

ACUERDO Nro. 198/2019

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. Paul Alfredo Hofer, 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. Luego de aludir al concepto de arbitrariedad, señala que ella se configura en el dictamen ante *“la ausencia manifiesta de elementos certeros de análisis, control y fundamentación sistémica que pueda generar un proceso aritmético transparente y claro al momento de determinar la calificación concreta para el caso, a los efectos de erradicar toda forma de vulneración del principio de igualdad y arbitrariedad”*. Aborda seguidamente los aspectos de vulnerabilidad y arbitrariedad que entiende se han concretado dentro de cada uno de los casos evaluados.

Con relación al caso n° 1 reproduce la estructura del dictamen en tres apartados y desarrolla sus reproches en ese orden. Considera que en el primer párrafo del dictamen el jurado valoró de forma positiva lo desarrollado en su examen. Pero disiente con la crítica del jurado de que faltó un análisis de la tentativa como riesgo incólume y del por qué ésta no desplazaba a la tipicidad seleccionada en definitiva. En este aspecto refiere que en su prueba analizó el tipo de estafa a modo de análisis previo de logicidad (sic) pero que descartó su aplicación por ausencia de los elementos de tipo subjetivo y objetivo, razón por la que no era necesario a su juicio abordar la tentativa. Trae a colación citas doctrinarias y jurisprudenciales. Afirma que el tribunal pretende que previo al análisis de la apropiación ilegítima y luego de haber desarrollado la falta de aplicabilidad del tipo de estafa por ausencia de los elementos constitutivos del tipo objetivo y subjetivo, se analice la posibilidad de tentativa y que ello resulta arbitrario y carente de lógica, considerando que en su prueba manifestó la ausencia del elemento objetivo sustentado en argumentos de destacados juristas. Manifiesta que el jurado pretende un imposible lógico.

Considera que es arbitrario y carente de sustento que el jurado no haya calificado conforme lo manifestado en el propio dictamen y que los puntajes más altos sean de postulantes que resolvieron calificando por el delito de estafa. Hace referencia a un caso


Dña. MARÍA SOFÍA NAZCUL
SECRETARÍA
CONSEJO ASesor DE LA MAGISTRATURA

real -acompaña copia del fallo- idéntico al propuesto por el jurado y explica sus términos. Luego se detiene a explicar cómo se configura el ardid o engaño requeridos por la figura de estafa, la incidencia del error de la víctima, la relación que debe existir entre el fraude y el error y sobre la tentativa. A continuación justifica la subsunción del caso en la figura de apropiación de cosa perdida, con referencias a la ley de cheques. Concluye que esa fue la calificación acertada teniendo en cuenta que no existió ardid o engaño alguno en la presentación al cobro del cheque encontrado. Sostiene que tal como se dijo en el fallo referido los elementos de la tipicidad objetiva deben dejar de ser vistos desde el dogma causal naturalista en el sentido de que el ardid causa el error, que a su vez causa la disposición patrimonial generadora de perjuicio, sino desde un prisma normativo; que ello reivindica el papel del sujeto pasivo en el delito de estafa e invita a pensar que *“aun cuando a primera vista parezcan cumplidos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal en cabeza del sujeto activo, el error en el que incurre la víctima por su propia negligencia puede eliminar cabalmente el reproche penal que pesa sobre el primero”*.

También disiente con la opinión del evaluador de que trató con poco desarrollo la determinación de la pena, sobre todo si escogía el máximo legal de la multa. A su juicio, el jurado ignoró los fundamentos en la graduación desarrollados en la oposición, que transcribe para probar la existencia de arbitrariedad por motivación falaz.

Constituye arbitrariedad a su juicio que el dictamen contenga prácticamente el 90% de valoraciones positivas y otorgue 11 puntos. Interpreta que la determinación de la nota en el contexto de valoración integral del caso “no puede estar ajena a cuestiones aritméticas”. Afirma que no existiendo elementos en el dictamen que determinen que el acto judicial emitido en el fallo elaborado es arbitrario, no puede sustanciar una calificación menor a 17 puntos por aplicación de regla de tres simple.

Por lo expuesto y siendo su examen -según su razonamiento- idéntico al caso real indicado en cuanto a fundamentos y resolución, considera que no cabe más que otorgarle el máximo de puntuación. Finaliza sosteniendo que por la identidad mencionada, la calificación es antojadiza y se encuadra en la simpatía del tribunal respecto a determinadas soluciones.

Aborda en el acápite IV de su escrito la arbitrariedad que entiende se ha incurrido al valorar el caso n° 2. En cuanto a que faltó reflexión sobre la resistencia a la autoridad, replica que ello no surge de ningún elemento del caso propuesto y que no era posible incorporar al análisis un elemento extraño. Agrega que la resistencia nunca fue instada por el ministerio público fiscal ni fue parte del requerimiento de elevación a juicio ni menos del acuerdo de juicio abreviado. Respecto a que no hizo mención a la calidad de inapta del arma de fuego frente al texto del último párrafo del inciso segundo del art. 166 del Código Penal, que fuera observado por el jurado, sostiene que en su sentencia sí analizó tal circunstancia. En idéntico sentido manifiesta que también realizó una advertencia sobre el pedido de cese de prisión preventiva y que al aceptar el acuerdo e

imponer pena de ejecución condicional debería abstracto desarrollar la prisión preventiva y su caución, por lo que no sería acertada -a su juicio- la crítica del jurado sobre este punto. Estima que la nota (12 puntos) es arbitraria.

Concluye que el grado de arbitrariedad con el que se ha calificado su examen excede el marco de discrecionalidad. Afirma que *“surgen claramente, atento las reglas de la lógica y la matemática, una arbitrariedad y ausencia de lógica en la calificación al momento de poner un número, considerando que este debe guardar relación con la expresión valorativa del dictamen”*. Solicita que no sea el mismo tribunal quien evalúe a su parte sino que sea el mismo CAM quien analice la calificación pertinente conforme lo establece el reglamento art. 43. Afirma que la calificación *“debe guardar coherencia matemática, por ello en este sentido siendo la nota máxima de un caso 27,5 (equivale al 10) por regla de tres simple la nota base sobre la que debería ser calificado el examen es de 17 puntos que equivale a un aprobado (puntuación seis)”*.

En acápite aparte sostiene que -sin ánimo de atacar los dictámenes referidos a otros concursantes y al solo efecto comparativo y probatorio respecto al grado de arbitrariedad con el que considera se ha evaluado a su examen- realiza un examen comparativo con otros postulantes (identificados como pruebas números 6, 14 y 13), destacando los méritos y errores de cada uno de ellos.

II.-El art. 43 del Reglamento dispone en su parte pertinente 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. (...) No serán consideradas las que constituyan una simple expresión de disconformidad del postulante con el puntaje adjudicado. 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.”*

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, 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


Dra. MARÍA SOFÍA MACUL
SECRETARÍA
CONSEJO ASesor de la ADMINISTRACIÓN

caución no obstante la condenación condicional. No existe ninguna razón para modificar el puntaje obtenido que es claramente coherente con el magro desempeño del postulante”.

IV.- Este Consejo, en uso de la facultad reglamentaria (art. 43) designó un consultor técnico en este concurso a fin de que realice un análisis de las impugnaciones presentadas contra el dictamen de oposición y brinde opinión fundada al respecto.

El experto designado se pronunció, en su parte pertinente, en el siguiente sentido:
“(…) 3- *Concursante 9 Paul Alfredo Hofer. Caso N° 1. El suscripto comparte los fundamentos brindados por el Jurado en su dictamen y en la respuesta brindada a la queja presentada, no obstante considera acertado elevar aunque sea mínimamente el puntaje. En esta inteligencia, se observa que el examen si bien presenta algunos defectos por carencias, sobre todo por la falta de profundidad en el tratamiento y análisis de algunos temas, especialmente en lo que hace a la determinación de la pena y el no abordaje de la tentativa de estafa y su idoneidad o no, como así también su potencialidad para desplazar al tipo penal que el postulante selecciona en su examen. En esta inteligencia, corresponde indicar que la evaluación no consiste en coincidir o no con la resolución del caso que brinda el concursante, sino de valorar el proceso lógico y valorativo que el mismo realizó para llegar a tal resolución. 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, estudiando la 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 significa que existe una rica discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre el tema propuesto en el examen y es sobre este punto sobre el cual, al ser evaluado, debió explayarse a los fines que pueda valorarse adecuadamente su conocimiento. Por supuesto que las explicaciones que se brindan posteriormente al examen no suplen tales carencias. Sin embargo, las deficiencias expuestas no desmerecen la correcta evaluación que se hace de la congruencia y en relación a la tipicidad seleccionada -con las carencias ya señaladas-, lo que hace que el examen deba ser valorado con un puntaje un poco mayor al otorgado, subiendo tres (3), estimando adecuado catorce (14) puntos. Caso N° 2. Se estima que el jurado ha brindado adecuada motivación para fundar el puntaje. En efecto, se advierten los tres defectos que se resaltaron en la mayoría de los impugnantes en tanto que, en relación a la calificación legal, solo se hacen menciones que pueden considerarse como formales, con transcripción innecesaria de los tipos penales, pero sin peñerar en el estudio de cuestiones que hubieran permitido una valoración con mayor puntaje, como ser las relativas a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se dan en torno a que si la calificante por el uso de un arma de fuego inapta encuadra en el artículo 166 inciso 2 o en el 164. En este sentido, también hay que recalcar que no se trabajan*

cuestiones relacionadas con el delito de resistencia a la autoridad y la forma de concurrencia con el delito contra la propiedad. Por otra parte, como carencias se advierte que no se brindan mayores argumentos para fundamentar la pena, tanto en su magnitud como en su modalidad, no se trabaja sobre las reglas de conducta a imponer ni se abunda sobre la aplicación en el acuerdo de caución personal en el cese de prisión, observando su innecesariedad ante una pena privativa de la libertad pactada en forma condicional, y nada se dice sobre el decomiso del arma. En esta línea de pensamiento, no puede soslayarse que la resolución del caso no presentaba mayores complicaciones, circunstancia que se estima abría la puerta para que el concursante tratara con mayor detenimiento las cuestiones y problemáticas apuntadas, 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 (Fdo. Jorge C. Baclini)”.


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

Respecto del segundo caso, es claro que 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. 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. El tribunal ha expuesto de manera objetiva, lógica y coherente las razones que lo llevaron a asignar la calificación en cada caso y en la prueba de oposición numerada como 9 como también a los demás exámenes con quienes se coteja. Las críticas del impugnante no logran -a pesar de sus esfuerzos- desvirtuar la opinión técnica del evaluador. Por ello, en este aspecto, corresponde declarar inadmisibile el recurso y rechazar la pretensión de incrementar la nota.

Por el contrario, se advierte con claridad en el primer caso que asiste parcialmente razón a los cuestionamientos que sostiene el postulante contra la calificación. En virtud de los argumentos expuestos por el experto técnico, a los que este Consejo adhiere y hace suyos, se advierten que existen motivos para mejorar la valoración efectuada teniendo en cuenta la correcta evaluación que se hace de la congruencia y en relación a la tipicidad seleccionada. De ahí que se estima adecuado añadir tres (3) puntos en la calificación de este caso y disponer, consecuentemente, la rectificación parcial del orden de mérito provisorio en este aspecto.

Por todo ello,

EL CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA DE TUCUMÁN
ACUERDA



Dra. MARÍA SOFÍA MACUL
SECRETARIA
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA

Artículo 1º: **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la impugnación deducida por el Abog. Paul Alfredo Hofer, postulante del concurso n° 181 (Vocal de Cámara Penal, Sala II del Centro Judicial Concepción) contra la valoración de la prueba de oposición y **ELEVAR** en tres (3) puntos su calificación, conforme a lo considerado.


Artículo 2º: **ORDENAR** que por Secretaría se rectifique el orden de mérito provisorio del presente concurso consignando que el postulante Hofer alcanzó un subtotal de 26 (veintiséis) puntos en el examen de oposición y **NOTIFICAR** a los interesados.

Artículo 3º: **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*.

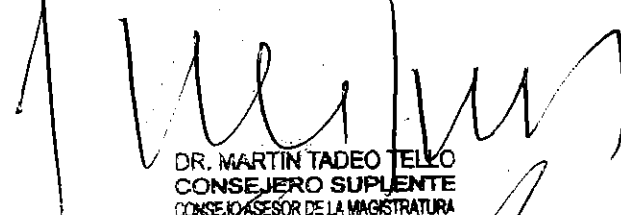
Artículo 4º: De forma.


DRA. ELENA GRELLET
CONSEJERA TITULAR
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA


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

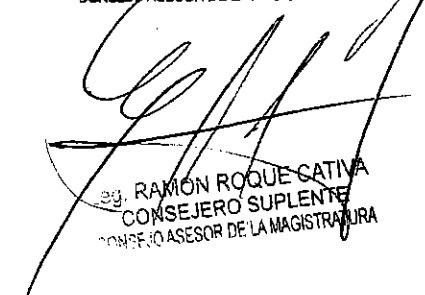

DRA. MARIA IVONNE HEREDIA
CONSEJERA SUPLENTE
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA


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


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


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

ANTE MI DOY FE


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


Dra. MARIA SOFIA NACUL
SECRETARIA
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA