

**ACUERDO Nro. 192/2019**

En San Miguel de Tucumán, a los 28 días del mes de agosto dos mil diecinueve, reunidos los Sres. Consejeros del Consejo Asesor de la Magistratura que suscriben; y

**VISTO**


La impugnación efectuada por el Abog. Héctor Fabián Assad, postulante del concurso n° 181 (Vocal de Cámara Penal, Sala II del Centro Judicial Concepción) al puntaje otorgado en la instancia de oposición; y

**CONSIDERANDO**

I.-El concursante alza su queja contra la calificación otorgada por el jurado respecto de ambos casos peticionando un incremento de 12 (doce) puntos en cada uno.

Refiere las pautas generales que tuvo en cuenta el evaluador en el dictamen y transcribe la opinión del jurado respecto del primer caso. Afirma que de la lectura de lo resuelto en su examen se desprende que la solución dada al caso fue correcta, con los fundamentos jurídicos, lógicos y argumentales necesarios. Considera que existe arbitrariedad en la nota conferida (9 puntos) y una desproporción entre la devolución, la puntuación y los argumentos del fallo. Relata que resolvió acorde a derecho "dando similares fundamentos" que los dados por el Tribunal de Casación en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala III, que intervino en un caso de igual tenor al sorteado; acompaña copias del fallo mencionado. Explica el contenido de su examen. Asevera que el jurado en su devolución afirmó que la conducta de la imputada era ilícita tal como la condenó el Tribunal Oral Penal n° 16 "*pero hizo caso omiso a lo dispuesto por el órgano superior que revocó la sentencia por los mismos fundamentos que este postulante dio en su resolución al caso propuesto*". Por ello manifiesta que es incorrecto decir -como lo hace el jurado- que en su prueba dio por cierta la premisa fáctica sin mayor desarrollo para analizar lo que entiende por atipicidad del delito de estafa por el MPF; y que la posición asumida en su examen es válida jurídicamente y tiene el aval del fallo de un tribunal superior en materia penal.

Critica que el jurado haya marcado el error en la cita de un autor y considera que esa afirmación es un excesivo rigorismo formal que impacta directamente en la disminución de su nota en forma arbitraria. Recuerda que en el momento del examen los postulantes sólo disponen de normativa vigente y que en la práctica se observan sentencias con errores involuntarios a pesar que los jueces tienen plazo legal del código y acceso a libros, doctrina legal y jurisprudencia.

  
Dra. MARÍA SOFÍA MACUL  
SECRETARÍA  
CONSEJO ASesor de la MAGISTRATURA

Asevera que realizó un control de legalidad correspondiente. Estima que la nota es totalmente desproporcional a su examen, al que -según afirma- lo desarrolló de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia. Entiende que lo que se más debe pesar en la asignación de puntos son los fundamentos y que, en su caso, no fueron valorados adecuadamente. Agrega finalmente que no recibió puntos por haber desarrollado la estructura de su sentencia ajustada al código y por haber regulado honorarios e impuesto las costas.

También impugna la calificación del segundo caso. Disiente con los dichos del tribunal de que los fundamentos no fueron lo suficientemente claros: así, sostiene que en el delito tentado *“tanto el aspecto objetivo como subjetivo están incompletos en razón de que ninguno de ellos ha podido desarrollarse en el tiempo”* y acompaña copia de libro. Por ello interpreta que sin perjuicio de las diferentes posturas, es errado que haya incoherencias en los fundamentos esgrimidos en la sentencia. Que no entiende tampoco la observación del jurado respecto del no cese de la prisión preventiva porque su sentencia es acorde a derecho, dictada a petición de los justiciables y con una condena de pena con ejecución condicional.

Agrega que si bien el arma no se encontraba operativa, en su examen realizó un control de legalidad, constitucional y convencional para analizar si se respetaron el debido proceso, defensa en juicio y las garantías del imputado y de las partes frente al acuerdo propuesto.


Considera que el jurado incurrió en un error de lectura o de interpretación que traduce en arbitraria su valoración. Afirma que existe desproporción en aplicarle 12 puntos frente a los supuestos errores.

Pide eventualmente se designe un consultor técnico y se haga lugar a su planteo.

**II.-** De la impugnación presentada por el concursante Assad se corrió vista al jurado a fin que brinde las explicaciones o informaciones correspondientes, a tenor de lo dispuesto por el art. 43 del RICAM.

El tribunal respondió la vista cursada, manifestando que: *“Corrección Impugnaciones al Concurso N° 181 CAM Tucumán. Se nos corre traslado de las impugnaciones formuladas por los postulantes ante el dictamen que por unanimidad presentamos oportunamente. Como aclaración metodológica, y como lo hacemos habitualmente en otros Concursos de Magistratura, la revisión del dictamen del Jurado no constituye una instancia de amplitud desmesurada, sino que su interpretación es restrictiva en orden análogo a la doctrina de la ‘arbitrariedad’, es decir cuando el agravio demuestra una falla argumental que descalifica el acto examinador. (...) CONCURSANTE 10 (Assad, Héctor Fabián). El ponente aduce desproporción en la puntuación sobre su examen en relación a la solución de los casos, incluso adjuntando un fallo de una de las salas de la Casación nacional que concluyó igual, -en un supuesto similar al rendido como I-. Al igual que otro concursante que adjuntó el fallo, vale considerar. -respecto del caso I-, que dicha circunstancia no supe la argumentación, ni*

siquiera con su cita en el momento del examen, menos aún en una transcripción parcial recién en la impugnación. Precisamente en la evaluación consideramos como uno de los yerros que descalificaban el examen frente al nivel requerido para el cargo a que se aspiraba, la insuficiencia argumental de su fundamentación. De ningún modo la solución a la que arribó, que como todas las verdades en Derecho no son ontológicas. Así destacamos como marcada insuficiencia que en muy pocos párrafos en ponente llegaba a la solución de la ausencia de tipicidad subjetiva y objetiva del art. 172 CP. Respecto a la cuestión del cobro del cheque apropiado por la acusada pese al aviso de sustracción, el tema como dijimos atañe a la atribución del riesgo en el Resultado típico, es decir un problema hartamente tratado por la dogmática que debió ser necesariamente analizado -aunque sea con alguno de los autores que cita el voto preopinante del fallo que tardíamente trae el ponente-, y con igual consistencia cognoscitiva quizás también, en la postura del voto minoritario del fallo que, valga la paradoja, es absolutamente mayoritaria en doctrina y jurisprudencia. Pero en ningún autor, -ni siquiera obvio fallo agregado-, ha llegado a afirmar que quien intervierte su título al apropiarse de una cartular hallada en la vía pública, es poseedor de buena fe para la ley civil, pues, como dijimos en la evaluación del caso, ello sería tanto como sostener que quien lo sustrae a 'punta de pistola' lo podría cobrar válidamente con solo presentar su DNI. Por esta razón es que adujimos como demérito que el postulante no tratase el problema del desvalor de acto, -tentativa-, y que aún si se entendía que el obrar de la víctima era burdo, ello no empece a su ilicitud sino a la penalidad, -art. 44 CP-. Toda esta riquísima discusión fue omitida por el ponente. A la vez el caso obligaba a tratar la tipicidad subsidiaria del art. 175 inc. 1º CP, toda vez que es evidente la responsabilidad del hallador de una cosa perdida para el dueño, de apropiársela en quebranto a la ley civil, art. 1955 CC. En el fallo que el postulante acompaña, ni siquiera el voto del colega que entendió no se realizaba el art. 172 CP negó la ilicitud de la apropiación, sino que no lo trató porque no había sido imputado en el proceso. Mas allá que creemos errada esta afirmación, a contrario, en el caso sometido a examen hasta la propia defensa lo peticionaba, y es sabido que existe relación de concurso aparente entre el art. 175 inc. 1º y el art. 172 CP. También señalamos como error en el examen que si el concursante coincidía con la defensa en que se vulneraba el principio de congruencia, la consecuencia debió ser la declaración de Nulidad, más allá de la incompetencia. Por todo ello consideramos como demérito que el postulante vertiese más párrafos de su escueto examen en principios constitucionales del debido proceso, que todos compartimos, que en la argumentación de sus conclusiones. Igual conclusión merece el Caso II, sobre todo si el propio examinado admite que no trató la discusión sobre la calificante de arma del último párrafo del inciso 2do. del art. 166 CP, ni sobre la Resistencia a la autoridad, demérito que hemos señalado a todos los concursantes que lo omitieron. Como dijimos, un caso a examen de apariencia muy sencillo permite a los concursantes enriquecerlo con reflexiones que demuestren sus

  
Dra. MARIA SOFIA NACUL  
SECRETARÍA  
CONSEJO ASESOR DE LA INGENIERIA

conocimientos para el crucial cargo al que aspiran. Aquí el tratamiento de la cuestión harto discutida de si el arma que se demostró inapta se adecuaba al tipo de gravedad intermedia del último párrafo del inc. 2do. del art. 166 CP, o si ella vulnera la prohibición de integración analógica, era esencial pues allí el Magistrado podía -de seguir esa tesis- modificar la subsunción y atenuar la sanción o aún rechazar el acuerdo. Y del mismo modo, era importante tratar la oposición activa y coactiva de los coautores, a la aprehensión policial y la relación concursal con el robo, aspectos éstos que no fueron analizados. En este marco de estrechez expositiva fue que observamos la expresión de 'no completud' subjetiva de la tentativa, estimando que a salvo de una opinión muy minoritaria ello era errado en dogmática, es decir que o se trataba de una confusión o el examinado no se había exployado sobre el subjetivismo radical. El ponente ahora acompaña una hoja de un comentario breve a la parte general, pero ello obvio no despeja la insuficiencia que debió explicar. En cuanto a la prisión preventiva, señalamos también como demérito que el postulante no hiciese cesar toda caución dado que el acuerdo imponía una condenación condicional, sobre todo si había analizado en varios renglones la excepcionalidad de toda cautelar. El postulante ahora argumenta que ello fue así por el acuerdo de las partes. Ello no fue argumentado en el examen pero no era óbice para su disposición oficiosa por el Magistrado. No existe ninguna razón para modificar la puntuación del magro examen del postulante”.

III.- En fecha 27 de junio del corriente el Consejo dispuso designar consultor técnico en estas actuaciones y designó al Dr. Jorge C. Baclini en ese carácter.

El experto, luego de tener a la vista los antecedentes del caso, se pronunció en el siguiente sentido: “(...) 4- *Concursante 10 Héctor Fabián Assad. Caso N° 1. Se comparten las conclusiones del jurado en cuanto a las carencias que presenta el examen en la argumentación para arribar al fallo. En esta inteligencia, corresponde remarcar que no se trata aquí simplemente de que el fallo sea o no el correcto, sino que además el proceso de valoración que el concursante haga debe revelar un análisis de las cuestiones y temáticas que del caso surgen de la forma más amplia y detallada posible, porque ello es lo que hace a la evaluación en concreto. Con ello se destacan defectos en el análisis de los tipos penales en juego, como ser los aspectos objetivos y subjetivos de la estafa, su idoneidad o no; como así también del delito de apropiación a partir de la relación de subsidiariedad existente entre ambos tipos penales. En este punto debe resaltarse que, en el fallo que el postulante cita la resolución se dio por mayoría, resultando que la disidencia consideró el hecho como estafa, lo que es compartido por parte de la doctrina y jurisprudencia; mientras que otros autores indican que se trataría de un caso de estafa en grado de tentativa, trabajando inidoneidad en el medio puesto que la denuncia formulada por el titular de la cuenta al banco debería impedir el cobro (salvo actuación negligente como en este caso); otros se orientan por el delito de apropiación y otros por la atipicidad. Esto implica que existe una rica discusión doctrinaria y jurisprudencial*

sobre el tema propuesto en el examen que debió ser desarrollada. No está demás apuntar que la fundamentación que se brinda en relación a la congruencia es abstracta y formal, en tanto se hacen citas y menciones en relación al derecho de defensa, pero no se aborda en concreto, porque en este caso la misma se habría afectado, esto es, faltó hacer una valoración en relación concreta a la atribución táctica dada por el fiscal. En función de las consideraciones apuntadas se estima que no corresponde modificar el puntaje establecido por el jurado. Caso N° 2. El suscripto comparte los fundamentos brindados por el Jurado en su dictamen y en la respuesta brindada a la queja presentada. En efecto, se advierte que el postulante no abordó la temática relacionada con la discusión doctrinaria y jurisprudencial que se da en torno a la inaptitud del arma de fuego, como así tampoco analizó el delito de resistencia a la autoridad y la posible relación concursal con la sustracción. Con ello, también puede mencionarse que no formula una fundamentación adecuada de la pena, tampoco se hace mención a las reglas de conducta a imponer ante una pena privativa de libertad de ejecución condicional, ni aborda la cuestión relacionada con la innecesariedad de la caución personal acordada para el cese de prisión cuando la pena pactada en el abreviado era de ejecución condicional. En este sentido, se observa -como lo afirma el Jurado-, que el caso era más sencillo que el anterior, lo que hubiera permitido el lucimiento en las cuestiones presentadas, aunque debe destacarse que el examen como acto procesal presenta solvencia, completitud y corrección, utilizando lenguaje jurídico. En función de las consideraciones apuntadas se estima que no corresponde modificar el puntaje establecido por el jurado”.

IV.- Efectuada la reseña de los antecedentes del caso corresponde en esta instancia abocarnos a su análisis y resolución.

Es preciso advertir que la vía de cuestionamiento al orden de mérito y a las calificaciones de la etapa de oposición exige, como recaudo ineludible de procedencia según el art. 43 del RICAM, la existencia de un vicio específico (la arbitrariedad) y, a la vez, que el mismo sea ostensible o patente (es decir, sea manifiesto). Es doctrina pacífica de nuestros tribunales que una decisión será arbitraria cuando resulte una derivación caprichosa que carece de los requisitos mínimos que lo sustenten como acto jurisdiccionalmente válido, sea por apartamiento infundado de las constancias comprobadas en la causa o de normativa conducente para su resolución, por la omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas por los interesados. Por otra parte, el impugnante debe demostrar la existencia real de alguno de esos supuestos de arbitrariedad respecto de la valoración específica de su examen realizando una crítica concreta y razonada de los fundamentos del dictamen cuestionado.

El jurado evaluador, al responder la vista que le fuera cursada en los términos y con los alcances de la última parte del art. 43 del Reglamento Interno, ha entendido pertinente ratificar la calificación del postulante por las razones antes transcriptas, que este Consejo comparte íntegramente.

  
Dra. MARIANA SOFÍA NACUL  
SECRETARÍA  
CONSEJO ASesor del MAGISTRATURA

En efecto, del análisis de la impugnación deducida, de la prueba de oposición rendida por el postulante y de la opinión del jurado, resulta razonable el criterio adoptado por el tribunal en el marco de sus atribuciones y no se observa la existencia de arbitrariedad en su actuación. Por el contrario, se advierte con claridad que los cuestionamientos que sostiene el postulante contra la calificación de la prueba de oposición no resultan más que una diferencia de criterio con la fundamentación proporcionada por el jurado, la que resulta fundada a la luz de las pautas reglamentarias y normativas.

En igual sentido se ha pronunciado el consultor técnico, quien ha expuesto de manera objetiva, lógica y coherente las razones que lo llevaron a ratificar la calificación en cada caso.

En virtud de los argumentos expuestos y no existiendo motivos para apartarse del dictamen, se declara inadmisibile el recurso y se rechaza la pretensión de incrementar la nota de ambos casos del postulante Assad en el proceso de selección en trámite.


Por todo ello,

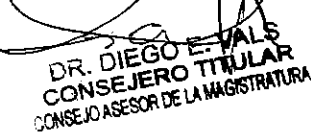
### EL CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA DE TUCUMÁN ACUERDA


Artículo 1º: **NO HACER LUGAR** a la impugnación deducida por el Abog. Héctor Fabián Assad, postulante del concurso n° 181 (Vocal de Cámara Penal, Sala II del Centro Judicial Concepción) contra la valoración de la prueba de oposición, conforme a lo considerado.


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


Artículo 3º: De forma.

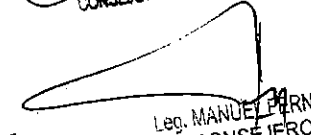
  
DRA. ELENA GRELLET  
CONSEJERA TITULAR  
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA


  
DR. DIEGO E. VALS  
CONSEJERO TITULAR  
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA

  
Leg. RAÚL EDUARDO ALBARRACÍN  
CONSEJERO SUPLENTE  
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA


  
Leg. RAMÓN ROQUE GATIVA  
CONSEJERO SUPLENTE  
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA

  
DRA. MARIA IVONNE HEREDIA  
CONSEJERA SUPLENTE  
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA

  
Leg. MANUEL FERNANDO VALDEZ  
CONSEJERO TITULAR  
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA

  
DR. MARTIN TADEO TELLO  
CONSEJERO SUPLENTE  
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA

**ANTE MI DOY FE**

  
Dra. MARIA SOFIA MACUL  
SECRETARIA  
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA