

LA SELECCION DE MAGISTRADOS Y LOS CASOS

Ernesto E. Domenech *

*"Mientras no alcances la verdad, no podrás corregirla. Pero si no la corriges, no la alcanzarás.
Mientras tanto, no te resignes".*

Del libro de los Consejos. Citado por José Saramago en su Historia del Cerco de Lisboa.

*"Recuerdo que cierta vez un viejo obispo danés me dijo que hay muchos caminos para llegar a la
verdad, y que el borgoña es uno de ellos"*

Karen Blixen. Siete cuentos poéticos. Citado por Leonardo Sciascia. El caballero y la muerte.

*

Instituto de Derecho Penal
Instituto de Derecho del Niño
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
UNLP

Noviembre de 1998

La selección de Magistrados y los Casos

1. La selección de magistrados

1. La puesta en marcha del Consejo de la Magistratura en la provincia de Buenos Aires proyectó a un primerísimo primer plano la evaluación de los postulantes para cada uno de los cargos que se concursan.

Me referiré exclusivamente a la "evaluación académica" de los postulantes en el ámbito penal, y dentro de esta evaluación sólo a la que se lleva adelante mediante pruebas o exámenes que se suministran a los mismos. Quedan, no lo ignoro, muy importantes tópicos por analizar, como por ejemplo:

- . La evaluación de antecedentes.
- . La evaluación de desempeños profesionales del postulante.
- . Los criterios de integración de las "ternas"¹ por parte del Consejo.
- . El acceso a la evaluación y sus mecanismos.
- . El disenso con la evaluación.
- . El cotejo o la comparación de evaluaciones académicas tomadas en oportunidades diversas, ya que según reglamento del Consejo la aprobación del examen para un cargo habilita a integrar una terna para cargo análogo posterior al primero.

2. Propuesta

Me propongo en este trabajo:

¹ Y por cierto este tema presenta una relevancia vital pues como ha expuesto Adolfo Ziulu "La adopción del sistema de ternas de candidatos dejan un amplio espacio a la discrecionalidad política, sobre todo si consideramos el desigual peso que los distintos poderes tienen en el procedimiento de designación de los jueces. Además facilita el tráfico de influencias, brindando ocasión para la tentación. Ziulu en este trabajo –El Consejo de la Magistratura ¿seguirá siendo un logro a medias, Revista del Colegio de Abogados. Año IV Nro. 7. 2000, se refiere al Consejo en la Provincia de Buenos Aires.

2.1. Señalar las dificultades que se plantean en estas faenas.

2.2. Proponer una estrategia para enfrentarlas y limitarlas y por último

2.3. Destacar la importancia del trabajo con casos reales en estos procesos de evaluación.

3. La evaluación de la idoneidad profesional: dificultades y obstáculos.

La evaluación de los postulantes al Consejo de la Magistratura ha tropezado con ciertos malestares, y dificultades que es menester tener en cuenta para registrarlos y en lo posible corregirlos.²

3.1. Un primer grupo de dificultades está relacionado con el proceso de gestión de la evaluación.³

En este aspecto los tiempos de la vigencia del nuevo Código de Procedimientos en lo Penal, que requiere nuevos y numerosos operadores judiciales, no ha beneficiado la puesta en marcha de la evaluación que debe efectuar el Consejo de la Magistratura.

En efecto el corto tiempo con el que se ha contado, y el gran número de postulantes y vacantes a cubrir por selección de ternas, ha conspirado con el diseño de un mecanismo cuidado de evaluación. Y obligado, en algunos casos, a evaluaciones masivas.

²Estos malestares se han evidenciado en distintos medios de impugnación adoptados contra sus decisiones incluyendo el uso de diversos medios jurisdiccionales y la existencia de dispares evaluaciones entre las que efectúa el propio Consejo para los diversos cargos y las de esta y otras Instancias que acuden a los concursos, como la SCBA, por ejemplo. También se ha objetado la falta de motivación de las decisiones del Consejo de la Magistratura y de Transparencia de las evaluaciones. Ver para una presentación de alguna de estas críticas: Designación de Magistrados, Críticas encubiertas en "En marcha." Julio de 1998. Edición Nro. 3- p g. 21.

³ Una temática que el Colegio de Abogados de la Provincia ha destacado como relevante de analizar. Ver Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Año II, Nro. 3, Octubre de 1998. P g. 33.

Complica este proceso el hecho que el Código desde su sanción reciente haya sufrido reiteradas modificaciones que lo han alterado de manera significativa, y que por lo tanto no se cuente con un cuerpo de conocimientos - doctrinario o jurisprudencial - sobre el mismo, más allá de los "principios" que lo inspiraron.⁴

Este tiempo acotado y apresurado contrasta, desde el punto de vista axiológico, con la inmovilidad e importancia de los cargos que deben ser cubiertos. ¿Qué prisa puede justificar una elección para cargos cuya remoción sólo se logra mediante un proceso delicado y costoso como el Jury?

Las urgencias y las emergencias, en este campo, como en otros, afectan la calidad de las decisiones que se adoptan.

3.2. Otras dificultades, en cambio, se relacionan con problemas más difíciles de registrar y resolver.

Es claro que en el Programa de Contenidos diseñado para la prueba, en la bibliografía suministrada, y aún en los diseños de la prueba misma, ha tenido una significativa importancia un modelo subyacente de formación y evaluación que postulo denominar el modelo "académico" de formación de abogados.⁵

⁴ Y éstos principios suelen generar problemas, máxime si sólo son conocidos por ciertos expertos o iniciados. Lo ha destacado con agudeza Alfonso Serrano Maíllo. Sus palabras son elocuentes al referirse a las Dogmáticas como conocimientos esotéricos y mostrar sus efectos en relación a las prácticas judiciales: un ciencia esotérica facilita que los juzgadores –o cualquiera con poder de decisión- puedan más fácilmente justificar decisiones más o menos parciales, escapando al control de los no iniciados.. El esoterismo acentúa las diferencias en la persecución del delito, beneficia a los poderosos, establece tratos diferenciados y, consiguientemente, acaba con la seguridad jurídica. Esta situación se agrava cuando concurren dos factores adicionales. Se agrava en ordenamientos y /o construcciones muy garantistas –desde un punto de vista potencial, se entiende- debido a que tales garantías sólo se pondrán en juego en el caso de la minoría que las conoce y sabe (y puede) articular. La situación se deteriora asimismo en ordenamientos y/o construcciones especialmente exigentes, bien porque tipifican muchas conductas, bien porque las castigan con penas severas: en estos supuestos el perjuicio de los desfavorecidos es mayor. Ensayo sobre el Derecho Penal como Ciencia. Acerca de su construcción. Dykinson, Madrid. 1999. Pág. 95

⁵ No me referiré –aunque no es una cuestión menor- a los problemas de Escuelas Penales en el diseño de los contenidos de los Programas y de su correspondiente Bibliografía. Sin embargo estimo que los contenidos deben diseñarse de modo que no sea necesario que el concursante pertenezca o conozca necesariamente una Escuela en detrimento de otra. No sólo porque la lucha de escuelas es cuestión sino terminada en el pensamiento penal –a ello se refieren Luzón Peña y Alfonso Serrano Maíllo- al menos no relevante para la dilucidación de casos –ver Bacigalupo, Enrique. Técnica de resolución de casos penales. Hammurabi. Bs. As. 1990-pág- 34-, sino también

No me detendré, con detalle en este modelo ⁶, aunque si considero conveniente señalar dos de sus principales dificultades.

. La primera de ellas es que se trata de un modelo no acostumbrado a pensar y reflexionar sobre las evaluaciones.⁷

. La segunda que se ha mostrado poco apto como modo de formación de habilidades profesionales.⁸

Estas dos dificultades subyacen a la forma como se pensaron los contenidos y la evaluación de las pruebas diseñadas. Me referiré a estos tópicos.

3.2.1. Una primer observación radica en que los objetivos que sustentaron la elección de los contenidos y de la prueba no fueron explicitados. Una omisión que impide, al menos en forma minuciosa, analizar la

porque no es saludable generar dependencia alguna en integrantes del Poder Judicial, que deberán aplicar y analizar leyes y constituciones de la República y no posturas escolásticas.

⁶Lo he expuesto en Paradigmas en la Formación de Grado de los Abogados, y luego en Abogados, Escuelas y Colegios, publicado en Concurso Jurídico "Hacia el Octavo Provincial de la Abogacía"; La Plata 1997. Las críticas a la formación académica de los abogados, y muy en especial en relación a los aspectos profesionales no es nueva en el país. Desde Octavio Bunge hasta Genaro Carrió, pasando por Bielsa, las observaciones agudas no han sido pocas precisamente. Genaro Carrió desliza no pocas de ellas en su trabajo "Como estudiar un caso" -Revista Jurídica Jus Nro. 27, 1978- y dice "Uno de los defectos más graves de la forma como se enseña derecho en nuestras Universidades es que, por lo general, no se lo presenta desde ninguno de esos puntos de vista -se refiere al de los abogados, los jueces o los legisladores- que permiten ver al derecho en un contexto práctico. En todo caso no se lo presenta de una manera deliberada, sistemática y detenida. Se lo presenta desde el punto de vista de los profesores de derecho, punto de vista éste que explícita o tácitamente rechaza o excluye aquellas perspectivas pragmáticas -y si no las excluye las neutraliza- y pretende ver el derecho desde una perspectiva pretendidamente omnilateral. La expresión "perspectiva omnilateral" es auto contradictoria; no hay perspectiva sino desde un punto de vista".

⁷ También en el trabajo precedente aludí a las dificultades de la evaluación del modelo de formación de abogados. Debo ahora añadir que esta dificultad atraviesa no sólo a la formación de abogados, sino en realidad a la formación de profesionales en general. En relación a la formación de los abogados en la Argentina puede verse en especial "Los Abogados de la Argentina". Publicación de Fores. Noviembre 1993. En cuanto a las dificultades de los modelos académicos respecto de la formación profesional ver. Donald Schon. La formación de profesionales reflexivos. Paidós. Barcelona. 1992. Cap. 1.

⁸ Ver nota 3

consistencia de los tópicos y bibliografía seleccionados, y también de los instrumentos de evaluación pensados.

3.2.2. Más allá de este detalle significativo, es claro que los contenidos versaron, temas más o temas menos, sobre los que habitualmente se formulan en las asignaturas que suelen denominarse Derecho Penal I, Derecho Penal II, Derecho Procesal I, es decir el Proceso Penal. Con una suerte de hipertrofia de los Contenidos de la Parte General en desmedro de la parte Especial, y las omisiones casi típicas de la Dogmática Nacional que ha olvidado y postergado a las teorías de la Víctima y del Delincuente, tanto como a la de la pena, como desde hace años lo ha destacado el Prof. Guillermo J. Ouviaña⁹.

Otra observación relacionada con los Contenidos se vincula con la suficiencia o insuficiencia de los mismos y puede enunciarse del siguiente modo.

“¿Son estos contenidos los únicos relevantes para los cargos que se concursaban?”

No lo parece.

Por cierto fueron concursados distintos tipos de cargos, cada uno de los cuales puede ser asociado a un "perfil" funcional diverso.

Y este "perfil" funcional diverso debió ser tenido en cuenta al momento de formular los contenidos pensados, y a las habilidades y virtudes¹⁰ requeridas a través de la prueba de oposición.

Así por ejemplo, los Jueces de la Casación poseían como función organizar el Tribunal que se instituía, de modo que contenidos relacionados con las formas de la organización judicial parecían indispensables.¹¹

⁹ En Dos obstáculos epistemológicos en el pensamiento penal argentino. Boletín Informativo del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

¹⁰ La importancia de las virtudes de los operadores judiciales ha sido destacada con detalle y agudeza por Manuel Atienza en Virtudes Judiciales.

¹¹ Ley 11982 art.4. De este modo se imponía incluir algún contenido vinculado a los procesos de administración y gestión judiciales.

Por otra parte son Magistrados que deben "instituir", o "elegir" las doctrinas legales sobre cuyas bases casaran los fallos de la instancia anterior. Doctrinas que, por otro lado, anidan ya al menos en forma parcial en decisiones de los Tribunales superiores como la Suprema Corte de Justicia o la Corte Suprema de la Nación.

De este modo contenidos relacionados con la detección y planteamientos de problemas que generen nuevas doctrinas -las vinculadas con el nuevo Código- o con la selección razonada de doctrinas existentes e incompatibles, eran aconsejables al momento de pensar los contenidos y construir las pruebas para evaluarlos.

El Magistrado de la casación debe encontrar una forma adecuada de plantear un orden de cuestiones y entrever las maneras de tratar los desacuerdos. Por lo tanto es posible imaginar contenidos vinculados con estos requerimientos.

De igual modo al momento de diseñar contenidos y pruebas para los nuevos agentes fiscales, parecía necesario tener en cuenta los requerimientos de los nuevos cargos.

De este modo nociones básicas de criminalística, medicina legal y psiquiatría forense no debieron ser excluidos. Y tampoco aquellos ligados a la administración de la investigación judicial de un delito.

No menos relevante, al momento de evaluar la idoneidad de los integrantes del Ministerio Público, hubiese sido incorporar temáticas relacionadas con:

. El trato y la asistencia de la víctima¹²

. La formulación de políticas y directivas en el proceso

penal.¹³

¹² El trato y asistencia de la víctima en relación al agente fiscal y al Ministerio público en general esta previsto por un lado en el nuevo CPP en los arts.59 inc. 2,79, inc. 1, , 6 y 7. 83, 85, 86 y 88 y por otro en la Ley 12.061 de Ministerio Público en los arts. 16 inc. 7, 35, 36, 37, 38, 39 y 40. De esta manera el dominio de contenidos procedentes de la Victimología eran aconsejables

. La negociación en los procesos penales.¹⁴

3.2.2. Otro tipo de señalamientos debe asociarse con el diseño de las pruebas de evaluación.

Las estrategias manejadas por los evaluadores oscilaron entre el "caso inventado", y la prueba "mixta" con contenidos "objetivos" y el abordaje de un problema.

Como se ha sostenido respecto de la formación en Bioética, el mejor caso inventado no supera al caso real como mecanismo de evaluación.(10)

El caso real posee una doble complejidad. Normativa y constructiva. Implica poner en ejecución un conjunto complejo de reglas de índole diversa, que la formación académica suele "atomizar" en especialidades. En él confluyen normas procesales, con disposiciones de fondo. Reglas de la Parte General, con las de las Partes Especiales de los Códigos, amén de una constelación imprecisa de otras disposiciones de temáticas no penales, constitucionales, civiles y comerciales, administrativas, etc. Por eso quien se enfrenta a un "caso real" no se enfrenta a los contenidos de una asignatura de una Facultad de Derecho, sino a una puesta en funcionamiento de disposiciones de muchas de ellas, incluyendo, claro está, las que no corresponden a la especialidad del fuero que se trata.

Por otro lado el caso real posee una significativa complejidad constructiva. En él convergen los discursos de muy disimiles operadores judiciales y no judiciales. Discursos que se intersecan y aluden entre sí. Se interpretan, evalúan, analizan. Esta complejidad "constructiva" del caso exige de parte de quien lo analice suficiente habilidad para enfrentarlo y postular un

¹³ La formulación de políticas y directivas por parte del Ministerio Publico Fiscal se encuentra regulada en los arts. 13 incs. 1, 11, 26,y 15 incs.2 de la ley 12.061, entre otros. Por ello rudimentos de Política Criminal, y de gestión de Políticas Públicas era recomendable se incluyesen en los Programas de contenidos.

¹⁴ Esta capacidad de negociación se encuentra asociadas a instituciones jóvenes en el derecho argentino como la suspensión del juicio a prueba, o el juicio abreviado.

modo de resolverlo. Permite además al evaluado demostrar el "arte" de su análisis.

El caso "real" implica además evaluar en concreto las habilidades profesionales de quien en el desempeño de su futuro cargo deberá enfrentarlos y resolverlos. En consecuencia se muestra como un instrumento idóneo para que el postulante evidencie en concreto el conocimiento académico que posea.

La evaluación con casos reales cuenta ya con una pequeña aunque fructífera historia. Ha sido empleada en la selección de funcionarios en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires¹⁵, tanto en las instancias primeras como en la Suprema Corte de Justicia, en ocasiones de un modo excluyente en otras junto a una evaluación teórica cuyo peso relativo en el resultado final fue cuantificado de un modo inferior al del caso real.

En todos estos concursos las habilidades y requerimientos del cargo a concursar fue debidamente tenida en cuenta. Así por ejemplo en un concurso para cubrir cargo de secretario se entregó una causa y se requirió construir un auto de prisión preventiva que incluyese eventuales medidas ampliatorias del sumario. De esta manera no sólo se evaluaba la habilidad para analizar y asociar la prueba, contenidos típicamente procesales sino también la calificación jurídica del hecho que permite asociar y repasar las instituciones de la parte general del C.P. con las figuras delictivas de la parte especial y otras leyes no penales. Por otra parte la forma de la construcción del auto, y lenguaje empleado posibilita advertir el rigor lógico y expositivo del postulante. El análisis de las medidas ampliatorias del sumario vehiculiza estudiar la capacidad del postulante para evaluar la instrucción sumarial hasta ese momento realizada, en especial su completitud, y gestión, y también la creatividad para resolver los problemas que ese análisis le evidenciara.

¹⁵ También en el trabajo de Ziulu se menciona su empleo en el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Chubut.

En concurso para cubrir un cargo de abogado relator en la Secretaría Penal de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, se entregaron, los fragmentos significativos de un caso, que incluía una memoria recursiva, y se pidió el análisis de la misma conforme a las doctrinas de la SCBA. De esta manera se evaluaban requerimientos específicos de la función que el postulante ganador debía llevar adelante.

Estos concursos además fueron evaluados según criterios claramente explicitados y comunicados a los postulantes **con antelación** a la prueba, o **comunicados** a los mismos luego de la evaluación con **mecanismos de revisión e impugnación de la misma**.

4. Estrategias para formular las evaluaciones del Consejo de la Magistratura.

4.1. Cierta metodología procedente de la investigación científica y pedagógica puede en consecuencia ser utilizada como una estrategia posible para mejorar las dificultades que se han enunciado.¹⁶

4.2. Un primer paso está dado por la enunciación de los requerimientos de habilidades y contenidos en función del cargo que se concursa. Esta enunciación no puede desconocer los deberes y derechos inherentes al mismo, tanto como el contexto en que se han de articular. En suma los contenidos y la evaluación deben ser justificados sobre la base de estos requerimientos funcionales, de este "perfil funcional"¹⁷. Así por ejemplo no es lo mismo el estilo de pensamiento que requiere un cargo cuya mayor habilidad sea identificar desacuerdos, y estatuir doctrinas o interpretaciones legales, que otro más

¹⁶ Así por ejemplo los pasos metodológicos de la investigación social reseñan para la colección de datos cobran singular valor al momento de pensar un examen. Goode y Hatt, por ejemplo señalan como un instrumento para coleccionar datos presenta serias dificultades al momento de pensar las preguntas que ese instrumento formula al encuestado, y que, en consecuencia es conveniente su puesta a prueba antes de su suministro a una muestra ampliada. Métodos de Investigación Social. Trillas, México 1972. P g.178-179.

¹⁷ Imagino que este perfil funcional, además, debe tener otras implicaciones en otras etapas de la evaluación que efectúa el Consejo de la Magistratura como el denominado "perfil psicológico."

relacionado con la pesquisa y la investigación de campo, un pensamiento que suele denominarse "indiciario".

4.3. Un segundo momento es el de la construcción de una prueba tentativa que satisfaga la evaluación de los objetivos enunciados.

El diseño de esta prueba debe prever asimismo la forma de la ponderación de sus resultados y el peso de cada uno de ellos. Es decir enunciar las variables sobre las que debe ser evaluada la prueba y el "valor" relativo de cada variable.

4.4. Esta prueba tentativa y su forma de evaluación debe ser puesta a prueba entre asesores académicos,¹⁸ con el objeto de verificar su idoneidad. No solo en su formulación, sino también como instrumento de evaluación de los objetivos posibles.

4.5. Finalmente la prueba debe ser redefinida conforme al proceso de verificación enunciado, y sólo en esas condiciones administrada a los concursantes.

4.6. Por último la evaluación debe ser testada y transparente para los evaluadores y los intervinientes.

Los valores de la publicidad de los actos son inherentes a los sistemas republicanos de gobierno en los que las leyes sólo obligan desde su publicación -CC art. 2- y las constituciones garantizan la publicidad de los actos de

¹⁸ Sin duda es también indispensable que el Consejo de la Magistratura señale criterios de selección de los asesores académicos. Por ejemplo no es disparatado pensar que un asesor académico deba pertenecer a Instituciones que empleen el concurso con prueba de oposición mediante como medio de selección. Tampoco lo es que se prevea la experiencia "profesional" que pueda poseer el experto académico. O la dosificación entre académicos con ejercicio profesional y sin ejercicio profesional.

gobierno –Constitución de la Provincia de Buenos Aires arts., 95, 151, 169 - y aún de la información que el Estado posea sobre los ciudadanos -art, 20 inc. 3.

Por otra parte una y otra vez se ha señalado el valor de la comunicabilidad de los actos que presuman de científicos, pues con ello se asegura una valla contra saberes esotéricos, secretos, crípticos, poco controlables¹⁹

No se entiende por lo tanto otra salida más que la absoluta transparencia de las pruebas y sus evaluaciones, que es, de alguna manera, exponer el criterio y contralor de los evaluadores, sobre todo cuando se trata de la evaluación académica que no involucra la privacidad de los aspirantes.

¹⁹ Mario Bunge ha destacado la importancia de la comunicabilidad de los conocimientos que se precien de científicos en "La Ciencia, su método y su filosofía". Claro que el esoterismo ha sido predicado nada más y nada menos que del propio conocimiento jurídico y su conceptualismo abstracto respecto de la lengua de los ciudadanos que no son otros que los destinados a padecer las consecuencias de la aplicación de estos saberes. Sobre la importancia de estas dificultades de las dogmáticas ver la obra ya citada de Alfonso Serrano Maíllo. Ensayos sobre el derecho penal como ciencia.

Intercambios (N.º 2), 2001.