

PROF. DR. DANIEL R. PASTOR

Abogado y Doctor de la Universidad de Buenos Aires
Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires
Ex-Becario DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico)
(Universität zu Köln - 1997/1999)
Ex-Becario de la Fundación Alexander von Humboldt
(L.-M.-Universität München - 2004/2005)

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011

Sres.

Miembros del Jurado

Concurso n. ° 74 MP.F.N

*Una (1) vacante de Fiscal general ante los Tribunales Orales
en lo Penal Económico de la Capital Federal*

De mi mayor consideración:

Tengo el honor de dirigirme, en mi condición de jurista invitado, a los Sres. Miembros del Jurado constituido para el Concurso de la referencia, con el fin de presentar mi opinión fundada no vinculante sobre las capacidades demostradas por cada uno de los cinco concursantes que se presentaron a las pruebas de oposición celebradas el 3 de noviembre de 2010 y que siguen en esta competencia (arts. 5.º, segundo párrafo, y 28 del Reglamento de Selección de Magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación, aprobado por resolución n.º 101/04 del Procurador General de la Nación).

➤ Para tales oposiciones, siguiendo lo establecido por el art. 26, inc. a, tercer párrafo, del Reglamento mencionado, los postulantes debieron preparar y realizar un alegato sobre el resultado de un hipotético debate sustanciado según las circunstancias del caso planteado (acto procesal previsto por el art. 393 del CPPN), así como contestar las réplicas eventualmente efectuadas por los Miembros del Jurado. A tal fin fue entregado a los concursantes un expediente real -"s/inf. ley 24.769"- y se estipuló un tiempo de veinte minutos para desarrollar la exposición. La calificación fue establecida entre 0 y 100 puntos (art. 27 del mismo Reglamento).

En cuanto a la resolución de fondo del caso, en mi opinión, la solución más plausible desde el punto de vista de una argumentación jurídico-penal de amplio espectro consistía en requerir la absolución del acusado. La imputación que se le dirige le atribuye, en su carácter de presidente de una sociedad anónima, evadir la suma de 147.647,24 pesos del impuesto a las ganancias que debía tributar en orden al período fiscal correspondiente al año 2005 (evasión impositiva simple: art. 1º de la ley 24.769). Los términos de la evasión fueron fijados sobre la base de que en ese ejercicio la firma en cuestión no presentó la declaración jurada correspondiente, lo cual habría impedido al Fisco conocer la existencia de una renta debida a una operación inmobiliaria, "*circunstancia* -así reza la acusación fiscal a fs. 81- *puesta en evidencia por las retenciones efectuadas por el escribano A.E. -ver fs. 40/54, 36/61 Y 129/130 legajo impuesto a las ganancias*".

Dicho en términos tan abreviados como categóricos, resulta sumamente dificultoso afirmar una omisión ardidosa o una ocultación maliciosa (ley 24.769, art. 1.º) por parte de quien, al realizar la única operación generadora de su deber tributario de informar fielmente al Fisco e ingresar a las arcas de éste lo que en consecuencia correspondiera en términos impositivos, percibió que en un *documento público* se consignaba la operación inmobiliaria realizada, su monto y la retención del importe, efectuada por el *funcionario público* interviniente *a nombre de la AFIP*, en concepto de adelanto del *impuesto a las ganancias* que en definitiva debería liquidar el contribuyente según los

resultados del ejercicio. Es innegable que dicho contribuyente no ocultó nada, menos maliciosamente. Por el contrario, había quedado todo a la vista: a la vista de la AFIP la operación y sus alcances ya la vista del contribuyente el hecho de que todo estaba ya a la vista de la AFIP: el contribuyente sabía que la AFIP sabía. Tan es ello así que la AFIP, como lo dice expresamente la acusación, gracias a ese no ocultamiento fue informada de la operación en cuestión y de su monto exacto, percibió lo retenido, pudo determinar el importe exacto del impuesto a las ganancias que debía abonarle ese contribuyente por ese período, dedujo de ese importe la suma ya retenida por el Escribano Público al momento de la escrituración y pudo reclamarle al contribuyente la diferencia adeudada, así como también la declaración del ejercicio todavía no presentada. Se ve así con claridad, según mi modesto entendimiento, que aquí, de oculto, no hubo nada de nada. El contribuyente sabía que, aunque no presentara la declaración correspondiente, la AFIP de todos modos ya estaba informada del hecho imponible correspondiente a ese ejercicio, de la suma parcial del impuesto a las ganancias ya ingresada por la retención notarial y del importe todavía adeudado por la diferencia entre lo retenido y el total a abonar por dicho tributo ese año.

Mi visión del caso no invalida en absoluto la de aquellos postulantes que hayan propuesto otra solución ni asegura la mejor calificación para quienes coincidan con mi punto de vista, puesto que el caso no presenta una resolución indiscutible que esté sin duda más allá de lo opinable, con lo cual cualquiera de las dos alternativas esperadas para el alegato es plausible y respetable. Tampoco la posición funcional indicada para el desempeño del aspirante respecto del caso (Fiscal de Juicio que formula su alegato sobre el mérito de la prueba del hecho objeto del proceso) obliga, ante la vidriosa situación, a decantarse necesariamente por una de las vertientes posibles (principio de objetividad según el cual el Fiscal no debe ser un acusador a ultranza). Por consiguiente, son aceptables tanto la decisión de requerir la condena como la de requerir la absolución. En consecuencia, el examen del mérito de los autores de los alegatos depende de otros factores.

Para fundar el dictamen he tenido en cuenta, entonces, el desenvolvimiento de los candidatos en materia de oratoria, claridad, lenguaje, estilo, orden expositivo propio de un alegato, y el uso del tiempo asignado. También he considerado la presentación de los aspectos complejos que tiene el caso, el modo de abordarlos, la pertinencia de las argumentaciones que condujeron a la decisión propuesta, así como la elocuencia para generar convicción en el tribunal. Asimismo he apreciado el conocimiento de cuestiones generales -procesales y sustanciales- y de la problemática particular planteada, expresado también en el empleo correcto de legislación, doctrina y jurisprudencia. Por último, he prestado especial atención al aporte personal y a la forma en que asumió cada concursante el papel que tenía que representar en el litigio. Según esas pautas, a los fines de examinar a continuación las capacidades individuales de cada uno de los competidores, salvo el caso del aspirante Julio César BÁEZ que no será evaluado porque ha renunciado al Concurso al haber accedido a un cargo judicial, seguiré el orden en que se desarrollaron sus exposiciones ante el tribunal, aclarando que en líneas generales todos los participantes tuvieron un muy buen desenvolvimiento y me causaron una excelente impresión.

En función de ello, se consigna la siguiente evaluación:

1. TRICARICO, Liliana Nora

En su alegato describió la plataforma fáctica objeto del juicio y consideró probados los hechos atribuidos al imputado por las pruebas practicadas o incorporadas durante el debate. La exposición fue dubitativa y algo confusa. Señaló los elementos a partir de los cuales basó la convicción probatoria y procedió a considerar el suceso como constitutivo de delito y al acusado como responsable de éste. Indicó que el imputado omitió presentar la declaración jurada que le era exigible y con ello evadió el pago del impuesto respectivo al ocultar la verdadera situación de la sociedad de la que era único responsable. Calificó el hecho como constitutivo del delito doloso previsto en el arto 1.º de la ley 24.769. Estableció que el hecho además de típico, en lo objetivo y

subjetivo, era antijurídico porque no se presentaban causas de justificación. También descartó que se pudiera excluir la culpabilidad. En la determinación de la pena valoró en contra del acusado el no acogerse a un plan de facilidades de pago pudiendo hacerlo. A su favor la ausencia de antecedentes. Requirió la imposición de una pena de dos años de de prisión por el delito de evasión simple ya referido. Solicitó que la pena a imponer sea de ejecución condicional fundado ello en las desventajas del cumplimiento de las penas privativas de libertad de corta duración. No requirió la imposición de reglas de conducta. El alegato se limitó a once minutos. Se califica el examen con 60 puntos.

2. BARBIERI, Claudia Inés

Expuso el alegato con dominio de la labor encomendada. Relató con mucho detalle las vicisitudes centrales del trámite de todo el proceso y circunscribió, aunque con precisión algo menor, los extremos fácticos del objeto de imputación en juicio. Tuvo por demostrado el hecho atribuido al acusado a partir de un repaso exhaustivo de todos los elementos probatorios adquiridos durante el enjuiciamiento. Dejó de lado, con expreso fundamento legal, las informaciones provenientes de actos procesales invalorables y las recogidas en la audiencia para el conocimiento *de visu* del imputado. En cuanto a la calificación jurídica subsumió la conducta del imputado como típica y antijurídica según el art. 1.º de la ley 24.769, pues el acusado, como presidente de una sociedad anónima, evadió mediante un ocultamiento por ardid o engaño (no presentar declaraciones juradas) el pago del impuesto que su representada estaba obligada a tributar. Para medir la pena que solicitó tuvo en consideración todas las circunstancias relevantes y, teniendo en cuenta el fin de prevención especial de la pena, requirió que el imputado sea condenado a la pena mínima legal de dos años de prisión cuyo cumplimiento puede ser dejado en suspenso, con costas. No solicitó el sometimiento del acusado a reglas de conducta. Empleó para alegar catorce minutos. Se califica el examen con 85 puntos.

3. AGÜERO VERA, Marcelo Gustavo

Desarrolló un alegato ordenado y claro, prestando permanente atención visual al seguimiento de un memorando. Desplegó en primer lugar la descripción de los hechos probados, para referirse en segundo lugar a los elementos de convicción en los que fundó la comprobación de tal base fáctica del juicio, como así también la responsabilidad del acusado, pasando luego, en tercer lugar, a exponer la calificación penal y, en cuarto y último lugar, se detuvo en la determinación de la pena que solicitó le fuera impuesta al imputado. En resumen, en virtud de un detallado análisis de las pruebas pertinentes, consideró que éste, como presidente de la sociedad que representaba, era autor de haber omitido ingresar a la AFIP-DGI la declaración jurada del impuesto a las ganancias correspondiente al año 2005, habiendo omitido así también ingresar al fisco el monto correspondiente a ese tributo generado por la venta de un inmueble producida durante el ejercicio mencionado, todo ello por medio de un ocultamiento ardidoso. Refutó pormenorizadamente los argumentos de la defensa y concluyó que el hecho demostrado en el proceso constituye el delito previsto y reprimido por el arto 1.º de la ley 24.769. Analizó el debate doctrinal sobre la figura empleada y se pronunció, fundadamente, acerca de no ver en este tipo penal una modalidad de defraudación tributaria, descartó así la necesidad de error en el damnificado e indicó que lo decisivo eran las maniobras ardidosas o engañosas desplegadas por el autor. Dijo también que no se trata de un delito de resultado, sino de un delito de omisión y de pura actividad, aunque en este caso remarcó que se produjo un resultado lesivo. En lo subjetivo afirmó que el hecho era doloso, cuanto menos de modo eventual. Descartó con detalle la ausencia de causas de justificación u otras excusas que pudieran excluir la culpabilidad. Mensuró argumentadamente la pena requerida, la que fijó, en su solicitud final, en el mínimo previsto por la ley aplicable, consintiendo que su ejecución, por las circunstancias personales del autor, sea dejada en suspenso. En definitiva solicitó la imposición de dos años de prisión de ejecución condicional y el sometimiento a algunas de las reglas del arto 27 *bis* del CP, con costas. Utilizó para su alegato diecinueve minutos. Se califica el examen con 87 puntos.

4. RODRÍGUEZ EGGERS, Esteban Carlos

Formula el alegato con solvencia. Describe desde el inicio el hecho imputado al acusado: evasión del pago del impuesto a las ganancias que debía efectuar en su carácter de presidente del directorio de una sociedad comercial por medio de la omisión de presentar la correspondiente declaración jurada en la cual debió consignar una operación que generó el monto del tributo evadido. Valoró puntillosamente la prueba del juicio para considerar demostrados los hechos descriptos. Estimó que, no obstante ello, los hechos probados no constituyen el delito de evasión simple previsto por el arto 1.0 de la ley 24.769, pues el imputado no ha formulado declaraciones engañosas ni ocultaciones maliciosas, dado que la mera omisión de presentar la declaración jurada u otra documentación no representa ese tipo de conductas. No cumplir con lo debido, no presentar la declaración ni pagar el tributo, señaló, no es *per se* delito de evasión, en tanto que no hubo ardid ni engaño. Se refirió a la Convención America de Derechos Humanos, de jerarquía constitucional, que prohíbe la prisión por deudas y, en consecuencia, solicitó la absolución del imputado, sin perjuicio de la ejecución administrativa del tributo adeudado. El alegato tuvo una duración de 13 minutos. Se califica el examen con 86 puntos.

5. CAPUTO, Rafael Francisco

Comienza el alegato con una correcta descripción del hecho imputado, el cual resulta relatado como la omisión de presentar oportunamente la declaración jurada del impuesto a las ganancias correspondiente al año 2005, presentación que era obligatoria para la sociedad involucrada. Como consecuencia de ello señaló que la sociedad omitió asimismo el pago del monto del tributo respectivo. Consideró que de este modo se ocultó el hecho imponible generador de la obligación tributaria señalada. A continuación valoró puntillosamente todos los elementos de prueba producidos durante el enjuiciamiento y utilizados en el alegato para considerar demostrados los hechos atribuidos al acusado. En cuanto a los aspectos normativos, construyó los deberes tributarios incumplidos por medio de la mención detallada de las normas administrativas de las que nacen tales obligaciones. Calificó la conducta del acusado como constitutiva del delito previsto por el arto 1.0 de la ley 24.769, evasión simple, cometido con la ocultación maliciosa ya descripta, con lo cual se evadió el tributo cuyo pago era obligatorio. Explicó fundadamente las razones por las que consideró que la mera ocultación era en este caso ardidosa y engañosa, especialmente en razón de que la sociedad involucrada no llevaba libros contables y debido a que su domicilio fiscal no estaba constituido en una dirección apta para tal fin. Descartó la posibilidad de que el hecho fuera considerado tentado y, mucho menos, como tal, desistido. Estableció que el imputado era el autor como representante de la sociedad evasora (presidente del directorio). Señaló pormenorizadamente los aspectos típicos objetivos y subjetivos del delito cometido por el acusado, descartando toda causa posible de justificación y de exclusión de la culpabilidad, como asimismo desechó con nutrida argumentación cualquier supuesto de error en el autor. Finalmente no encontró tampoco circunstancias que excluyan la punibilidad. En consecuencia requirió la condenación del acusado y solicitó, tras una medición de la pena correctamente motivada, que se le imponga la de dos años y tres meses de prisión de cumplimiento condicional y la realización de algunas prestaciones de conducta. El discurso fue muy ordenado, claro y preciso. El relato demostró un cabal dominio de las materias administrativas, tributarias, penales y procesales involucradas en la construcción del alegato, cuyo desarrollo insumió exactamente veinte minutos. El examen es calificado con 95 puntos.

Muy cordialmente,