

Procuración General de la Nación

CONCURSO N° 43 M.P.F.N.

DICTAMEN FINAL DEL JURADO

En la ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de septiembre de dos mil ocho, en la sede de Procuración General de la Nación de la calle Guido 1577, se reúne el Tribunal ante el cual se sustancia el Concurso N° 43 del Ministerio Público Fiscal de la Nación convocado por Resolución PGN. N° 69/05, para cubrir una (1) vacante de Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal (Fiscalía N° 4), presidido por el señor Procurador General de la Nación, doctor Esteban Righi e integrado además por el señor Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Eduardo E. Casal; por el señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, doctor Raúl Omar Pleé; por el señor Fiscal General ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal doctor Pablo E. Ouviña y por el señor Fiscal General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, doctor Ricardo C. M. Alvarez, a los fines de emitir el Dictamen Final en los términos del Art. 28° del Régimen de Selección de Magistrados del M.P.F.N. aplicable (Res. PGN. 101/04), y RESUELVE:

Que respecto a la Evaluación de los Antecedentes acreditados por los concursantes, previstos en el Art. 23° del Reglamento citado, corresponde remitirse a lo expuesto y resuelto por la mayoría del Tribunal en el Acta de fecha 18/7/07 (fs. 61/77 de las actuaciones del concurso), la que se tiene por reproducida como integrante del presente decisorio a mérito de la brevedad, y de la cual resultan las calificaciones discriminadas de acuerdo a los incisos de dicha norma reglamentaria, las que más adelante se detallarán.

Que con posterioridad a ese resolutorio, comunicaron sus renunciaciones al proceso los concursantes doctores Rodolfo Fernando Domínguez (fs. 79); Alfredo García Wenk Estela S. Fabiana León Mónica A. Antonini Sandra Mingolo María Cristina Camiña (fs. 91); Domingo Esteban Marino (fs. 96) y Eduardo L. Aguirre (fs. 97).

Por otra parte y teniendo en cuenta que no concurrieron a participar de las pruebas de oposición, los doctores Eduardo Guillermo Farah y Martín Alfredo Mainardi, quedaron excluidos del Concurso, conforme lo establece el Art. 27° del Reglamento de Concursos aplicable.

USO OFICIAL

Que, en consecuencia, los profesionales nombrados en los párrafos precedentes, no integrarán el orden de mérito definitivo.

Evaluación de los exámenes de oposición.

Que con fecha 23/11/07, el Jurista Invitado, *profesor doctor Eduardo Aguirre Obarrio* presentó al Jurado su dictamen en los términos del Art. 28° del Régimen de Selección de Magistrados del M.P.F.N. (Res. PGN 101/04), respecto del desenvolvimiento de los concursantes en las pruebas de oposición escritas y orales, el que se agrega como Anexo y cuyos fundamentos y conclusiones el Tribunal hace propios y tiene por reproducidos como integrante del presente decisorio a mérito de la brevedad, con las excepciones y por las razones que en cada caso se explicitarán seguidamente.

Prueba escrita:

En los términos de lo establecido en el Art. 26° inc. a) primer párrafo, del Reglamento aplicable, se les entregó a cada uno de los concursantes, copia de un expediente real, individualizado a los fines de este proceso de selección con el nro. 35.837/04 y carátula: "CAPRI, Jonathan Víctor Abel; JUN, Emiliano Ezequiel; GROSS, Adrián y FORT, Ariel Gastón s/ homicidio criminis causae en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego", encontrándose agregada, como última foja, la consigna a cumplir (ver fs. 99/290 de las actuaciones del Concurso).

Se fijó en siete (7) horas el plazo para el desarrollo de la prueba (conforme Acta de fs. 368).

Solución del caso y análisis de los escritos de los concursantes.

1. El caso.

Capri, Jun, Gross y Fort se dirigieron en un automóvil hacia un pequeño supermercado, con el fin de robar. El automóvil, que era conducido por Jun, había sido robado previamente. Antes de llegar al supermercado, Capri descendió del vehículo y se aproximó caminando al negocio. Mientras tanto, Jun detuvo el auto a las puertas del local y permaneció en el coche. Gross y Fort ingresaron al supermercado y se aproximaron a las cajas. Antes de que hicieran algo (como por ejemplo, sacar las armas, pedir dinero, etc.), en la vereda del local, Capri, que venía caminando, comenzó a dispararle a un policía de civil (Per) que custodiaba el lugar y que se acercaba desde la vereda a la puerta del local, porque le había resultado sospechosa la escena. Ante esta circunstancia, Gross y Fort salen del

Procuración General de la Nación

comercio, disparando ambos contra Per. Per resultó herido principalmente a causa de los disparos de Capri, quien también recibió al menos un disparo en una pierna hecho por Per. Capri, luego del intercambio de disparos, se acercó a Per, que se encontraba en el suelo, se subió sobre éste y le disparó a quemarropa. Como no salió ningún disparo, inmediatamente, quitó el arma al policía y volvió a intentarlo, con idéntico resultado. Los tres se subieron al automóvil y escaparon. Capri se llevó consigo la pistola reglamentaria que le había extraído a Per y con la que había intentado darle un tiro final. Per, a pesar de haber recibido ocho disparos, sobrevivió al ataque.

2. La solución del tribunal oral.

El tribunal oral calificó el hecho de la siguiente manera. Capri sería autor de tentativa de homicidio simple cometido con arma de fuego en concurso ideal con robo. Fort y Gross serían autores de tentativa de homicidio simple. La conducta de Jun sería atípica. A continuación se describirán las razones a las que recurrió el tribunal para llevar a cabo la subsunción de las conductas de la manera descripta.

2.1. El tribunal descartó calificar el hecho como robo porque Gross y Fort no habrían dado comienzo a la ejecución de éste. Ingresaron al local pero sólo "llegan a posicionarse delante de las cajas"; no exhiben las armas, ni amenazan, ni hacen gestos, "...ni siquiera se acercan a una cosa ajena". Capri es el único que resulta autor de un robo, pero en razón de la sustracción del arma de Per.

2.2. Evidentemente, al haber disparado los tres (Capri, Fort y Gross) con armas de fuego, a corta distancia, contra una persona, se trata de una tentativa de homicidio. El Tribunal descarta que haya que calificar a esta tentativa de homicidio como cometida "*criminis causa*", porque el fin de lograr la impunidad estaría ausente, ya que hasta el momento de los disparos, no había existido comienzo de ejecución de ningún delito y, por lo tanto, no existía el fin de "procurar la impunidad", propio del art. 80, inc. 7 del Código Penal.

2.3. Como no existió principio de ejecución del robo planeado, Jun resultaría impune, toda vez que, tanto los homicidios tentados en perjuicio de Per como el robo de su arma reglamentaria, serían excesos imputables, los primeros a Capri, Fort y Gross, mientras que el segundo (el robo) únicamente a Capri.

3. El recurso de casación.

En primer lugar, cabe recordar que en oportunidad de formular su

USO OFICIAL

acusación, el fiscal de juicio había calificado la conducta de los cuatro imputados como coautoría del delito de homicidio *criminis causa*, en grado de tentativa, en concurso real con coautoría de robo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 42; 45; 55; 80, inc. 7; y 166, inc. 2 del Código Penal).

En consecuencia, en su recurso, el Fiscal aclaró lo siguiente. En relación con las conductas de los imputados Gross, Fort y Capri afirmó que si bien la subsunción legal realizada en la sentencia no había sido la misma que la que él había efectuado, habida cuenta de que la pena impuesta no había sido tan disímil, la sentencia no le causaba ningún gravamen y, por lo tanto, no impugnaría la decisión. Ello tendría sustento en el precepto contenido en el art. 458, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, que sólo permite el recurso del Ministerio Fiscal cuando en la sentencia condenatoria se impone una pena privativa de libertad inferior a la mitad de la requerida.

El único agravio contenido en el recurso de casación interpuesto por el fiscal de juicio se refiere, entonces, a la absolución dictada a favor del imputado Jun, con fundamento en la errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1, del código de forma). En este sentido, alegó que, en su entender, en el caso se presentaba una circunstancia particular. Si la Cámara de Casación adoptaba para Jun la calificación legal propuesta en la formulación de la acusación, el mismo hecho quedaría entonces calificado de manera distinta para uno de los imputados.

En consecuencia, para evitar esta situación, entendió que la mejor solución era recurrir la absolución sobre la base de la calificación legal que el Juez Giudice Bravo efectuó de la conducta de Jun en su voto en disidencia parcial en la sentencia, es decir, la de partícipe secundario de tentativa de homicidio *criminis causa* cometido con armas.

Para ello, el fiscal manifestó que se trató de un homicidio *criminis causa* tentado, pues, a su juicio, había sido efectuado “para lograr la doble impunidad de alejarse del supermercado que intentaban robar, para que no se los detuviera por las armas que ilegalmente llevaban y para ocultar el arma que le habían sacado al citado Per”. Agregó que el rechazo a dicha calificación legal propiciado por el voto de la mayoría configuraba una errónea aplicación de la ley sustantiva, en virtud de haber excluido la existencia de un comienzo de ejecución del robo cuando dos de los imputados habían ingresado al supermercado. De todas formas, el fiscal descartó la necesidad del comienzo de ejecución de otro delito para la

Procuración General de la Nación

aplicación del homicidio cometido con el fin de lograr la impunidad, contenido en el art. 80, inc. 7, del Código Penal.

Como corolario de ello, el fiscal consideró que Jun había sido un partícipe necesario de toda esa secuencia de hechos, pues sabía que se dirigían a robar, esperó a los demás imputados, advirtió el desarrollo del tiroteo, cargó al herido y huyó posteriormente con aquellos. Todo ello, —agregó— había sido previamente planeado, atento a que “sabían que estaban armados y era dable representarse lo que en definitiva ocurrió”. Finalmente, aclaró una vez más que el dolo de Jun había sido el mismo que el del resto de sus compañeros y que su actuación final había sido necesaria e imprescindible para lograr la fuga del sitio.

4. Esbozos de la solución correcta.

4.1. La cuestión de fondo.

Sin perder de vista las dificultades procesales que se desarrollarán seguidamente, puede decirse que la resolución del caso admitía diversas soluciones, a saber:

4.1.1. En primer lugar, no es del todo correcta la afirmación de que no hubo principio de ejecución del robo. Podría ser discutible, dado que se trata de un límite difuso, si era ya comienzo de ejecución lo desplegado por los autores al acercarse en el auto, dejar a un miembro del grupo en un lugar estratégico, ingresar al local, etc. Lo que es indudable es que en un contexto de plan de robo, el comenzar a disparar contra una persona, por parte de uno de los coautores, presupone directamente la realización de una parte del tipo (la violencia) que hace ingresar a todos los integrantes del plan (el “colectivo” que planea la ejecución de un hecho) al campo de la tentativa.

En efecto, el robo es un tipo penal en el que pueden distinguirse dos conductas básicas que pueden aislarse una de otra: el desapoderamiento de una cosa mueble y la violencia física en las personas (se deja aquí de lado, por no pertinente, “la fuerza en las cosas”). Si uno de los coautores comienza a disparar, incluso antes “del comienzo de ejecución” del desapoderamiento, esa violencia es la violencia típica del robo, ejercida, en los términos del propio art. 164 del Código Penal “...antes del robo [scil. apoderamiento] para facilitarlo”.

Aún si se considerase que la intervención de Jun es pasible sólo de ser considerada como un acto de complicidad secundaria, el comienzo de la tentativa por parte de los coautores del hecho principal abre también la posibilidad, desde

USO OFICIAL

la perspectiva de las reglas de la accesoriedad, de responsabilizarlo en aquel carácter.

Esto significa que Jun era, o bien coautor de una tentativa de robo agravado, por haber sido cometido con armas y en banda (arts. 42, 45, y 166, inc. 2º, del Código Penal), o bien, al menos, cómplice secundario de una tentativa del mismo delito (arts. 42, 46 y 166, inc. 2º, del Código Penal).

En esta solución que, se reitera, parte de asumir que Jun compartió la decisión de ejercer violencia mas no de matar a nadie las tentativas de homicidio en perjuicio de Per serían excesos imputables únicamente a Capri, Fort y Gross, mientras que el robo del arma reglamentaria de Per sería imputable exclusivamente a Capri.

4.1.2. Más discutible aun resulta la cuestión de si se puede responsabilizar a Jun, no ya en los términos del párrafo anterior, sino como coautor o cómplice secundario de las tentativas de homicidio que tuvieron como víctima a Per.

a) Una primera solución sería responder negativamente, aduciendo que del mero hecho de que los intervinientes hayan acordado realizar un robo con armas al supermercado no es posible inferir que la decisión común al hecho abarcara también, necesariamente, el uso de esas armas con fines homicidas de ser ello necesario para consumar el robo o procurar la impunidad, etc. Para que fuera posible deducir inequívocamente ese dolo a partir de la situación de hecho sería necesaria la presencia de circunstancias específicas (por ejemplo, que el robo con armas iba a tener por objeto un lugar custodiado por personal fuertemente armado) que están ausentes en el presente caso.

De todos modos, en atención al rol de fiscal asumido por el concursante, también serían correctas las siguientes soluciones:

b) Se podría esgrimir que la decisión común abarcó también la eventualidad de que hubiera que realizar disparos contra personas con las armas de fuego —como efectivamente ocurrió— en caso de que fuera necesario para consumar el robo o procurar la impunidad, etc., y la posibilidad seria de que alguien muriera como consecuencia de esa violencia. Además, en el homicidio *criminis causa* no hace falta que el otro delito se haya dado en la realidad, ni siquiera que haya habido comienzo de ejecución, sin perjuicio de que por las razones expuestas en 4.1.1. puede concluirse que sí lo hubo.

Procuración General de la Nación

En este supuesto, Jun sería era coautor (art. 45 del Código Penal) o, cuanto menos, cómplice secundario (art. 46 de idéntico cuerpo normativo) de una tentativa de homicidio *criminis causa* (arts. 42, 80, inc. 7°, del Código Penal). Se podría discutir además la aplicación de las agravantes del art. 41 *bis* (empleo de armas de fuego) y la del art. 80, inc. 6° (concurso premeditado de dos o más personas), del digesto de fondo. La discusión es compleja, pero parece poco esencial, en vista de lo discutible de esa calificación, cómo hayan respondido a ello los concursantes.

c) Una tercera solución, más dudosa, consistiría en postular que, efectivamente, los disparos con intención homicida contra Per efectuados, primero por Capri y luego por Fort y Gross al salir del supermercado, fueron excesos respecto de lo que había sido originalmente acordado. Estos disparos fueron repentinos e imprevistos, de modo que, no alcanzados por el acuerdo original, tampoco pudieron ser consentidos posteriormente por Jun, que se vio sorprendido por ellos. Cualquier manifestación posterior aprobando lo sucedido sería un dolo *subsequens*.

Sin embargo, la situación sería diferente en lo que respecta al tramo posterior, en el que Capri sigue insistiendo en rematar a Per, mientras Jun, consciente de lo que sucede, continúa prestándole apoyo, manteniéndose a la espera. En efecto, podría sostenerse que ese "exceso" pasó a estar abarcado por el dolo de complicidad de Jun, en una suerte de reformulación de la decisión común inicial. En virtud de ese nuevo consentimiento, la tentativa de homicidio de Capri pasaría a ser un aporte imputable también a Jun.

Precisadas así estas alternativas, corresponde también evaluar de manera satisfactoria la opinión de aquellos concursantes que hayan optado por imputar la tentativa de homicidio también a Jun, en la medida que las argumentaciones escogidas a tal efecto resulten pertinentes.

d) Última variante. Resulta indiscutible que Jun manejó el vehículo a bordo del cual, primeramente, se desplazaron los otros imputados, quienes fueron descendiendo en forma ordenada y, cabe concluir, preordenada, con el objeto de colocarse en estratégicas posiciones (dos ingresan al supermercado, mientras que otro, que descendiera con anterioridad, rodea el lugar y es el primero que dispara contra el preventor). Tampoco puede dudarse del conocimiento previo de Jun respecto a que los otros procesados llevaban consigo armas de fuego. Ya se ha

USO OFICIAL

adelantado que resultaría formalmente adecuada la hipótesis de robo agravado en su comisión por el empleo de armas, en grado de tentativa, en atención a la violencia típica desplegada con los disparos –principio de ejecución del delito propuesto- en el contexto antes señalado y reconocido por la propia sentencia.

Tampoco puede dudarse que Jun estacionó el vehículo para esperar, y que por la posición en que quedara y la cantidad inmensa de disparos efectuados por cuatro personas –tres imputados y el personal policial-, los escuchó.

Vale adelantar que difícilmente podría sostenerse que, en todo el contexto reconocido por la sentencia, pudiera argüirse que Jun, cuando ve venir a sus compinches a la carrera –muy probablemente los ve disparar-, uno de los cuales estaba herido, lo que estaba haciendo era auxiliar cual buen samaritano a simples conocidos –o desconocidos, en realidad no interesa- que escapaban por resultar víctimas de un actuar delictivo.

Si la sentencia reconoce que todos habían previamente viajado juntos y que se colocaron en posiciones estratégicas –incluido Jun, pues los esperaba-, pero que su conducta sería atípica –e inexorablemente irrelevante su promesa anterior- por no haber principiado la ejecución del delito de robo ni por participar en la tentativa de homicidio por lo que los otros tres fueran condenados, al menos podría la sentencia haber examinado la posibilidad de que el auxilio de Jun fuera encubrir la acción de los demás –tentativa de homicidio-, para permitir su fuga (art. 277 inc. 1° “a” e inc. 3° “a” CP).

Podría abrirse así, en el plano argumental, la siguiente disyuntiva: pedir que se haga un nuevo juicio (hecho diverso, art. 401 CPPN) o que, por considerar suficientemente descripta la imputación en los diversos pasos del proceso y por no tratarse aquí de un caso de accesoriedad entre la tentativa de homicidio y el encubrimiento, que la Casación directamente lo condenara por tal delito.

Ninguno de los concursantes advirtió tal posibilidad, al menos en el plano hipotético, aunque más no fuera para explicitar ante la Casación que jamás su conducta pudiera ser atípica.

4.2. El problema procesal

Además de las cuestiones dogmáticas desarrolladas más arriba, el caso adjudicado a los concursantes evidenciaba un problema de índole procesal. En efecto, como bien fue advertido por el Fiscal General ante el tribunal de juicio, el art. 458, inc. 2 del Código Procesal Penal de la Nación impedía al Ministerio

Procuración General de la Nación

Público Fiscal recurrir las condenas de los imputados Fort, Gross y Capri. Pero, paralelamente, el inc. 1 de la misma norma facultaba al Fiscal a impugnar en casación la absolución del imputado Jun.

Si se tiene en cuenta que la imputación de Jun como partícipe secundario —sea de la tentativa de robo agravado, sea de la tentativa de homicidio *criminis causa*— habría de exigir del tribunal de alzada una modificación de la calificación legal respecto de los coautores (condenados por tentativa de homicidio simple), se planteaba un conflicto en derredor de los alcances que podría tener la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal.

A criterio de este Tribunal, la interdicción de recurrir las condenas que pesaba sobre el Fiscal (artículo 458, inc. 2 del ordenamiento de rito) debería asimilarse en el caso a un desistimiento voluntario del acusador público, en aras de determinar si el tribunal de alzada estaba en condiciones de agravar la situación de los otros consortes de causa.

En consecuencia, la “conformidad compulsiva” del Fiscal con las condenas de Fort, Gross y Capri, sumada a los recursos interpuestos por las respectivas defensas, determinaría la operatividad de la garantía de la *non reformatio in peius*. Ello por cuanto esta derivación del derecho de defensa y del principio contradictorio tiene como presupuestos, justamente, la impugnación exclusiva del imputado contra la condena y la consiguiente inactividad recursiva de la parte acusadora.

Sin perjuicio de lo anterior, en modo alguno la aplicación de la *non reformatio* debería acarrear una obligación del Fiscal de renunciar a obtener la condena de Jun. Si para ello se veía obligado a requerir la alteración de la calificación jurídica impuesta a todos los imputados, ningún agravio podría haberse esgrimido por los ya condenados, bajo la condición de que el nuevo escenario no condujera a un agravamiento de la pena. Sostener que el Fiscal no podría proponer una nueva calificación para los hechos acreditados y que debería resignarse irremediabilmente a consentir la absolución de Jun, implicaría conceder una injustificada preeminencia al inc. 2 respecto del inc. 1 del art. 458 del código de forma.

En conclusión, la condena que eventualmente pudiera imponerse en la segunda instancia de conocimiento, si bien podría alterar la calificación jurídica respecto de todos los imputados, no podría resultar más gravosa —para los ya

USO OFICIAL

condenados— que el fallo del tribunal oral, toda vez que la jurisdicción del *ad quem* estaría constreñida al contenido de los agravios de la defensa (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Si bien la limitación de la jurisdicción derivada de la *non reformatio* es una cuestión que concierne fundamentalmente al tribunal de alzada, corresponde reconocer y destacar expresamente la labor de aquellos concursantes que advirtieron en su memorial esta particularidad propia de la etapa impugnativa.

5. Las opiniones de los concursantes.

Previo a expedirnos sobre los dictámenes en particular, estimamos oportuno adelantar —con enorme complacencia— que el rendimiento de los postulantes a lo largo de esta prueba ha revelado sus capacidades individuales en relación al cargo que se concursa. Lejos de acudir a una prosa abigarrada y laberíntica, los candidatos han demostrado sólidos conocimientos jurídicos y gran capacidad argumentativa. Esta comprobación laudatoria se refuerza si se pondera la indiscutible complejidad del caso sometido a estudio, en el cual, como se dijo, resultaban concebibles diversas soluciones.

En este orden de ideas, el Tribunal decide hacer propias las ilustradas apreciaciones efectuadas por el doctor Aguirre Obarrio al evaluar la contestación que los postulantes ensayaron a los recursos de casación interpuestos por las defensas de Capri y Gross, por un lado, y de Fort, por el otro. Sin alterar el orden expositivo que eligiera el jurista invitado, entonces, nos avocaremos al escrutinio de cada uno de los exámenes en lo que concierne al recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal.

5.1. Borinsky.

De acuerdo con el criterio de este concursante, el imputado Jun sería partícipe necesario de tentativa de homicidio calificado *criminis causa*. Se inclinó, por lo tanto, por una de las soluciones posibles —puntualmente, la esbozada en el párrafo 1.2.b) del acápite anterior—, aunque su fundamentación comenzó —probablemente a causa de la premura propia de un examen— con una petición de principios, en tanto sostuvo que el conductor “...se representó como probable que sus cómplices (Capri, Fort y Gross) usaran sus armas contra alguien con la finalidad de escapar para quedar impunes”. El primer tramo de la respuesta trasunta así la afirmación de un hecho psíquico que, quizás, requería una justificación más generosa de los motivos que conducían a tenerlo por acreditado.

Procuración General de la Nación

Esta debilidad inicial, no obstante, resultó morigerada luego, cuando el doctor Borinsky adujo que la responsabilidad de Jun se manifestaba en "...su permanencia y proximidad con el escenario de los hechos, pues no sólo presenció lo ocurrido sino que tuvo que haber escuchado la balacera (fueron más de 14 tiros), lo que confirma su dolosa colaboración."

El énfasis atribuido a la circunstancia de que "...uno de los imputados (Capri) se encontraba herido de bala al momento de la fuga..." de la que se infiere, por consiguiente, que "...sin el aporte de Jun esperando para salir raudamente en un rodado, la fuga no se hubiera podido materializar", parecería enrolar al postulante en la alternativa propuesta en el párrafo 1.2.c) del acápite anterior. Esta afirmación, empero, debe relativizarse si se tiene en cuenta que aquella solución requería deslindar con nitidez los excesos cometidos por Capri, Fort y Gross en un primer momento, de la conducta desplegada exclusivamente por Capri al intentar rematar a Per.

El jurista invitado, con suma elegancia, criticó la postura defendida por el doctor Borinsky, no obstante lo cual le asignó finalmente 52 puntos sobre 60. Aun cuando el concursante omitió referirse a la cuestión procesal subyacente, el Tribunal opina que el puntaje propuesto se muestra ajustado a la hora de evaluar su presentación a nivel global, razón por la cual se lo califica con esa nota.

5.2. Castro.

Este candidato, cuyo escrito aparece dotado de gran sobriedad, resolvió fundadamente que Jun no puede ser coautor de homicidio, ni simple ni calificado, argumentando —e integrando con acierto reglas probatorias como el *in dubio pro reo*— lo siguiente: "De modo entonces que no pudiéndose acreditar que su intención abarcara el intento de homicidio a Per, sea simple o calificado, no queda otra alternativa que, dentro del límite del recuso instaurado, entender, por un lado, que Jun no es más que un partícipe del robo con armas del supermercado y que su dolo se agota allí..."

Si bien el concursante, amparado en el rol que corresponde a los integrantes del Ministerio Público Fiscal, podría haber recurrido a la orientación que brindan las circunstancias externas para inferir el dolo del autor, su fundamentación se muestra suficientemente correcta dadas las circunstancias del caso. Desde esta perspectiva, no es posible inferir acabadamente cuál ha sido el límite del acuerdo o qué se representó el autor y, por lo tanto, es atinado integrar

USO OFICIAL

la solución con la regla del *in dubio*.

En lo que concierne al robo del supermercado, además, el concursante acertó al sostener que realmente hubo comienzo de ejecución, aunque, a diferencia de lo aquí propiciado (cf. 4.1.1.), consideró que la tentativa se configuraba con el mero ingreso de los delincuentes armados al comercio.

En definitiva, el Tribunal considera que un puntaje de 54 puntos se corresponde con la valoración de las circunstancias reseñadas precedentemente y con esa nota se lo califica.

5.3. Monti.

Tal como lo destaca el jurista invitado, la argumentación vertida en el memorial de este postulante parecería desconocer la prohibición conocida como *versari in re illicita*. Ello por cuanto, para fundamentar la responsabilidad de Jun, sostuvo que “quien se compromete a ayudar a la ejecución de un hecho, lo está haciendo con respecto a la totalidad de las circunstancias y derivaciones que éste pueda tener –mínimamente– dentro del curso natural y ordinario de las cosas”.

Pese a que el candidato se inclina por una alternativa correcta –idéntica en su resultado a la propuesta en 4.1.2.b)–, podrían formularse objeciones a la fundamentación empleada. Es decir, si bien es posible sostener que en un caso como éste, quien no dispara también se hace imputable del homicidio, las razones dadas aparecen discutibles. Es que la decisión de derivar el dolo y la participación del aludido “curso natural y ordinario de las cosas” ofrece distintos reparos y no se concilia del todo con algunas máximas de la dogmática penal material y procesal.

En este contexto es que el doctor Aguirre Obarrio califica al candidato con 50 puntos. La falta de fundamentación en algunos puntos de su presentación (en tanto realiza diversas apreciaciones genéricas que no conecta acabadamente con los hechos de la causa); la falta de tratamiento sobre agravios de la defensa y la brevedad del escrito, que parece haber desempeñado un papel relevante en la evaluación del Jurista Invitado ameritan a nuestro juicio una reducción adicional del puntaje. Una calificación de 40 puntos parece en nuestra opinión la más adecuada, y en consecuencia se le asigna ese puntaje.

5.4. Moscato.

Con una argumentación solvente y precisa, esta concursante encuadró el caso dentro de una de las alternativas delineadas *supra*. Consideró que existió

Procuración General de la Nación

principio de ejecución del robo, mas —como ya advirtiera respecto del concursante Castro— no aludió para ello a que se había ejercido la violencia constitutiva de tal delito, sino que sostuvo en cambio que “... los actos preparatorios terminaron cuando entraron al supermercado, ya que, dichos actos no quedan dudas resultaban ser de alta peligrosidad para el bien jurídico...”.

En esta línea, argumentó en pos de la responsabilidad penal de Jun por la tentativa de ese delito y, al fijar criterio en torno a la participación que cupo a los imputados, entendió que se trataba de una coautoría funcional “... donde cada uno de los partícipes del hecho realiza una porción su fracción (sic) de la acción teniendo en cuenta el plan ideado y la división de tareas asignada a cada uno de ellos”.

En similares términos, la doctora Moscato consideró probado el homicidio *criminis causa* en grado de tentativa, al igual que la participación dolosa de Jun en el mismo. Enfatizó sobre esta cuestión que “...a él también le alcanza el agravante habida cuenta que el conocimiento del plan de robo que tenía, sumado al conocimiento de las armas que portaban y que efectivamente usaron, sumado a la coposesión del dominio final del hecho íntegro, hace que le sea previsible cualquier suceso delictuoso incluso no planeado pero cubierto con la aceptación y continuación de su parte en el plan como ha quedado demostrado al transcribir la sentencia en su parte pertinente”. La solución, desde el punto de vista material, concuerda con la esbozada en 4.1.2.b), y la fundamentación, como se dijo, es a mi criterio suficiente.

En otro orden, la postulante vislumbró con nitidez el conflicto que se presenta en la segunda instancia en razón del pleno imperio de la garantía que prohíbe la *reformatio in peius* respecto de Fort, Gross y Capri. Puntualmente, expuso que aunque la Cámara Nacional de Casación Penal no podría modificar las condenas de los imputados señalados, el recurso intentado contra la absolución de Jun exige a la Fiscalía “...tomar los hechos en su conjunto y analizar por ende la calificación jurídica respecto de todos los participantes del hecho”.

En atención a lo expuesto y a las apreciaciones del doctor Aguirre Obarrio, estimamos correcta una valoración global de 53 puntos y con ese puntaje calificamos su examen.

5.5. De Luca.

USO OFICIAL

El candidato discrepó con lo resuelto por el tribunal oral y estimó que existió en el caso principio de ejecución del robo, razón por la cual la conducta de los imputados pertenece al plano de la tentativa. Señaló que ello "... se aprecia por una serie de circunstancias probadas, ilustrativas de cuál era el plan individual de los cuatro y de que, el ingreso al local mientras otro esperaba afuera, ya eran actos que superaban la barrera de los actos preparatorios (que ubico hasta que acaban de descender del vehículo y comienzan a dirigirse al supermercado)". Sin que ello implique desconocer que se trata de una alternativa válida, renovamos nuestro escepticismo frente a esta posición, toda vez que, a juicio de este Jurado, lo correcto hubiera sido fijar el comienzo de ejecución en el momento en que se efectuó el primer disparo.

Paralelamente, el aspirante puntualizó que resultaba aplicable la agravante del homicidio prevista en el art. 80, inc. 7 del Código Penal, norma que, por lo demás, no exigía el inicio de ejecución del otro delito. En lo que atañe a la situación del imputado Jun, el doctor De Luca lo consideró partícipe de los delitos tentados, en la inteligencia de que éste "...hizo un aporte objetivo: conducir el vehículo llevando a sus compañeros de hecho antes, durante (en plena balacera entre uno de sus compañeros y otro policía), y después". Recordó que "uno de sus compañeros habría quedado allí, herido de disparos en la pierna, de no ser por su aporte".

De modo análogo a la doctora Moscato, el concursante logró barruntar el conflicto que se suscita en el caso alrededor de la jurisdicción del tribunal *ad quem*. Pese a la aplicabilidad de la prohibición de *reformatio in peius*, el doctor De Luca admitió que la Cámara Nacional de Casación Penal reexaminara, con el fin de determinar la responsabilidad penal de Jun, la calificación legal de todos los imputados. Apuntó que aun cuando "... por imperio constitucional no se pueda modificar una sentencia a su respecto (los condenados), no quiere decir que esa sentencia sea correcta" y destacó que aquí "...no se analizan las situaciones procesales de Gross, Fort y Capri, sino la de Jun, y para ello no existen restricciones procesales ni normativas".

Finalmente, no podemos soslayar que el postulante fue el único que insinuó que la primera condena de Jun en la Cámara Nacional de Casación Penal podría lesionar su derecho al recurso ante un tribunal superior (artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14.5 del Pacto

Procuración General de la Nación

Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esta evaluación positiva, sin embargo, no implica abrir juicio sobre la viabilidad del remedio proyectado por el concursante para satisfacer el denominado "doble conforme", esto es, la no aplicación de lo previsto por el art. 470 del Código Procesal Penal de la Nación y el consecuente reenvío para que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia.

En base a las consideraciones efectuadas, estimamos pertinente asignar al doctor De Luca un puntaje de 55 puntos, y con esa nota calificamos su examen.

Prueba oral:

De conformidad a lo establecido en el Art. 26° inc. b) del Reglamento de Concursos, esta prueba consistió en la exposición oral, en un plazo fijado en veinte (20) minutos, de un tema elegido por los concursantes de la nómina propuesta por el Tribunal a tal fin (conf. fs. 92 y 369).

El Tribunal comparte y hace propios los fundamentos, conclusiones y calificaciones propuestas en su dictamen por el doctor Eduardo Aguirre Obarrio para cada uno de los concursantes, con excepción a las referidas a los exámenes rendidos por doctores Castro y Moscato.

Con respecto al examen oral del doctor Castro, si bien compartimos mayormente el análisis efectuado a su respecto por el distinguido Jurista Invitado, consideramos que la solvencia demostrada por el postulante para abordar un tema de máxima complejidad como el elegido, amerita calificar su prueba con un puntaje mayor en 2 puntos al propuesto y, en consecuencia, resolvemos asignarle 35 puntos.

Con relación al examen de la doctora Moscato, el Tribunal coincide, en rasgos generales, con la calificación propuesta por el doctor Aguirre Obarrio, aunque se advierte cierta diferencia cualitativa en el prueba rendida por la nombrada en relación con la del otro concursante con la cual se la parifica, en tanto la doctora Moscato fue mucho más espontánea en su presentación. No hubo lectura sino tan solo para la identificación de los datos estadísticos que trajo para la oportunidad, mientras que en el caso del doctor Borinsky, sí hubo lectura, a nuestro entender en exceso, ya que dejó de ser en algunos casos la apelación a una guía expositiva para transformarse en la lectura literal de variados conceptos jurídicos. Ellos nos inclina a calificar el examen rendido por la doctora Moscato con 34 puntos.

USO OFICIAL

En razón de ello, las calificaciones que asigna el Tribunal a los exámenes orales rendidos por la totalidad de los concursantes son las siguientes:

Borinsky, Mariano Hernán: 32 (treinta y dos) puntos.

Castro, Julio César: 35 (treinta y cinco) puntos.

De Luca, Javier Augusto: 36 (treinta y seis) puntos.

Monti, Víctor Manuel Mauricio: 30 (treinta) puntos.

Moscato, Claudia Beatriz: 34 (treinta y cuatro) puntos.

En consecuencia y de conformidad a lo normado por el Art. 28° del Régimen de Selección de Magistrados del M.P.F.N. aplicable (Res. PGN 101/04), el Tribunal, establece el orden de mérito de los postulantes para cubrir la vacante concursada en el presente proceso de selección, el que queda conformado de la siguiente manera, en función del puntaje total obtenido, resultante de la sumatoria de las calificaciones asignadas en las evaluaciones de los antecedentes y en los exámenes escritos y orales:

1º) DE LUCA, Javier - Antecedentes: inc. a+b): 38 (treinta y ocho) puntos; especialización: 20 (veinte) puntos; inc. c): 14 (catorce) puntos; inc. d): 13 (trece) puntos; inc. e) 13 ptos. Total antecedentes: 98 (noventa y ocho) puntos / Examen escrito: 55 (cincuenta y cinco) puntos / Examen Oral: 36 (treinta y seis) puntos. **Total general: 189 (ciento ochenta y nueve) puntos.**

2º) CASTRO, Julio César - Antecedentes: inc. a+b): 38 (treinta y ocho) puntos; especialización: 20 (veinte) puntos; inc. c): 9 (nueve) puntos; inc. d): 7 (siete) puntos; inc. e) 7 (siete) puntos. Total antecedentes: 81 (ochenta y un) puntos / Examen escrito: 54 (cincuenta y cuatro) puntos / Examen Oral: 35 (treinta y cinco) puntos. **Total general: 170 (ciento setenta) puntos.**

3º) BORINSKY, Mariano Hernán - Antecedentes: inc. a+b): 32 (treinta y dos) puntos; especialización: 15 (quince) puntos; inc. c): 11 (once) puntos; inc. d): 10 (diez) puntos; inc. e) 10 (diez) puntos. Total antecedentes: 78 (setenta y ocho) puntos / Examen escrito: 52 (cincuenta y dos) puntos / Examen Oral: 32 (treinta y dos) puntos. **Total general: 162 (ciento sesenta y dos) puntos.**

4º) MOSCATO, Claudia Beatriz - Antecedentes: inc. a+b): 29 (veintinueve) puntos; especialización: 16 (dieciséis) puntos; inc. c): 12,5 (doce con cincuenta) puntos; inc. d): 7 (siete) puntos; inc. e): 9 (nueve) puntos. Total antecedentes: 73,50 (setenta y tres con cincuenta) puntos / Examen escrito: 53 (cincuenta y tres) puntos / Examen Oral: 34 (treinta y cuatro) puntos. **Total**

Procuración General de la Nación

general: 160,50 (ciento sesenta con cincuenta) puntos.

5º) MONTI, Víctor Manuel Mauricio - Antecedentes: inc. a+b): 38,50 (treinta y ocho con cincuenta) puntos; especialización: 16 (dieciséis) puntos; inc. c): 5 (cinco) puntos; inc. d): 4 (cuatro) puntos; inc. e) 3 (tres) puntos. Total: 66,50 (sesenta y seis con cincuenta) puntos / Examen escrito: 40 (cuarenta) puntos / Examen oral: 30 (treinta) puntos. **Total general: 136, 50 (ciento treinta y seis con cincuenta) puntos.**

Con lo que no siendo para más, los miembros del Tribunal dieron por finalizado el acto, previa lectura y ratificación de la presente, firmando todos al pie en prueba de conformidad, en el lugar y fecha indicados al comienzo, de todo lo cual doy fe.

USO OFICIAL