



myf

136



CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. PAUTAS PARA REFLEXIONAR EN ORDEN A UNA FUTURA REFORMA

DRA. MARÍA JOSÉ ALVAREZ TREMEA | Jueza Titular del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 4ª Nominación de Rafaela

Resulta indiscutible la necesidad de la incorporación de un Consejo de la Magistratura que funcione como órgano independiente del Poder Ejecutivo. En efecto, considero que luego de varios años de funcionamiento de esta institución se han producido importantes avances. La autolimitación establecida por el Poder Ejecutivo ha permitido al público en general, justiciables y abogados litigantes, tener un mayor grado de control respecto al conocimiento de quienes serán los futuros magistradas/os que decidirán nada más y nada menos que sobre su vida, su salud, su propiedad y otras tantas cuestiones que afectan la vida cotidiana de las personas.

Considero importante desarrollar dos aspectos de los tantos que deben debatirse con relación al reglamento de selección de magistradas/os, en orden a una futura reforma: a) el primero de ellos, referido a la mediata pero indudable representatividad que las/os magistradas/os tienen, en tanto poder del Estado, respecto de la sociedad de la que forman parte y b) la necesidad de que el proceso de selección de los futuros/as magistrados/as sea transparente y apegado a las propias normas que el Poder Ejecutivo se auto impuso, hasta tanto se incorpore el Consejo de la Magistratura como órgano extra poder y se regule por ley el mecanismo de selección.

Con relación al primer punto cabe señalar que durante décadas se ha hablado de la imparcialidad de los jueces entendida como una especie de automatización. Se ha tratado al juez como ser inanimado, como si fuere real que cuando una persona asume la judicatura deja su pensamiento crítico a las puertas del juzgado convirtiéndose tan solo en la boca de la ley,

aplicando en forma automática al caso concreto normas jurídicas creadas por otros poderes. Cualquiera que haya tenido que tomar una sola decisión jurisdiccional puede asegurar que el proceso no es tan sencillo ni siquiera en los llamados casos fáciles. Por tal motivo es que Ronald Dworkin destaca que todo Juez al adoptar una decisión *difícil* realiza un acto de voluntad, e intenta desarrollar argumentos en orden a limitar la discreción judicial afirmando la existencia de una única respuesta correcta¹.

El Dr. Ricardo Lorenzetti en la Teoría de la decisión judicial refiere a la existencia de paradigmas que condicionan al juez al momento de resolver. En tal sentido el prestigioso jurista sostiene que: «*Estos principios ocultos deben hacerse explícitos, públicos a fines de proceder a su crítica, su verificación de legitimidad y congruencia*»² ya que «*la discrecionalidad del Juez es una zona de posibilidad entre alternativas legítimas y que debe ser ejercida razonablemente*».³

Entonces, no podemos negar que cada juez al resolver un caso lo hace de algún modo condicionado por un paradigma, pero lo importante es que la decisión judicial resulte razonablemente fundada y que quede claro el punto de partida del razonamiento, pues ello permite al litigante desplegar los cuestionamientos de la decisión ante la Alzada.

Nada resulta más violatorio al derecho de defensa que aquel decreto que dice «Oportunamente» o «Petición conforme a derecho» o «No ha lugar por improcedente».

Cada una de nuestras decisiones debe conllevar –aun breve– una fundamentación que permita al litigante adherir o disentir, y ello solo se logra cabalmente si puede acceder a los motivos de la decisión, los que deben expresar el paradigma de partida del razonamiento. Es justamente dicha fundamentación la que permite evaluar la corrección del razonamiento que llevo a su adopción y lo que permite al litigante poder criticar la decisión.

Ahora bien, volviendo al punto en cuestión, si admitimos i) que las/os magistradas/os no son meras bocas de la ley, sino personas formadas en derecho que adoptan sus decisiones en forma crítica a partir de una tarea interpretativa que es mucho más compleja y profunda que la sola realización de un silogismo y ii) que el dictado de una sentencia es un acto de creación normativa⁴ aunque de distinto nivel al del legislador, finalmente podemos y debemos aceptar que juezas y jueces no solo deben saber derecho –lo que es *conditio sine qua non*– sino que deben representar –aunque en forma mediata– a aquella sociedad de la que forman parte y con relación a la cual tomarán sus decisiones, las que insisto impactan tanto en la vida (aborto, eutanasia), en la salud (tratamientos médicos, trasplantes), en el proyecto de vida (maternidad subrogada, fertilización asistida, diagnóstico preimplantacional) como en el patrimonio de las personas.

Es por ello que no puedo sino disentir, respetuosamente, con los procesos de

selección de magistradas/os que omiten tener en cuenta que en órganos colegiados la representación femenina debe estar garantizada y que deben adoptarse medidas de discriminación inversa para posibilitar el acceso de más cantidad de mujeres a los cargos con poder de decisión dentro de la Justicia. Claro está que las mujeres propuestas deben haber superado un *standard* de capacidad. Aclaro que no se trata de crear un beneficio para un grupo al que, desde luego, pertenezco por género sino de la circunstancia de que la sociedad, conformada en más de un 50% por mujeres, se vea representada por sus pares. Así de simple es el fundamento.

Ello en modo alguno supone afirmar que las mujeres puedan dictar sentencias con perspectiva de género en mayor o mejor medida que los hombres sino en afirmar que la sociedad en su conjunto debe estar representada no solo en los órganos dotados de representatividad directa sino en el Poder Judicial cuya legitimación surge indirectamente del procedimiento

de selección en que intervienen los poderes directamente representativos. No ignoro que mi pensamiento es objeto de numerosas críticas, fundamentalmente por quienes creen que intentamos valernos de ellos para alcanzar lugares que de otro modo no lograríamos. Tal vez justamente la falta de inclusión actual en el reglamento del Consejo de la Magistratura respecto a la necesidad de asegurar la participación femenina en órganos colegiados, nos permitirá demostrar que no los necesitamos, *pero ello no significa que no exista una obligación constitucional y convencional que impone al Legislador adoptar medidas de acción positiva en orden a remover obstáculos a la participación de las mujeres en las funciones públicas.*

No es mejor magistrada/o quien sabe más derecho –lo que se trasunta parcialmente en un examen– sino aquella persona que puede llevar la Justicia al caso concreto a partir de un profundo conocimiento del derecho y de la filosofía jurídica, política y sociológica que subyace al derecho pero que a

la vez puede adoptar la decisión desde el sentido común respondiendo al sentimiento de justicia que subyace en una sociedad determinada y en un momento determinado.

Se ha dicho (he escuchado mujeres afirmar) que la incorporación de normas de discriminación inversa supone subestimar a la mujeres. Sean conscientes o no, dicha afirmación nace de una formación de años de discriminación contra las mujeres. A modo de ejemplo, seguramente las mujeres orientales educadas para caminar un paso por detrás del hombre lo consideren tan normal que no adviertan machismo alguno. Nada más alejado de la realidad. El deber constitucional de proceder a la incorporación de normas de discriminación inversa no es una creación doctrinaria de un grupo de mujeres que pretendiendo valerse del género aspiran a un cargo sino un deber que asumido el Estado nacional al ratificar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer obliga a los Estados partes (véase arts. 7 y 11 del

referido instrumento internacional).

No me detendré a explicar en forma detallada las normas que imponen al Estado adoptar medidas de acción positiva en orden a remover los obstáculos que históricamente han generado el relegamiento de las mujeres de la actividad política y en especial de cargos dotados de mayor poder de decisión. Mas debe recordarse que todos los poderes del Estado comprometen la responsabilidad internacional del Estado nacional cuando por acción o inacción se incumple con las obligaciones asumidas en el plano internacional. Por tanto una futura legislación que regule el proceso de selección de magistrados no puede ignorar estas obligaciones sin incurrir en un grave incumplimiento de los deberes impuestos por los tratados internacionales que ostentan jerarquía constitucional.

El segundo aspecto que quiero analizar en estas breves líneas es la importancia, hasta tanto no se cree el Consejo de la Magistratura como ór-

gano extra poder, del apego del Poder Ejecutivo a las propias normas de auto limitación. Existe un principio fundamental del derecho que invocamos a diario y es aquel que dice que no es admisible volver sobre los propios actos. A ello debe sumarse la vigencia del principio de progresividad. El Poder Ejecutivo hace varios años decidió auto limitar sus facultades para la proposición de jueces, creando el Consejo de la Magistratura en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Pues bien, aún cuando la naturaleza jurídica que rige el procedimiento de selección magistradas/os sea una auto limitación, entiendo que no podría volverse atrás ni por una norma de igual jerarquía ni por una de jerarquía superior pues la sociedad ha adquirido un valor: mayor grado de transparencia en la designación de magistradas/os. Tampoco podría válidamente sustraerse el Poder Ejecutivo del cumplimiento de las propias normas por el mismo creadas, so pretexto de que se trata de una auto limitación y por tanto que quien tiene el poder originario de crearlas (Poder

Ejecutivo) pueda apartarse.

Es de la esencia del Estado de Derecho, que el Estado cumpla sus propias normas. Y tales cuestiones sin dudas son justiciables. Con relación a este punto, considero que toda reglamentación posterior emanada del Poder Ejecutivo debe avanzar hacia una mayor transparencia y en tal sentido el reglamento hoy derogado, que establece una tabla objetiva de puntajes, resultaba altamente beneficioso con relación al sistema actual en el que los postulantes son evaluados, y en la resolución final aparece un orden de mérito que no se encuentra acompañado por fundamentación alguna y por tanto resulta carente de toda legitimidad. Entiendo que este aspecto debe ser modificado en aras de una mayor transparencia que impida la neutralización de los efectos del proceso de selección a través de un orden de mérito cuyos fundamentos -existentes o no- no se expresan.

En síntesis, pensando en una futura reforma constitucional considero

oportuna la incorporación del Consejo de la Magistratura como organismo extra poder. Asimismo, toda reglamentación posterior para cumplir cabalmente con las obligaciones convencionales asumidas por el Estado nacional al ratificar la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer debe contener normas de discriminación inversa, en orden a lograr una participación paritaria de hombres y mujeres en órganos colegiados y en la Justicia en su conjunto. Asimismo, debe contener la obligación del Jurado de fundar el orden mérito que se expide en base a parámetros objetivos, los cuáles deben ser establecidos por Ley.

No ignoro que el tema traído a reflexión es un aspecto que genera grandes resistencias y posiciones encontradas. Empero, abrir el debate en el marco democrático es visibilizar el problema, y por tanto el primer paso en orden a hallar la solución. ■

CITAS

¹DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*. Traducción Marta Guastavino. 2^{da} edición. Ed. Ariel, Barcelona, 1989.

²LORENZETTI, RICARDO. *Teoría de la decisión judicial*. Rubinzal Culzoni, 1^{ra} Edición, 1^{ra} reimpresión. Santa Fe, 2008, Pág. 23 y 144.

³LORENZETTI, RICARDO. *Teoría de la decisión judicial*. Rubinzal Culzoni, 1^{ra} Edición, 1^{ra} reimpresión. Santa Fe, 2008, Pág. 181.

⁴LORENZETTI, RICARDO. *Teoría de la decisión judicial*. Rubinzal Culzoni, 1^{ra} Edición, 1^{ra} reimpresión. Santa Fe, 2008, Pág. 209.