforme lo establece el Reglamento interno, se corrió vista del dictamen del jurado respecto de su examen -en la parte pertinente que

dispone la exclusión del concurso por los fundamentos allí expresados-, de la evaluación de antecedentes efectuada por el pleno del Consejo Asesor y del Acta Nro. 33 donde por unanimidad se resolvió aplicar la facultad de excluirlo del proceso de selección en trámite. Tampoco existió una falta del Consejo al omitir al postulante notificar de la realización de la sesión que tuvo lugar el día 18 de agosto pasado por cuanto, tanto en la Ley de creación del órgano como en el Reglamento interno -ambos cuerpos normativos de público y notorio conocimiento luego de su publicación en Boletín Oficial de la Provincia-, se establece que el Consejo sesionará durante el periodo hábil judicial y que durante el mismo se reunirá en sesiones públicas ordinarias

Por otra parte es necesario recordar el criterio inveterado del Supremo Tribunal de la Nación según el cual, frente a las diversas alternativas que presenta la hermeneútica de un precepto legal, deberá optarse preferentemente por la que sostenga su validez y sólo como última alternativa ha de estarse por la inconstitucionalidad (Fallos: 312:296, 974).

En un afín orden de ideas, se ha entendido que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, pues implica un acto de suma gravedad institucional, y a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas jerárquicamente inferiores (Fallos: 311:395; 312:122, 435, 1437, 1681 y 2315; 324:920,4404, entre muchos otros). La norma en cuestión, en la medida en que resulta consecuencia de un procedimiento reglado ante el propio Consejo Asesor donde se encuentra previsto el ejercicio del derecho de defensa de los impugnantes y establece que debe ser debidamente fundada, no resulta contraria a la luz de tales parámetros a los estándares constitucionales y, por ende, pierde sustento la impugnación que afirma su carácter contrario a la Constitución Nacional.

Finalmente debe tenerse presente que la Excma. Corte Suprema en los autos "Marcial Américo Valentín c/ Provincia de Tucumán s/ Inconstitucionalidad" ha resuelto mediante sentencia 510/2010 de fecha 30 de julio de 2010 rechazar la medida cautelar peticionada por el ahora recurrente con sustento en que en el supuesto hipotético de prosperar la acción principal instaurada y declararse la inconstitucionalidad del art. 38 del Reglamento Interno, el postulante automáticamente deberá ser incorporado y calificado por el Jurado; lo cual confirma la razón para decidir el rechazo de la impugnación en esta instancia.

Por todo ello, y en virtud de las facultades provenientes de la ley 8.197, del Reglamento Interno del Consejo Asesor de la Magistratura, y de la normativa aplicable al presente concurso:

EL CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA DE TUCUMÁN

ACUERDA

Artículo 1: **DESESTIMAR** la presentación efectuada por el Abog. Américo Valentín Marcial en fecha 20 de agosto de 2010, en el marco del concurso público de antecedentes y oposición destinado a cubrir tres vocalías de la Excma. Cámara de Apelaciones en Familia y Sucesiones del Centro Judicial Capital, conforme a lo considerado.

Artículo 2: **NOTIFICAR** de la presente al impugnante, poniendo en su conocimiento que la resolución resulta irrecurrible a tenor de lo dispuesto en el art. 43 del Reglamento Interno del Consejo Asesor de la Magistratura.

Artículo 3: De forma.

[Handwritten signatures and initials]

[Signature] *[Initials]*

[Signature] *[Signature]*

[Signature] *[Signature]*