ACUERDO Nro. 265 /2020

En San Miguel de Tucumán, a los 25 días del mes de noviembre del año dos mil veinte; reunidos los Sres. Consejeros del Consejo Asesor de la Magistratura que suscriben, y

VISTO

La presentación de la Abog. Eliana Karina Gómez Moreira, en la que deduce impugnación a la calificación de su examen de oposición en el concurso n° 199 (Defensoría Oficial en lo Penal de la IX nominación del Centro Judicial Capital); y,

CONSIDERANDO

I.- La recurrente, en la etapa procesal oportuna, formula impugnación a la calificación asignada a los casos n° 1 y 2 de su examen de oposición -identificado con el número 16- por entender que existió arbitrariedad manifiesta y consecuente perjuicio al "reducirse sensiblemente" su puntuación.

En lo que atañe al caso n° 1 advierte una desproporción en la calificación recibida, en razón de la ausencia de faltas graves que demuestren desconocimiento del derecho o que impidan llegar a la solución correcta del caso. Invoca la causal de arbitrariedad por cuanto de la lectura de todo el dictamen se desprendería una reiteración de pasajes idénticos entre los distintos aspirantes al plantear cuestiones similares (vg. al tratar las exclusiones probatorias o al señalar la falta de perjuicio económico). Alega que no se contemplaron así diferentes soluciones o combinación de soluciones posibles para el caso y sobre todo que tratándose de un medio de defensa, el Defensor está facultado a escoger la mejor estrategia posible sin necesidad de abarcar la totalidad de los planteos o elementos de la contraparte siendo factible proponer una teoría del caso distinta y no por ello defectuosa.

Por otro lado estima que las correcciones del jurado se encuentran ceñidas a una solución concreta casi como una fórmula matemática y que refleja idéntica a la resuelta en el caso "Duarte Ponce de León, Eric Daniel s/ Recurso de Casación" de fecha 18 de Marzo de 2019, por la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Capital Federal. En este sentido, advierte que cada uno de los planteos oportunamente resueltos por ese Tribunal son los que determinaron las correcciones del jurado y en especial las que justifican las supuestas fallas atribuidas a su examen, conforme lo desarrolla en los puntos subsiguientes.

Dra. MARIA SOFIA NACUL
SECRETARIA
CONSEJO ASESOR de la MAGISTRATURA

Concretamente se agravia de la devolución del jurado que reza: *"Planteó dos excepciones (...) La segunda dirigida a la aplicación de la regla de exclusión probatoria (no cita el art. 195 del CPPT) respecto de la adquisición de imágenes pero omite explicar por qué dicha tarea investigativa no se encuentra amparada por la regla de libertad probatoria prevista en el art. 193 del código ritual y por la específica autorización contenida en el último*

párrafo del art. 337 del CPPT. El contenido y significado de dichas imágenes coincide con el relato directo que sobre el desapoderamiento de las bolsas de supermercado hiciera el testigo Rosas quien descubrió una situación de desapoderamiento de bienes muebles". Contra ello, la postulante solicita se revise el 2° párrafo de la hoja 2 (frente), donde precisa: *"En consecuencia solicito se excluya como medio probatoria válido el acta policial referente a la exhibición de las cámaras de seguridad y las imágenes tomadas de dichas filmaciones, por expresa aplicación del art. 195 del CPPT".* Requiere además se revean los párrafos 4°, 5° y 6° de la hoja 1 (vta.) de su examen que transcribe y destaca que no obstante reconocer la falta de cita expresa de los artículos 193 y 337 del CPPT, en su recurso sostiene que la exclusión probatoria se encuentra fundada en la afectación al control de la prueba por la defensa, lo que no fue valorado por el jurado. Y de modo expreso refiere a la obtención de la prueba por el personal policial señalado en el párrafo 4° de la hoja 2 (frente) de su prueba que transcribe.

En relación al párrafo del dictamen que refiere: *"el contenido y significado de dichas imágenes coincide con el relato directo que sobre el desapoderamiento de las bolas de supermercado hiciera el testigo Rosas",* trae a consideración lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Peralta Cano, Mauricio Esteban s/ Infr. Ley 23.737", causa n° 50.176 C, 03/05/2007, sobre la no justificación del proceder policial por el resultado obtenido, citando un fragmento del fallo.

Expresa que la consigna del caso n° 1 expresaba que el concursante: *"deberá desarrollar su alegato defensista siguiendo -en lo posible- el siguiente orden: 1.- Oponer las excepciones que considere pertinentes, incluidos los planteos de índole constitucional o legal sobre la recolección del material probatorio... ".* Que en base a ella y con el fin de cumplirla formuló dos excepciones, ambas con fallas según el dictamen objeto de impugnación y que llamó la atención del impugnante que al concursante identificado con el n° 12 no se le haya achacado el incumplimiento de todas las consignas y que además se le haya conferido el mayor puntaje entre los concursantes por la solución propuesta al caso n° 1 (14 puntos).

Por otro lado se agravia del dictamen por cuanto señala: *"el concursante en forma reiterada puso de relieve que en ningún momento antes de y durante el proceso se llevó a cabo la determinación del supuesto perjuicio sufrido por la firma empleadora pero no explicitó cual sería la consecuencia jurídica que le asigna a esa omisión. Esa omisión en la actividad probatoria se relaciona con el momento consumativo del tipo de administración fraudulenta toda vez que el mismo se verifica luego de que es intimado el dependiente a rendir cuentas y se niega a ello o las rinde falsamente".* Interpreta como válido por el jurado que el perjuicio patrimonial no se configuró aunque exige un plus vinculado a la rendición de cuentas. Aún así, asevera que la doctrina no exige a los fines de la consumación del tipo penal que el sujeto activo haya sido intimado a rendir cuentas y que no las haya o la hubiese rendido falsamente. Es decir, el delito se consuma con el perjuicio patrimonial, siendo indiferente la existencia o no de rendición de cuentas por el sujeto activo.

Reprocha el pasaje del dictamen: *"Discrepa con la tipicidad adoptada en la teoría del caso de la fiscalía negando que el imputado reúna la calidad de sujeto activo requerida por el art. 173 inc. 7 del código penal sin desarrollar un especifico análisis jurídico al respecto"*. Solicita se revisen las hojas 2 (frente) a 3 (vuelta) en razón que no habría efectuado planteo alguno en orden a la calidad del sujeto activo y que, por el contrario, destaca haber asumido la posibilidad que el imputado revista dicha calidad. En concreto peticiona la revisión de los párrafos 7° y 8° de la hoja 2 (frente). Afirma que la calidad del sujeto activo no fue discutida ni mucho menos "negada" en orden a su teoría del caso por lo que mal puede exigirse un especifico análisis jurídico al respecto, como pretende el jurado.

Se agravia de la afirmación del tribunal: *"Destaca en varios párrafos la inexistencia de perjuicio derivado del pago efectuado por el imputado, circunstancia a la que asigna el efecto de ser el único supuesto que permite tener por no consumada la tipicidad de la conducta asignada en la teoría del caso de la fiscalía"*. Solicita se revise el párrafo 5° de la hoja 3 (frente) de su prueba y destaca que si bien en el párrafo precedente (4° párrafo de hoja 3) se menciona que las mercaderías fueron abonadas con la tarjeta de Martínez, la referencia a "único supuesto" está circunscripta a la determinación del perjuicio patrimonial y no al pago de la mercadería.

Con respecto al párrafo del dictamen referido a: *"Luego de ello efectúa consideraciones acerca de que la conducta quedó en grado de tentativa a la que confunde con el desistimiento de la misma por pago de la mercadería"*, requiere que se revean nuevamente desde el párrafo 5° de la hoja 2 (frente) a 5° de la hoja 3 (frente) del examen, ya que no surgiría de dicha redacción la mención de la tentativa. Afirma haber realizado referencia a la tentativa al tratar el alcance del artículo 43 del Código Penal, lo que fue considerado por el jurado en el punto "D" del dictamen titulado como "Fundamentación de la Pena". Estima que no se advierte en su planteo la confusión que se refiere entre tentativa y desistimiento y tampoco fue ello señalado como error al tratar el punto "D".

Reprocha lo señalado por el examinador: *"Analiza la procedencia de aplicar el art. 43 del código penal pero fundamenta el desistimiento de la conducta típica relacionándolo con la carencia de perjuicio patrimonial por el pago efectuado con la tarjeta de Martínez"*, cita su examen y subraya que expresó que la falta de perjuicio patrimonial estaba vinculada a la falta de consumación del delito, teoría del caso sostenida durante todo el examen y exigido para la aplicación del artículo 43 que requería comienzo de ejecución. En relación al desistimiento solicita se revise el párrafo 3° de la hoja 4 (frente) que transcribe.

Dra. MARIA SOFIA NACUL
SECRETARIA
CONSEJO ASESOR de la MAGISTRATURA

En orden al caso n° 2, cuestiona los 15 puntos atribuidos por el jurado, alegando desproporción con las correcciones efectuadas.

Reprocha la devolución del jurado atinente a *"No aborda la totalidad de las consignas"*, entiende que su planteo fue correcto y afirma que del caso presentado se desprendía una única consigna. Que hizo uso de un medio de impugnación para resolver el caso a fin de mejorar la situación de su asistido, interponiendo un recurso de apelación, al que el jurado entendió correctamente fundado y desarrollado. Sostiene que la mención a los

medios probatorios no surgía de la consigna del caso. Que al haber interpuesto un medio de impugnación, no sería la oportunidad procesal para solicitar la producción de prueba, razón por la que se limitó a rebatir la prueba obrante en la causa, señalando incluso en el párrafo 5° y 6° de la hoja 5 (vta) de su examen que no se produjo la prueba que demostraría que la sustancia que habría utilizado el imputado fuera "clonazepan".

Por último advierte que al ser muy bajos los puntajes de los 31 concursantes, corresponde revisar los máximos tenidos en cuenta por el jurado como referencia a los fines de la calificación general y que en el supuesto que se hubiese tomado como referencia un máximo inferior a 27.5 se adicionen los puntos que correspondiesen en forma proporcional a la calificación asignada a cada caso.

II.- En uso de las atribuciones previstas por el RICAM, se decidió correr traslado al Jurado de las impugnaciones presentadas, frente a lo cual el Jurado contestó de la siguiente manera:

"Concursante 16 (IMPUGNACION N° 3). CASO 1. El concursante, con ilustrada prosa jurídica, admite que no tomó en consideración una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal contemporánea al examen, que por su publicidad permitía elaborar una teoría del caso adecuada el ejercicio del caso n° 1. Insiste en asimilar la actuación de un testigo a la actuación policial para desmerecer la validez de las preguntas dirigidas al dependiente por el encargado (que luego depondrá ante las autoridades en carácter de testigo) sobre el destino de la mercadería hallada junto a su vehículo. La nulidad articulada en función de la supuesta imposibilidad de la defensa de revisar la producción de la prueba queda a salvo en el devenir del proceso, puesto que se puede interrogar al testigo en las etapas iniciales del proceso como durante la audiencia de juicio. Caso contrario, sería necesario llevar a cabo toda tarea de adquisición probatoria en presencia de un abogado defensor, lo cual no es exigido por ningún ordenamiento procesal, siendo además el principio rector en materia de actos procesales su conservación -o su renovación a pedido de parte- dejando a salvo claro está, las situaciones generadoras de nulidades absolutas ante un supuesto de indudable inconstitucionalidad que el caso no presenta.

En cuanto a las restantes afirmaciones acerca de la no consumación del daño patrimonial por la existencia de un pago y/o la necesidad o conveniencia de efectuar una rendición de cuentas en sede comercial denotan claramente el desconocimiento de la cuestión relativa al momento consumativo del tipo de administración fraudulenta, cuestión dirimente para resolver el caso tal como lo refleja con sencillez y claridad la sentencia de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal citada en esta impugnación por el propio concursante.

Los restantes argumentos impugnatorios, sumados a los reseñados, no modifican la calificación asignada en la corrección original.

Concursante 16 (IMPUGNACION N° 3). CASO 2. Si bien es cierto que la consigna del ejercicio es única, no lo es menos que dentro del contenido de la misma se sugiere la

conveniencia de introducir otros planteos procesales tendientes a mejorar la situación del imputado incluso ejemplificándolos, lo que en el caso de marras, no ocurrió.

En cuanto a la solicitud de revisión de los puntajes máximos tenidos en cuenta como referencia a los fines de la calificación general, los mismos son correctos, más allá que el fundamento esgrimido para tal operación ('ser muy bajos los puntajes de los 32 concursantes') no resulta un criterio atendible.

Por otra parte, los restantes argumentos impugnatorios, sumados a los reseñados, no permiten la posibilidad de modificar la calificación asignada, la que se mantiene."

III.- Ingresando al análisis de los reparos deducidos por la Abog. Gómez Moreira contra la calificación de su prueba de oposición, cabe tener presente que la misma se encuadra dentro de las previsiones normativas establecidas por el Art. 43 del RICAM conforme al cual se debe acreditar la existencia de arbitrariedad manifiesta en el modo de calificar para que resulten atendible los agravios deducidos.

En este marco, adelantamos que de una nueva relectura de la prueba, del dictamen primigenio, recurso deducido y de la contestación de vista del jurado, no se advierte la existencia de la mentada arbitrariedad.

En efecto, los argumentos aportados por el Tribunal son suficientemente sólidos y completos, no dejando dudas de que la calificación original fue correctamente asignada, correspondiendo desestimar su impugnación.

Nos se ha logrado acreditar la existencia de manifiesta arbitrariedad, única causal posible para la revisión del puntaje. Por el contrario los reparos esgrimidos por la concursante Gómez Moreira representan una mera disconformidad con los criterios utilizados por el evaluador que deben ser ratificados.

Por ello,

EL CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA DE TUCUMÁN

ACUERDA

Artículo 1°: **NO HACER LUGAR** a la impugnación formulada por la Abog. Eliana Karina Gómez Moreira contra la calificación de su examen de oposición en el concurso n° 199 (Defensoría Oficial en lo Penal de la IX nominación del Centro Judicial Capital), conforme a lo considerado.

Artículo 2°: **NOTIFICAR** el presente a la 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 3°: De forma.

Dra. ELEONORA RODRIGUEZ CAMPOS
PRESIDENTE
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA

Dr. LUIS JOSE COSSIO
CONSEJERO TITULAR
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA

DR. ESTEBAN PADUVE
CONSEJERO TITULAR
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA

LEG. MARTA NAJAR
CONSEJERA SUPLENTE
CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA

DOY FE

Dra. MARIA SOFIA NACUL
SECRETARIA
CONSEJO ASESOR de la MAGISTRATURA