

ACUERDO Nro. 86/2010

En San Miguel de Tucumán, a 3 días del mes de Noviembre del año dos mil diez; reunidos los Sres. Consejeros del Consejo Asesor de la Magistratura que suscriben, y

VISTO

La presentación efectuada por la Abog. Alicia Merched en fecha 19/10/2010, en la que deduce impugnación a la calificación de su prueba de oposición por manifiesta arbitrariedad en los términos y con los alcances del art. 43 del Reglamento Interno en su calidad de postulante al cargo del concurso Nro. 10 para cobertura de una vacante de Fiscal de Instrucción del Centro Judicial Monteros, aprobado por Acuerdo 16/2010; y,

CONSIDERANDO

I.- Que a los fines del correcto tratamiento de los planteos efectuados, corresponde primeramente enunciar la fundamentación esgrimida por la impugnante en respaldo de su pretensión:

La recurrente interpreta que el Tribunal Examinador ha incurrido en arbitrariedad manifiesta en ocasión de fundar la calificación a su examen, señalando que se han afectado las reglas de la sana crítica y razonabilidad que deben primar en las decisiones que adopte el Tribunal examinador. Afirma que ellas deben "revisarse en su justa medida", en virtud de los argumentos en que fundamenta su posición y que, refiere, tienen un punto de vista estrictamente objetivo.

Impugna la calificación en la prueba de oposición, identificada como Examen 11, por entender que a su juicio el tribunal omitió aplicar las pautas del art. 39 del reglamento Interno del C.A.M., violando los principios de razón suficiente y no contradicción. Señala que se ha prescindido de analizar las constancias del examen y se ha inobservado la norma específica al respecto.

En primer lugar, analiza el supuesto de "*arbitrariedad por grave omisión de análisis de las constancias del examen*". Intenta demostrar que existe arbitrariedad porque el Jurado, siguiendo con su razonamiento, "*omite analizar argumentos y normativas analizados en el examen desarrollado*" por su parte. Transcribe lo mencionado en el dictamen: "*... Por las características del caso correspondía aplicar el inc. 3º y no el Inc. 1º del art. 181 del C.P....*"

Refiere que del desarrollo de la prueba escrita surge -a su criterio- con absoluta claridad que "*en todo momento se hace referencia en la calificación legal asignada al Delito del caso N° 2, al desarrollar el Requerimiento de Elevación a Juicio, para ambos imputados es la tipificada por el art. 181 inc. 3 del C.P.*".

Enfatiza que "*nunca se mencionó el inc. 1º de mismo art. Toda vez que se consideró que en el caso asignado estaba claramente identificado el tipo*

penal del inc. 3º, ... 'el que, con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble'” ...

Manifiesta que *“en el caso analizado en el examen que se impugna se dan las características exigidas, es decir la turbación de la posesión o tenencia con violencia y amenazas”*, lo que considera habría sido advertido por el Jurado en la evaluación del examen; expone que luego éste se habría equivocado pues corrigió un error que -a su juicio- no existe en realidad *“al decir que la suscripta calificó la conducta con el inc. 1 cuando en realidad lo hizo con el inc. 3 como claramente manifiesta correspondía aplicar”*.

Pone de resalto que ello implica advertir *“una seria contradicción en el dictamen del Jurado respecto a la supuesta errónea aplicación del artículo del C.P., razonamiento que cae por su propio peso y se contradice asimismo, con las constancias que surgen del propio examen y que resultan de una simple lectura del requerimiento efectuado”*.

Por lo expuesto, concluye que el dictamen impugnado *“deviene en irrazonable y arbitrario, correspondiendo en consecuencia revisar el examen atento a lo ilógico del mismo, puesto de manifiesto en sus propias afirmaciones”*.

En segundo lugar, refiere que existió *“arbitrariedad por violación al principio lógico de no contradicción”*.

Argumenta que *“de lo supra manifestado, de las constancias del examen y de el dictamen impugnado surge con palmaria claridad que el Jurado se contradice, ya que por un lado manifiesta con respecto al examen de la suscripta ‘...Correctamente estructurado en lo procesal...Concluye calificando la conducta...como inserta en el art. 181 inc 3... en relación a González y como participe necesario del delito del art. 181 inc. 3 ... con respecto a Álvarez...’, para a renglón seguido concluir: ‘Por las características del caso correspondía aplicar el inc. 3 y no el inc. 1 del art. 181 del C.P.’”*.

Destaca que el principio de no- contradicción se enuncia afirmando que nada puede ser y no ser al mismo tiempo y que no se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa del mismo sujeto. Entiende que este caso concreto *“se observa un quiebre por parte del Jurado de la aplicación de la norma rectora por la cual debía guiarse la evaluación”*.

Menciona la existencia de doctrina y Jurisprudencia que hace referencia específica a los principios de arbitrariedad y no contradicción.

Fundamenta su pretensión en lo expresamente dispuesto en Ley Provincial 8197, Art. 39 del Reglamento Interno del Consejo Asesor de la Magistratura de la Pcia. de Tucumán y normas supletorias a las que hace referencia y Jurisprudencia aplicable.

Finalmente solicita se tenga por impugnada por arbitrariedad y contradicción manifiesta en la calificación de la Prueba de Oposición identificado como examen N° 11 del concurso para la cobertura de un cargo vacante de Fiscal de Instrucción del Centro Judicial Monteros y se de cumplimiento con el procedimiento estipulado en el art. 43 del reglamento interno del Consejo Asesor de la Magistratura.

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

La postulante Merched plantea formal impugnación a dictamen del jurado respecto de su prueba de oposición en el marco del procedimiento previsto en el art. 43 del Reglamento interno.

Cabe señalar que el recurso sometido a estudio fue interpuesto extemporáneamente. Ello por aplicación del art. 43 del reglamento que prevé un plazo de 5 (cinco) días a tales efectos y considerando que la postulante Merched fue notificado del orden de mérito provisorio, de la calificación a los antecedentes personales y del dictamen del jurado evaluador mediante cédula de fecha 8 de octubre y el recurso fue interpuesto el día 19 de octubre siendo hs. 12,55 conforme da cuenta el respectivo cargo de recepción puesto en el escrito por Secretaría administrativa, esto es fuera del horario administrativo de atención al público.

A mayor abundamiento, refuerza lo antedicho respecto de la extemporaneidad del recurso, el tenor del Instructivo del presente concurso al que todos los postulantes prestaron conformidad suscribiéndolo de puño y letra -que obligaba a los concursantes a mantenerse informados de todas las alternativas que pudieran suscitarse en el marco del procedimiento, sin perjuicio de las notificaciones personales que con carácter de excepción pudiera disponer el propio Consejo y establecía el horario de atención de 8 a 12 hs.-, considerando el carácter público de la sesión ordinaria del pleno del cuerpo que tuvo lugar el día 6 de octubre pasado y por el que se aprobó el orden de mérito provisorio, resultante de la sumatoria de antecedentes y de la calificación asignada al jurado, que ahora se impugna.

Por tanto, este solo argumento resulta suficiente enervar las pretensiones impugnativas provenientes del recurso interpuesto.

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 el fuero penal de los Centros Judiciales Concepción y Monteros -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.

Conforme surge del tenor mismo del art. 43 del Reglamento Interno, 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 constituyan una simple expresión de disconformidad del postulante con el puntaje adjudicado. En efecto, el texto expreso de la norma citada dice lo siguiente:

Art. 43.- Vista a los postulantes De las calificaciones de la prueba de oposición escrita y de las evaluaciones de los antecedentes y del orden de mérito provisorio resultante, se correrá vista a los concursantes, quienes podrán impugnar la calificación de su prueba de oposición y la evaluación de sus antecedentes, en el plazo de cinco días, a contar desde que fueran notificados. En idéntico plazo, podrán impugnar la evaluación de antecedentes de otros postulantes. Las impugnaciones sólo podrán basarse en la existencia de arbitrariedad manifiesta en la calificación del examen o valoración de los antecedentes. No serán consideradas las que constituyan una simple expresión

de disconformidad del postulante con el puntaje adjudicado. Las impugnaciones a la calificación de la prueba de oposición y a la evaluación de los antecedentes deberán plantearse por escrito, acompañando una versión de su texto en soporte magnético. Una vez vencido el plazo para las impugnaciones, el Consejo analizará los cuestionamientos a las evaluaciones de antecedentes y a las calificaciones de las pruebas de oposición. Si lo considerare conveniente, el Consejo podrá designar consultores técnicos de reconocidos antecedentes en la materia para que emitan opinión al respecto, asesorando al Consejo o a cada uno de los Consejeros que así lo requieran o requerir la intervención del Jurado para que brinde las explicaciones o informaciones correspondientes. Luego de ello, el Consejo, se expedirá sobre las impugnaciones planteadas en un plazo máximo de cinco (5) días. Podrá apartarse fundadamente de las calificaciones y evaluaciones en el caso de que advirtiere la existencia de arbitrariedad manifiesta. La resolución será irrecurrible.

De manera preliminar cabe señalar -atendiendo al requisito de procedencia contenido en el artículo transcripto- que de la lectura del escrito bajo análisis no surge de manera expresa que el libelo acredite la existencia de arbitrariedad manifiesta alguna en la calificación del examen, incurriéndose en una notoria insuficiencia del recurso que amerita su rechazo, puesto que su pretensión no resultaría más que una mera disconformidad con el resultado al que ha arribado objetivamente el tribunal desinsaculado. Por tanto, corresponde desestimar el recurso interpuesto.

No obstante lo expuesto, analizando el fondo de la cuestión traída a estudio, cabe señalar que no le asiste razón a la impugnante en cuanto considera que ha existido arbitrariedad “por grave omisión de análisis de las constancias del examen” y por “violación al principio lógico de no contradicción”.

Como se desprende del dictamen ahora cuestionado, el Tribunal obró de plena conformidad a lo establecido por el Reglamento de aplicación al presente concurso, tomando como directrices los parámetros que surgen del art. 39, -en el marco del análisis de la formación teórica y práctica del postulante, la consistencia jurídica de la solución propuesta dentro del marco de lo razonable, la pertinencia y el rigor de los fundamentos y la corrección del lenguaje utilizado, entre otras pautas-, especificando de manera objetiva, detallada, completa y suficiente los distintos criterios tenidos en cuenta al momento de evaluar las pruebas escritas, los que fueron aplicados de manera razonada, fundada e igualitariamente a todos los concursantes; resultando dicho acto, por tanto, harto suficiente y motivado.

Al respecto deviene conveniente explicitar que por el caso Nro. 2, la postulante recibió un calificación de 22 (veintidós) puntos, sobre la base de las siguientes consideraciones emitidas por tribunal interviniente:

“Tema 2: Correctamente estructurado en lo procesal. Hace referencia específicamente a la prueba y la analiza con corrección en el punto: Fundamentos. Concluye calificando la conducta de González como inserta en el art. 181 inc. 3, en concurso real (55) con el delito de amenazas del 149 bis 1º párrafo y el delito de daños del art. 183 en relación a González. Y, como partícipe necesario en el delito de usurpación del 181 Inc. 3. cc con el art. 45 del CP., a Donato Álvarez. Por las características del caso correspondía aplicar el Inc. 3º y no el Inc 1º del Art. 181 del CP. Por los criterios objetivos de evaluación se le asignan 22 puntos”

Respecto de los reproches efectuados por la letrada Merched, debe señalarse que los argumentos esgrimidos no logran conmover el dictamen del jurado desinsaculado ni la razonabilidad de los criterios adoptados para la calificación ni la justeza de la nota que le fuera asignada.

Para así resolver se tuvo en cuenta la contestación de los integrantes del Jurado a la vista que fuera corrida mediante Secretaría Administrativa de este Consejo -conforme a lo aprobado en sesión pública del día 20 de octubre-, quienes si bien reconocieron la existencia de un error de tipeo, entendieron ajustado el dictamen emitido oportunamente y ratificaron las conclusiones allí vertidas.

Al respecto, cabe señalar que este Consejo Asesor oportunamente advirtió sobre la existencia de este error material, cuya entidad surge con nitidez de la lectura integral del dictamen y del examen de oposición de la impugnante. No obstante ello, en orden a garantizar el derecho de defensa, se decidió correr vista al jurado a fin de que, en los términos del art. 43, brinde las explicaciones o informaciones correspondientes.

En efecto, en fecha 26 de octubre de 2010, el jurado respondió lo siguiente:

*“La postulante aduce que el Tribunal Examinador incurrió en arbitrariedad manifiesta, al fundar la calificación a su examen, ya que omitió analizar argumentos y normativas citadas. Resalta que se inserta lo siguiente: **“Por las características del caso correspondía aplicar el inc. 3º y no el Inc. 1º del art. 181 del C.P.”***

*No existe arbitrariedad, ni se omitió el análisis de los argumentos expuestos por la postulante. Se ha incurrido en un **error de tipeo** al consignar el inciso, ya que efectivamente por las características del caso, correspondía aplicar el inc. 1 que describe la **desposesión**, y no el inciso 3 del art. 181 del C.P. que describe la **turbación**.*

El hecho intimado describe la desposesión del inmueble a través del ingreso por medio de la violencia. Despojar en el Caso N°2, está tomado como una acción de desposeer, privando a la víctima del uso y goce del inmueble. Esa actuación está descrita en el inciso 1 del art. 181 del Código Penal.

A través del ingreso en el inmueble por los imputados, y manteniéndose en él, se ha producido el desplazamiento de la víctima.

No se trata de un caso de turbación de la posesión descrito en el art. 181 inc. 3. del C.P., pues se ha demostrado la intención de desposeer el inmueble, y no la de restringir o turbar el ejercicio de la posesión que tenía el damnificado.

Claramente la postulante defiende la aplicación del inciso 3 del art. 181, y así lo expone, transcribiendo el contenido de la normativa del Código Penal.

Por lo expuesto, solicitamos se rechace la impugnación realizada, ya que no existe arbitrariedad ni contradicción manifiesta, en la calificación del examen identificado con el n° 11. Solamente se ha incurrido en un error de tipeo, al consignar que correspondía aplicar el inciso 3 del art. 181 del C.P..”

En virtud de los argumentos señalados, es más que razonable el puntaje otorgado por el tribunal de 22 (veintidós) puntos por la resolución del segundo caso, sobre un total de 27,5 puntos posibles, y, aclarado el error material incurrido por el jurado, no se advierte arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta en la actuación del tribunal que justifique una revisión de la calificación otorgada.

Efectivamente surge del proyecto elaborado por la concursante que en la parte V, al calificar legalmente el hecho, ésta ha imputado a los señores Juan Domingo González y Francisco Donato Álvarez la comisión de los delitos de Usurpación (art. 181 inc. 3 del Código Penal), en calidad de autor y partícipe necesario, respectivamente.

Por su parte, de la lectura del caso sujeto a examen, surge con claridad que el hecho ilícito descrito responde a la figura legal del “despojo” o “desposesión” contemplada en el inciso 1° del art. 181 del Código Penal, que comprende los supuestos en que “por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad” se “despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes”, esto es, comprende la privación del uso y goce del inmueble a la víctima; hipótesis diferente de la “turbación” de la posesión o tenencia de un inmueble mediante violencias o amenazas regulada en el inciso 3° de la misma norma, a la cual se remite la postulante. Basta como prueba de lo dicho, y a sólo título de ejemplo, las afirmaciones contenidas a fs. 2 (inspección ocular) y fs. 4 (declaración testimonial).

En consecuencia, no le asiste razón a la letrada Merched en tanto considera que existió manifiesta arbitrariedad en la valoración de su prueba escrita respecto del caso Nro.2; en este aspecto de la evaluación se entiende acertada y suficiente la nota otorgada por el jurado a la luz de las consideraciones antes señaladas, por lo que ningún agravio le cabe a la recurrente.

Frente a la existencia de un error material como el señalado anteriormente, advertido oportunamente por este Consejo y confirmado por la respuesta dada por el tribunal, la actitud de la recurrente de aprovechar un desliz de tipeo para fundar su recurso, podría parecer temeraria y deviene a todas luces claramente infundada.

A mayor abundamiento, cabe resaltar que la postulante ha incurrido en un error de contradicción a lo largo de su prueba de oposición, puesto que si bien en su proyecto de responde hace mención a acciones de “despojo” (véase el párrafo quinto de la 2da. foja, o el segundo párrafo de la misma foja vuelta), en la parte final de su escrito -cuando encuadra el hecho en el tipo legal que considerada corresponde- hace referencia a la figura del inciso 3°, esto es, la turbación.

Es claro que tanto los aciertos como las falencias cometidas por la reclamante en su sentencia, y que fueron oportunamente señaladas por el tribunal, constituyen la base argumental para sostener la justicia de la nota final con la que el jurado la calificó: 22 puntos.

No queda lugar a dudas pues que el puntaje asignado se corresponde con el propio dictamen de la prueba, con la consigna del caso sometido a examen, y con los criterios tenidos en cuenta por el jurado para calificar el examen de Merched y los de los demás concursantes, y desecha la hipótesis de que hubiera existido arbitrariedad y/o le hubiera correspondido una calificación superior.

La razonabilidad y fundamentación del dictamen en cuanto a la puntuación asignada, la adecuación a las circunstancias y hechos concretos del caso, la valoración de la idoneidad de la postulante -idoneidad que en la etapa de oposición se refleja en la propia prueba escrita que ésta elaboró- y el respeto

por las pautas del Reglamento Interno, surgen más que evidentes por todo lo expuesto *supra*, descartan que aquél sea manifiestamente arbitrario y ameritan el rechazo del presente recurso.

La jurisprudencia tiene dicho que *“La decisión administrativa que aprueba el dictamen del jurado en un concurso ... se trata del ejercicio de facultades discrecionales que integran una categoría denotativa del ejercicio por la Administración de una entre varias opciones jurídicamente posibles, cuyo control jurisdiccional es improcedente salvo arbitrariedad (Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala II, 27/10/2009, “Cantú, Liliana Mónica”, La Ley Online AR/JUR/41254/2009).*

En igual sentido se ha expresado que: *“el "juicio pedagógico" – calificación- efectuado por el tribunal ... es una cuestión que pertenece al ámbito de discrecionalidad técnica del administrador y escapa al control de los poderes del Estado, salvo que se hayan vulnerado las bases de la convocatoria o se haya incurrido en notoria contrariedad” (Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, 14/05/2009, “Esc. M. S. S. c. Tribunal de Superintendencia Notarial Concurso de Antecedentes y Oposición para Titularidad de Registros Notariales”, La Ley Online), lo cual no ha sucedido en el caso bajo análisis.*

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, lo cual no resulta ser el caso que nos ocupa (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. Idem 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).

Asimismo, se ha sostenido que: *“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).

III.- 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 la Abog. Alicia Merched en fecha 19/10/2010, en el marco del concurso público de antecedentes y oposición destinado a cubrir un cargo vacante de Fiscal de Instrucción del Centro Judicial Monteros, conforme a lo considerado.

Artículo 2: **NOTIFICAR** de la presente a la 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.

J. M. P.
B. S. S.

M. I. C.
H. de C.

Dra. MIRTHA IBAÑEZ de CORDOBA
CONSEJERA
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA