

Buenos Aires, 7 de abril de 2014.

Señores Miembros del Jurado en el
Concurso N° 93 para Fiscal General ante la
Cámara Federal de Casación Penal

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes en mi carácter de Jurista Invitado para el concurso mencionado a fin de enviarles para vuestro análisis el dictamen que, en tal carácter, he elaborado acerca de las pruebas escritas y orales de los participantes en el mencionado concurso, de conformidad con lo normado en los artículos 26, 27 y 28 del Régimen de Selección de Magistrados.

Quiero destacar ante todo que ha sido para mí un gran honor y una grata experiencia el haber tenido un protagonismo central en esta evaluación, que compensa el enorme esfuerzo realizado.

Todos los participantes en esta prueba son personas que me merecen el más alto reconocimiento académico. Los exámenes evaluados, sobre todo los orales, me han parecido de una enorme calidad y fue muy difícil establecer una jerarquía nítida entre ellos.

En rigor de verdad, puedo decir que todos los participantes merecen ocupar el cargo al que aspiran. Pero, en fin, los criterios y las consignas, inevitables, obligan a estandarizar de alguna manera la calidad de las pruebas y de allí la causa de la diferencias, que como se verán son en algunos casos mínimas, en los puntajes y en otros hubo inevitables empates. En todo caso, vaya mi reconocimiento a todos los concursantes y el agradecimiento por el aprendizaje recibido.

EVALUACIÓN CONCURSO N° 93

En estos exámenes, de acuerdo a las reglas mencionadas, la nota máxima para el escrito es 60 puntos y para el oral 40, y para integrar el orden de mérito, la/los postulantes deben alcanzar los siguientes mínimos 36 y 24 puntos, respectivamente. Desde ya lo adelanto, todos los concursantes han superado en ambas pruebas esos toques, de modo que todos integran el orden de mérito.

A) EXAMEN ESCRITO

Caso “Ortuño Saavedra”, de la Sala II de la CFCP, del año 2012.

Cuestión a analizar:

Trátase de la anulación parcial por parte de la Casación (por mayoría) del fallo del Tribunal de Juicio en orden a la pena impuesta, por la declaración de inconstitucionalidad que hizo la Casación de la norma del artículo 872 del Código Aduanero que equipara la pena del delito de contrabando tentado a la del delito consumado.

El tema fue introducido por primera vez por la Defensa en el término de oficina, razón por la cual el Fiscal de Casación no se refirió a dicha cuestión, no existiendo constancia alguna que el Fiscal haya rebatido o podido rebatir dicho argumento ni que se haya llevado a cabo la audiencia de debate en sede de Casación o reemplazado ese acto por la oportunidad de arrimar las denominadas “breves notas escritas”, esa conocida nota de perversión grafomaniaca del nuestro sistema de enjuiciamiento.

Este Tribunal, en los votos que hacen mayoría, invoca la doctrina de los fallos de la Corte en “Catrila”, “Concha” y “Rodríguez” que, siguiendo la doctrina del precedente “Casal”, permite la introducción de motivos nuevos luego de vencido el plazo para interponer el recurso, en el término de oficina. La jueza Figueroa, en disidencia, sostiene que la doctrina de “Casal” no se refiere a la posibilidad de invocar nuevos motivos, pero de todos modos trata la cuestión de la inconstitucionalidad, rechazándola.

Los postulantes deberían mirar especialmente el voto de la jueza Figueroa para sustentar su recurso extraordinario federal y argumentar sobre la inadmisibilidad de introducir motivos nuevos fuera de las oportunidades que la ley concede, sobre la vulneración de la defensa en juicio que implica que la fiscalía no haya tenido la oportunidad de ser oída previamente sobre la inconstitucionalidad, sobre el vicio procesal que implica la no realización de audiencia en casación y, finalmente, sobre la arbitrariedad de la declaración de inconstitucionalidad de la norma y de la defensa de dicha norma alegando su conformidad con el texto constitucional. Los argumentos deberían ser aptos para lograr que la Corte Suprema considere que existe una cuestión federal y que la sentencia merece ser dejada sin efecto.

Consignas:

- a) elaborar un recurso extraordinario federal,
- b) indicar doctrina, jurisprudencia y resoluciones de la PGN,
- c) jerarquizar los puntos a tratar,
- d) administrar el tiempo disponible,
- e) exhibir claridad en la exposición de los argumentos,

- f) exhibir corrección gramatical.

Criterios de evaluación:

El REF ideal debería tratar las siguientes cuestiones:

- 1- Demostración de que la sentencia es definitiva o equiparable a tal. Una respuesta correcta a esta cuestión sería que ella no es definitiva porque es una sentencia incompleta y que, por lo tanto, sería un auto equiparable a sentencia definitiva, porque es la única y última oportunidad para discutir la cuestión constitucional, dado que la posterior intervención del tribunal oral para la fijación de la pena y la eventual intervención de casación (otra sala diferente) no podrán juzgar ya sobre la cuestión de constitucionalidad, debido a que se hallará precluída. Debería agregarse además que la gravedad institucional que implica la declaración de inconstitucionalidad torna de por sí equiparable a definitiva una resolución. En ese sentido se ha dicho que: “si bien los pronunciamientos atinentes a medidas cautelares son regularmente extraños a esta instancia revisora por no tratarse de sentencias definitivas, cabe hacer excepción cuando tales medidas pueden enervar el poder de policía del Estado o exceden el interés individual de las partes y afectan de manera directa el de la comunidad (conf. Fallos: 307:1994; 323:3075; 327:1603; 328:900)”. A este aspecto de la evaluación **se le asignan 10 puntos**.
- 2- Demostración de que la sentencia proviene del superior tribunal de la causa (como no hay dudas sobre este punto, no ingresará entre los aspectos a calificar).
- 3- Planteamiento de la cuestión federal: se trata de la declaración de inconstitucionalidad de una norma federal. Pero, como es sabido, aunque no hubiera una cuestión constitucional propiamente dicha, el conflicto interpretativo acerca de una ley federal (el Código Aduanero lo es) y la decisión contraria a su validez ya de por sí implican una cuestión federal que es materia del recurso extraordinario. El fundamento normativo es el art. 14 inciso 1º de la Ley 48: “Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez”. Además, la gravedad institucional que implica una declaración de inconstitucionalidad también implica de por sí una cuestión federal. También lo constituye la arbitrariedad en la ausencia de fundamentos de la Casación en orden a la declaración de inconstitucionalidad. A ello se agrega la violación de la doctrina de la Corte Suprema en los fallos “Casal” y “Catrilaf”, por haberse permitido la invocación de un motivo de casación en forma extemporánea, sin que la cuestión hubiera sido planteada en momento alguno del proceso. En efecto, es

sabido que, bajo la invocación del derecho fundamental a la revisión integral del fallo condenatorio, se ha permitido la invocación tardía de motivos (vencido el plazo de interposición del recurso de casación, ya en el término de oficina, ya en la audiencia de casación), pero ello siempre y cuando la cuestión hubiese sido planteada en oportunidades anteriores del proceso (v.gr. durante el juicio), lo que no sucedió en el caso que nos ocupa. Por último, cabe agregar la violación de la defensa en juicio al no habersele dado al MP la oportunidad de ser oído en punto a la invocación tardía de la inconstitucionalidad, privándosele del derecho a la audiencia. A este aspecto de la evaluación **se le asignan 10 puntos.**

- 4- Sigue el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal. Trátase de la descripción de la situación de hecho que conduce a que se subsuma el hecho como tentativa y de la situación de hecho que demuestra que se ha violado la defensa en juicio y el debido proceso, el señalamiento de los huecos argumentales que conllevan a la arbitrariedad y la indicación de la inobservancia de la doctrina de la Corte en los casos citados. **Se le asignan 3 puntos.**
- 5- Prosigue la indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones (en el caso se presenta por primera vez en la sentencia impugnada, dado que la contraparte recién plantea la inconstitucionalidad por primera vez en el término de oficina, así como que en ese momento se produce la violación de la defensa en juicio y del debido proceso y también la arbitrariedad, del mismo modo que la inobservancia de los precedentes de la Corte). **Se le asignan 3 puntos.**
- 6- Luego corresponde la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación (afectación de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, que el MPF representa y debe defender, afectación de la defensa en juicio y del debido proceso, indicación e invocación de instrucciones de la Procuración General, etc.). **Se le asignan 5 puntos.**
- 7- Aquí corresponde la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas (refutación de los argumentos de la mayoría que sostienen la inconstitucionalidad, desarrollo argumental de la violación de la defensa en juicio, de la inobservancia de precedentes de la Corte y de la arbitrariedad). Este es el aspecto de la evaluación donde se verifica con mayor intensidad la capacidad argumental del concursante, puesto que es donde debe defender la constitucionalidad de la norma desde su punto de vista. **Se le asignan 23 puntos.**
- 8- Demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso (el apelante debe demostrar que la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuya constitucionalidad viene a defender tuvo una incidencia decisiva en la forma

en que fue resuelto el caso, dado que debido a dicha declaración de inconstitucionalidad se produjo la anulación de la pena impuesta en la sentencia de un modo que compromete el tribunal de reenvío a imponer una pena menor a la anulada (citar doctrina de la Corte sobre relación directa e inmediata). También demostrar que existe relación entre la violación de la defensa en juicio y el debido proceso con lo resuelto, porque justamente se privó al ministerio público de debatir sobre la cuestión de constitucionalidad que influyó decisivamente en la parte dispositiva de la sentencia. Lo mismo en relación con la arbitrariedad y con la inobservancia de doctrina de la Corte en “Casal” y “Catrilaf”. Desde otro punto de vista, la relación directa e inmediata se demuestra en el hecho de que si la Corte decidiera que la norma es conforme a la constitución, es claro que la resolución que declaró su inconstitucionalidad, no podría subsistir; luego, no cabría otra solución, para la vigencia de la norma en el caso, que la revocación de la decisión impugnada. **Se le asignan 3 puntos.**

- 9- Demostración de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas. El apelante debe invocar y defender la validez constitucional de la norma penal por no afectar ningún principio y sostener que la resolución es contraria a ese derecho por cuanto declara la invalidez constitucional de dicha norma, tornándola inaplicable para el caso. También es contraria a la defensa en juicio y al debido proceso por haberse arribado a dicha decisión sobre la inconstitucionalidad sin que la fiscalía hubiese sido puesta en condiciones de ser oída justamente sobre ese punto). También debería hablarse de la violación de la doctrina de la Corte en “Casal” y “Catrilaf” y el deber de observancia de la doctrina de la CSJN como cuestión federal. También debería indicar que es contraria al deber de fundar razonablemente las sentencias (arbitrariedad). **Se le asignan 2 puntos.**
- 10- La expresión de la solución que se pretende: **Se le asigna 1 punto.**
- 11-El agravio de la violación de la defensa en juicio y de la inobservancia de “Casal” y “Catrilaf” debería hacerse cargo de refutar la doctrina de la Corte en “Mill de Pereyra” y recientemente en “Rodríguez Pereyra”, que consagra la posibilidad de que se declare la inconstitucionalidad de oficio. Porque de ser así, la violación de la defensa (el derecho a ser oído de la contraparte de quien formula el planteo) puede ser relativizada.

1) VIOLETA

- 1- En cuanto al requisito de la demostración de que la sentencia es definitiva o equiparable a tal, este concursante sostiene que se trata de un auto equiparable a sentencia definitiva, en términos correctos y completos. Se le asignan **10 puntos.**

- 2- En cuanto al requisito del planteamiento de la cuestión federal (la declaración de inconstitucionalidad de una norma federal), el concursante, quizá de un modo desordenado pero correcto, plantea: 1) violación a la defensa en juicio por haberse abordado cuestiones que el tribunal no estaba habilitado a examinar; y 2) arbitrariedad al declarar inconstitucional el art. 872 del CA. Se le asignan **8 puntos**.
- 3- Sigue la exigencia de realizar un relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal. Este aspecto está desarrollado en forma correcta, aunque, como el resto de los concursantes, no indicó las circunstancias de hecho que demuestran que el delito fue tentado. Se le asignan **2,5 puntos**.
- 4- Sigue la exigencia de indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones. El concursante, si bien no lo expresa en forma contundente, deja bien en claro que dichas cuestiones se presentan con la sentencia y por ello es el recurso extraordinario la primera oportunidad para plantearlas. Se le asignan **3 puntos**.
- 5- Sigue la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación. Sobre esto el concursante, correctamente, sostiene que: "El fallo ocasiona un gravamen irreparable a este ministerio público, en tanto titular de la acción penal pública (arts. 5 del CPPN y 25, inc. "c" de la ley 24.946) que se ejercita en la presente causa, y garante de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (arts. 120 de la CN y 25, inc. "a" de la ley 24.946). A partir de las funciones asignadas por la Constitución y la ley a la fiscalía, resulta claro, a mi juicio, el legítimo interés de esta parte en que se revise el fallo que, como se verá, admitió un planteo extemporáneo de la defensa, y declaró de modo arbitrario la inconstitucionalidad de la ley penal aplicable, conforme a las constancias de la causa. Por lo demás, dicho agravio es actual y no resulta consecuencia de la propia actuación de esta parte, que se ha visto sorprendida por la decisión ahora apelada." Es correcta demostración de este aspecto. Se le asignan **5 puntos**.
- 6- Sigue la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas. El concursante realiza un minucioso desarrollo de la cuestión de la violación de la defensa en juicio por la introducción tardía de la cuestión constitucional en el término de oficina, que esta posibilidad no se desprende del fallo "Casal", aunque no menciona la doctrina de "Catrila" para descartar su aplicación al caso ni se hace cargo de rebatir el posible contraargumento de la potestad reconocida a los tribunales por la Corte Suprema de declarar la inconstitucionalidad de oficio. En su haber, hay que computar que ha sido casi solitario en el tratamiento de esta cuestión. En cuanto a la arbitrariedad en la declaración de inconstitucionalidad, comienza señalando que la declaración de inconstitucionalidad implica de por sí un acto de gravedad institucional. Y, en

términos absolutamente claros y correctos, señala la ausencia de fundamentación del fallo en lo concerniente a las razones por las cuales la pena escogida no sería adecuada para una tentativa. Veamos:

Señaló que la Corte consideró que para que pudiera prosperar la inconstitucionalidad pretendida, el recurrente debió hacerse cargo de los argumentos que tuvo el legislador para equiparar la pena de la tentativa de contrabando con la del delito consumado, pues no basta una genérica impugnación de irrazonabilidad, sino que resulta necesario vincularla con los fundamentos del dictado de la ley. También que siquiera se había demostrado que, con la amplitud con la que el legislador concibió la escala penal respectiva, la mera equiparación importara la desproporción alegada (cfr. considerando 4°). La autoridad de ese precedente luce desconocida en el fallo apelado, que optó, como se dijo, por seguir la opinión minoritaria de uno de los magistrados de la Corte, mas sin vincularla puntualmente con las circunstancias particulares del caso juzgado, que demostraban que la alegada inconstitucionalidad no era tal. Al respecto, vale la pena destacar que la calificación discernida por el tribunal oral (arts. 45 y 55 del CP; y 864, inc. “d”, 865, inc. “a”, 866 segundo párrafo, del Código Aduanero), teniendo en cuenta particularmente el concurso real entre las dos infracciones, importaba para Ortuño Saavedra una pena privativa de la libertad cuyo mínimo era de cuatro años de prisión, mientras que el máximo, según los textos legales, ascendería a los treinta años de esa especie de pena. De seguirse las reglas que contemplan los arts. 42 y 44 del CP y el criterio fijado en torno de ellas en el plenario nro. 2 de la Cámara Federal de Casación Penal, “Villarino, Martín”, la disminución de la mitad del mínimo y un tercio del máximo, en definitiva, arrojaría una escala de dos a veinte años de prisión. En ese marco, ponderando las características de los injustos atribuidos a Ortuño Saavedra, no aparece -en modo alguno- evidente que la pena privativa de la libertad que seleccionó el tribunal oral interviniente, fijada en cuatro años y seis meses de prisión, resulte una pena cruel o desproporcionada, como para concluir en que se han violado cláusulas de la Constitución Nacional. Entiende por ello que los argumentos generales expuestos por la mayoría en el fallo criticado, no alcanzan a demostrar, de modo convincente, que la pena efectivamente impuesta hubiera sido cruel o desproporcionada al grado de culpabilidad demostrado. Asimismo, en consonancia con lo expuesto precedentemente, creo necesario destacar que la eventual desproporción de la escala penal aplicable a un caso puntual, no puede ser merituada en abstracto, como aquí lo ha hecho la mayoría en el fallo apelado, más allá de que, como es sabido, la fijación de aquélla en la ley incumbe de manera exclusiva al Poder Legislativo, sin que corresponda a los jueces descalificarla porque no la comparten o invocando razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Por lo demás, es menester señalar que ha sido el propio legislador el que, en materia de delitos aduaneros, ha prescindido de manera expresa -en cuanto aquí interesa- de las reglas que fija el Código Penal para la reducción de las penas en los casos de tentativa, al establecer, en concordancia con lo dispuesto por el art. 4° del CP, que las disposiciones generales de este último ordenamiento son aplicables “siempre

que no fueran expresa o tácitamente excluidas...” (art. 861 del CA). Y esta disposición legal, vale aclararlo, no sólo no ha sido declarada inconstitucional, sino que siquiera ha sido objeto de cuestionamiento alguno en el voto de la mayoría en el fallo atacado, donde directamente no se la menciona. Bajo tales premisas, parece claro que los jueces que, en el caso, concurrieron a conformar la mayoría, han decidido, sin brindar fundamentos suficientes, prescindir de los claros términos de la ley, incurriendo así en una arbitrariedad, en el sentido técnico jurídico que se le reconoce al término (Fallos: 295:606; 301:108; 306:1242; 310:927; 311:2548; 323:192, entre otros).

En lo que a mí respecta, opino que si la sentencia impuso el mínimo de la pena de la escala, al declararse la inconstitucionalidad de la norma que prevé dicha escala y resultar aplicable una escala reducida, corresponde aplicar el mínimo de dicha escala o, al menos, el sentenciante que declara la inconstitucionalidad no debe demostrar que la pena a aplicar será más baja. De otro modo, por ejemplo, nunca podría prosperar el motivo de revisión del fallo firme cuando “el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable” porque el recurrente debería demostrar que la pena a imponer seguramente será inferior, lo que no le es exigido en modo alguno. No obstante el argumento es ingenioso, es compartido por varios de los concursantes y desde luego que vale y es pertinente en una cuestión federal donde se puede discutir la interpretación de una norma de carácter federal con independencia de su conformidad o no con el texto constitucional.

En realidad, según creo, el argumento de mayor peso es el del quebrantamiento de formas esenciales y la violación de la defensa que se produce por no haberse dado al MP la oportunidad de discutir el planteo de inconstitucionalidad previo a la decisión con inobservancia de la doctrina “Casal” y “Catrilaf”, que como vemos este concursante cumple de un modo adecuado. De todos modos, si el cuestionamiento a la sentencia es que la sentencia impugnada debió demostrar que la pena a imponerse como consecuencia de la inconstitucionalidad debería ser menor a la impuesta y no lo hizo, el cuestionamiento correcto es por vía de la arbitrariedad por falta de motivación, con fundamento en el artículo 18 de la Constitución nacional, que como vemos el concursante también plantea de un modo correcto. Se le asignan **20 puntos**.

- 7- Sigue la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso. Este requisito es justificado correctamente por este concursante, tanto en lo concerniente a la inconstitucionalidad como a la violación de la defensa en juicio. Se le asignan **3 puntos**.
- 8- Sigue la demostración de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas. Esto surge obvio del desarrollo del recurso. Se le asignan **2 puntos**.
- 9- El último requisito, la decisión que se pretende, el concursante la formula correctamente. Se le asigna **1 punto**.

Total: **54,5 puntos.**

2) FUCSIA

- 1- En cuanto al requisito de la demostración de que la sentencia es definitiva o equiparable a tal, este concursante da por supuesto que se trata de un auto equiparable a sentencia definitiva por cuanto, a su juicio, “expresa un agravio de imposible o insuficiente reparación posterior (CSJN, Fallos: 257:187; 268:172 y 301; 277:201; 280:228 y 429; 306:1312; 307: 784 y 2030; 310:276; 321: 2730 y 3415; 323: 2790 y 3386). No cabe ninguna duda que, si se mantuviera la decisión de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, como el mismo Fallo lo expresa, se realizaría un nuevo Juicio en el que, tanto por imperio de ciertas garantías procesales a favor del imputado (vgr, prohibición de la reformatio in peius), como por la clara indicación de que la nueva audiencia de Juicio oral esté regida por lo que allí se ha resuelto, el nuevo Tribunal estaría condicionado a determinar judicialmente una pena que estará sujeta a una limitación absolutamente arbitraria cristalizando y tornando pétreo el perjuicio explicado en las páginas que siguen”. No alcanza a ver el problema de las sentencias incompletas pero de todos modos parece tener presente que se trata de la última oportunidad procesal para discutir la cuestión constitucional. Se le asignan **10 puntos**.
- 2- En cuanto al requisito del planteamiento de la cuestión federal (la declaración de inconstitucionalidad de una norma federal), el concursante considera correctamente que la declaración de inconstitucionalidad de una ley implica un acto de gravedad institucional. Asimismo, encuadra correctamente la cuestión en el “primer inciso del art. 14 de la ley 48, en el que se administra el concepto de ‘resolución contraria al derecho federal en que se funda el recurrente’, establece que la apelación extraordinaria sólo será admisible, ‘cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de...una ley del Congreso...y la decisión haya sido contra su validez’. Dicho planteo formulado en el presente recurso sin duda entonces implica una cuestión federal suficiente desde que se halla en tela de juicio la constitucionalidad de una norma de naturaleza federal”. No hay mención de la cuestión de la inobservancia de fallos de la Corte (“Casal” y “Catrilaf”, como cuestión federal). Se le asignan **9 puntos**.
- 3- Sigue la exigencia de realizar un relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal. En este aspecto el concursante llena aceptablemente este recaudo, relatando los aspectos relevantes de la causa y otros que no lo son (como el cuestionamiento a la calificación como coautoría)

aunque omite señalar la descripción fáctica que lleva a considerar el delito como tentado, que es el soporte fáctico de la cuestión constitucional suscitada. Se le asignan **2,5 puntos**.

- 4- Sigue la exigencia de indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones. El concursante no hace mención a este tema, aunque la denuncia de indefensión, por la aceptación de la invocación tardía de la cuestión constitucional, implica que esta es la primera oportunidad posible para su planteo. Se le asigna **1,5 puntos**.
- 5- Sigue la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación. Sobre esto el concursante se expresa en términos aceptables: “no afecta a este Ministerio Público sólo en términos globales, sino en cambio, de modo muy concreto en lo que concierne a la facultad que tiene este organismo, en base a los intereses generales de la sociedad, contemplados en su recepción constitucional en el art. 120 de la Constitución Nacional, de sostener determinada pretensión punitiva en defensa de la legalidad en este caso en concreto”. Se le asignan **4 puntos**.
- 6- Sigue la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas. Este concursante, si bien no la indica previamente como cuestión federal, desarrolla correctamente la violación de la defensa en juicio, en los siguientes términos: “Esta instancia del Ministerio Público Fiscal, hay que decirlo, ha visto dañada de modo irreparable su posibilidad de argumentar debidamente en relación con el agravio constitucional introducido sorpresivamente. Se ha lesionado el principio acusatorio, el principio de igualdad de armas (garantías orgánicas procesales que surgen del sistema de división del poder en funciones) y el contradictorio”. En relación con la cuestión federal indicada “ab initio” sostiene que “solamente con una excesiva licencia del lenguaje es posible admitir que se afirme que este juego de reglas invita a establecer que la tentativa será reprimida con la misma pena que el delito consumado. Ello no es cierto. Y no lo es en primer lugar, aún estando vigente la norma de equiparación del Código Aduanero, porque todo el sistema penal argentino convive y está determinado por un sistema de penas relativas que generan una distancia entre el mínimo y el máximo en ocasiones enorme”. Luego dirá: “Ello sólo ya demuestra que no es cierto que la norma sea inconstitucional, sino que, en todo caso, su errónea aplicación y descontextualización judicial, en el caso concreto, puede dar lugar a una eventual afectación constitucional”. Refuta correctamente lo relacionado con los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad. Esta argumentación está desarrollada en términos claramente comprensibles. De un modo un tanto más vago y sin señalarla como cuestión federal, también el concursante tacha de arbitrario el fallo de la Casación: “un acto que en base a su intrínseca arbitrariedad”; “En todo caso se trata de argumentos que no están expuestos en la apresurada decisión que ha declarado la inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero”. Y, además, que “ya lo

ha dicho la CSJN en el precedente “Senseve Aguilera” (fallos 310:497): “para sostener la irrazonabilidad de la equiparación legal que se invoca...(se) debió (hacer)..cargo de los argumentos que tuvo el legislador para esa equiparación... pues no basta... la mera impugnación genérica de irrazonabilidad sino que resulta necesario vincularla con los fundamentos del dictado de la ley”. Es que de esta argumentación está absolutamente huérfana la decisión cuestionada”. Se le asignan **19 puntos**.

- 7- Sigue la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso. No hay una argumentación en este sentido. Aunque pueda parecer innecesaria en el caso, hubiera sido interesante introducirla. Se le asigna **1 punto**.
- 8- Sigue la demostración de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas. La forma en que el concursante se ha expedido hace innecesario un desarrollo, dado que está implícito en la argumentación. Se le asignan **2 puntos**.
- 9- El último requisito, la decisión que se pretende, el concursante se expresa en términos correctos. Se le asigna **1 punto**.

Total: **50 puntos**.

3) NARANJA

- 1- En cuanto al requisito de la demostración de que la sentencia es definitiva o equiparable a tal, este concursante sostiene, de un modo sumario, que “... este requisito (no indica cuál pero se sobreentiende) se encuentra superado en tanto la decisión pone fin a la cuestión debatida en forma tal que esta no puede renovarse, pues dirime el pleito sobre ello”, no aclarando si es sentencia definitiva o equiparable, no advirtiendo tampoco el problema de las sentencias incompletas. Tiene razón en que la cuestión no podrá renovarse, pero la afirmación está huérfana en argumentación. Se le asignan **6 puntos**.
- 2- En cuanto al requisito del planteamiento de la cuestión federal (la declaración de inconstitucionalidad de una norma federal), el concursante menciona, correctamente, el artículo 14.1 de la Ley 48 y “además, se discute una clara cuestión de Derecho federal, que es la inteligencia de los arts. 18, 19 y 75.22 CN”. Sostiene que “se halla en tela de juicio la constitucionalidad de una norma de naturaleza federal y se discute aquí la aplicación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena (cfr. CSJN, F. 329:3680). Resulta, entonces, una cuestión federal constitucional directa en tanto se discute la violación de la regla del CA (ley federal) de la CN”. También

plantea como cuestión federal la inobservancia de precedentes de la Corte, pero referido a “Senseve Aguilera” y “Branchessi” y no “Casal” y “Catrilaf”: “entiendo que el fallo es arbitrario por cuanto se ha apartado de la doctrina de la CSJN sobre el tema sin dar razones suficientes (cfr. CSJN, F. 315:1319 –a contrario sensu-), evadiendo los precedentes del Tribunal sin aportar nuevos fundamentos que justifiquen modificar el criterio consolidado”. No menciona la afectación de la defensa en juicio como cuestión federal. Se le asignan **7 puntos**.

- 3- Sigue la exigencia de realizar un relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal. El relato de antecedentes es suficiente y, lo que más importa, es la referencia fáctica que justifica la calificación del hecho como tentativa, aceptablemente realizada: “Partiendo de esto, sostienen que el delito en cuestión es una figura de resultado, el que consiste en impedir o dificultar el ejercicio de las funciones de control del servicio aduanero, razón por la que en el caso la intervención de los acusados por parte del personal de la PSA impidió la consumación del delito”. Se le asignan **3 puntos**.
- 4- Sigue la exigencia de indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones. El concursante sostiene, correctamente, que “... es introducida ahora, que es la primera oportunidad de hacerlo por cuanto la primera vez que surge la disputa constitucional es con la sentencia recurrida”. Se le asignan **3 puntos**.
- 5- Sigue la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación. Sobre esto el concursante dice: “causa un gravamen actual (cfr. CSJN, F. 255:58; 293:163; 319:1218; 324:529), por cuanto el fallo condenatorio ha impuesto la pena mínima para el delito (4 años), lo que significa aceptar que no se han tenido en consideración agravantes. Por esta razón, y partiendo de que la decisión nace de un recurso de la defensa, por imperio de la *non reformatio in pejus*, entiendo que, necesariamente, el reenvío que propone el fallo recurrido importará, a lo sumo, la aplicación de una pena menor a la que ahora se ha dispuesto”. Este párrafo parece suficiente para la demostración del gravamen, aunque hubiera sido interesante aquí la invocación del art. 120 de la CN y de la instrucción de la PG. Se le asignan **4 puntos**.
- 6- Sigue la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas. El concursante refuta con argumentos sólidos la afirmación de la existencia de violación a los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad. No menciona la cuestión de la afectación a la defensa en juicio ni la inobservancia de la doctrina de los fallos “Casal” y “Catrilaf”. Se le asignan **18 puntos**.

- 7- Sigue la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso. El concursante afirma, un tanto dogmáticamente, que “tiene una relación directa con lo debatido de modo que su dilucidación es indispensable para la decisión del juicio”. Pero hay que destacar que hay pocos concursantes que hacen mención de este requisito. Se le asignan **2,5 puntos**.
- 8- Sigue la demostración de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas. Sobre esto el concursante sostiene que existe “resolución contraria al derecho federal en que aquí me baso por expresa indicación del art. 14.1 de la ley 48 ya que se ha fallado contra la validez de una ley del Congreso”. Se le asigna **1 punto**.
- 9- El último requisito, la decisión que se pretende, el concursante lo afirma de un modo sumario, pero comprensible. Se le asigna **1 punto**.

Total: **45,5 puntos**.

4) TURQUESA

- 1- En cuanto al requisito de la demostración de que la sentencia es definitiva o equiparable a tal, este concursante sostiene simplemente, luego de demostrar el agravio que la resolución le causa al Ministerio Público Fiscal, que “Esto convierte el perjuicio en insusceptible de ser reparado en instancias ulteriores del proceso”. No menciona el tema de la sentencia incompleta. Se le asignan **6 puntos**.
- 2- En cuanto al requisito del planteamiento de la cuestión federal (la declaración de inconstitucionalidad de una norma federal), el concursante plantea correctamente el supuesto del inciso 1 del art. 14 de la Ley 48, con adecuada argumentación. También plantea correctamente la cuestión de arbitrariedad de sentencia. Nada dice, en cambio, de la indefensión y de la inobservancia de la doctrina de la Corte en “Casal” y “Catrilaf”. Habla de la gravedad que implica la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Se le asignan **7 puntos**.
- 3- Sigue la exigencia de realizar un relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal. El desarrollo de este aspecto es por demás escueto. Se le asigna **1 punto**.
- 4- Sigue la exigencia de indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones. El concursante sostiene, correctamente, que “La oportunidad del planteo del caso federal surge por primera vez de la sentencia objeto de este recurso en que se introduce este agravio”. Se le asignan **3 puntos**.

- 5- Sigue la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación. Sobre esto el concursante sostiene, correctamente, que: “La citada sentencia respondía a la acusación fiscal desarrollada en el debate oral y que había sido ejercida en cumplimiento de la norma contenida en el art. 120 de la Constitución Nacional en defensa de los intereses de la sociedad y de la legalidad. Siendo que en caso de quedar firme implica que la pretensión punitiva de este Ministerio Público quedará inexorablemente afectada, debiendo los jueces aplicar la escala resultante del art. 44 del CP, quedando excluida la resultante del art. 872 del CA.” Se le asignan **3 puntos**.
- 6- Sigue la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas. Este capítulo es expuesto y desarrollado de un modo completo y correcto, tratando numerosas cuestiones, todas ellas pertinentes. Se refiere a las cuestiones federales de violación de la división de poderes, arbitrariedad y las respuestas a lo relacionado con la violación de los principios de lesividad, proporcionalidad e igualdad. Se le asignan **20 puntos**.
- 7- Sigue la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso. Hay una mención del tema. Se le asigna **1,5 puntos**.
- 8- Sigue la demostración de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas. No hay desarrollo sobre este punto pero parece sobreabundante por el modo en que se ha señalado la cuestión federal (resolución contraria al derecho federal invocado). Se le asigna **1 punto**.
- 9- El último requisito, la decisión que se pretende, el concursante lo expresa de un modo aceptable. Se le asigna **1 punto**.

Total: **43,5 puntos**.

5) CELESTE

- 1- En cuanto al requisito de la demostración de que la sentencia es definitiva o equiparable a tal, este concursante sostiene que se trata de una sentencia definitiva. Más allá de que esa afirmación no se comparte, este aspirante, a diferencia de otros, advierte el problema de las sentencias incompletas, aunque ello no le impide sostener que en este caso la sentencia debe ser considerada definitiva, por cuanto, según sus propias palabras: “esa doctrina (la de las sentencias incompletas) se asienta en que la cuestión planteada por el recurrente podría encontrar aún solución en la decisión de reenvío que completaría la sentencia impugnada. Ese fundamento no se aplica al caso en

examen. En estas actuaciones, la decisión que ha quedado en manos del tribunal de reenvío está limitada a la determinación de la pena bajo el régimen de atenuación del art. 44, primer pár., CP. Cualquiera que sea esa determinación en definitiva, no podría responder al agravio que la sentencia de VE produce a esta parte, a saber, la prescindencia arbitraria de la regla legal del art. 872 y la consecuente imposición de una regla de atenuación a la que los imputados en esta causa no tienen derecho, para fijar, en última instancia, una pena menor a la consentida por el MP". Ello es correcto, pero se trata de un argumento para demostrar que la sentencia es equiparable a definitiva, en razón de que la cuestión no podrá plantearse en un futuro, mas no para decir que lo es en un sentido estricto, por cuanto para ello se requiere que estemos ante una sentencia completa. Se le asignan **7 puntos**.

- 2- En cuanto al requisito del planteamiento de la cuestión federal (la declaración de inconstitucionalidad de una norma federal), el concursante invoca del art. 14, inc. 3, de la ley 48: "Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio." Sostiene el concursante que "mediante este recurso cuestiono la inteligencia que VE ha dado a los principios constitucionales de reserva, proporcionalidad e igualdad ante la ley con base en la cual ha declarado constitucionalmente inválida la regla del art. 872 CA". Más adelante, en el petitorio, señala que se "Le ha dado a los principios constitucionales de lesividad y de proporcionalidad de las penas un sentido que ellos no tienen y, sobre esa base, ha prescindido de una norma del CA en la que este MP ha fundado en parte su pretensión punitiva en este proceso". No parece ser ése el fundamento normativo más adecuado de este tipo de cuestión federal. El fundamento normativo más aproximado a la situación planteada es el del 14, inciso 1 de la Ley 48: "Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez". El concursante no invoca violación a la defensa en juicio ni violación de la doctrina de la Corte como cuestiones federales. Se le asignan **5 puntos**.
- 3- Sigue la exigencia de realizar un relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal. No hay una descripción del antecedente de hecho para considerar el hecho como tentado. Se le asigna **1 punto**.
- 4- Sigue la exigencia de indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones. El concursante cumple adecuadamente con este requisito, señalando que la misma se presenta recién en la sentencia de casación, por la aceptación de un motivo tardíamente invocado. Se le asignan **3 puntos**.

- 5- Sigue la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación. Sobre esto el concursante sostiene, correctamente, “Cualquiera que sea esa determinación en definitiva, no podría responder al agravio que la sentencia de VE produce a esta parte, a saber, la prescindencia arbitraria de la regla legal del art. 872 y la consecuente imposición de una regla de atenuación a la que los imputados en esta causa no tienen derecho, para fijar, en última instancia, una pena menor a la consentida por el MP.” No cita instrucciones de la PGN. Se le asignan **4 puntos**.
- 6- Sigue la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas. En los Capítulos IV, V y VI, el concursante refuta, de un modo muy claro y completo, con sólido criterio jurídico, la alegada violación de los principios de lesividad (IV), proporcionalidad (V) e igualdad (VII). Cuando comenta lo relacionado con la proporcionalidad, el concursante afirma que “La decisión de VE, en esa medida, no satisfaría los estándares de fundamentación constitucionalmente exigibles para que cuente como una derivación razonada del derecho vigente, de acuerdo con la jurisprudencia de la CSJN en materia de arbitrariedad de sentencias.” La falta de fundamentación en cuanto a por qué se viola el principio de proporcionalidad sería un supuesto de arbitrariedad de sentencia. Esta es una forma correcta de criticar el proceder de la Casación con una cuestión federal imprescindible en la crítica del auto impugnado. Claramente refuta lo relacionado con la violación del principio de proporcionalidad: “la escala penal legalmente prevista deja margen suficiente para que la tentativa de contrabando sea sancionada con una pena sensiblemente menor a la que se impone en casos de contrabando consumado.” Se le asignan **20 puntos**.
- 7- Sigue la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso. No hay fundamentos sobre este requisito. Se le asigna **1 punto**.
- 8- Sigue la demostración de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas. No hay un desarrollo sobre este punto. Se le asigna **1 punto**.
- 9- El último requisito, la decisión que se pretende, el concursante se expide en forma correcta. Se le asigna **1 punto**.

Total: **43 puntos**.

6) AMARILLO

- 1- En cuanto al requisito de la demostración de que la sentencia es definitiva o equiparable a tal, el concursante considera que se trata de una sentencia definitiva. Sin embargo, no lo es, dado que se trata de un tipo de las denominadas “sentencias incompletas”, respecto de las cuales, como ha dicho la Corte, “el recurso extraordinario es inadmisibile, pues su consideración impondría al Tribunal la resolución de la causa por partes y no de manera final” (Fallos: 206:301; 215:248; 252:236; 319:1474; 324:817; P.723.XL “Peralta, Julio Germán c/ Municipalidad de Santa Fe”, sentencia del 27 de septiembre de 2005). La condición de incompleta de la sentencia se advierte al haberse anulado la disposición acerca de la pena y reenviado al tribunal de origen para su re determinación sobre la base de la nueva escala producto de la declaración de inconstitucionalidad. Se trataría, por el contrario, de una sentencia equiparable a definitiva, dado que en ella se habría dado la única y última oportunidad para discutir la cuestión constitucional, puesto que la posterior intervención del tribunal oral para la fijación de la pena y la eventual intervención de casación (otra sala diferente) no podrán ya juzgar sobre la cuestión de constitucionalidad, que se hallará precluída, y la menor pena a imponerse no podrá ser impugnada con el argumento de la defensa de la constitucionalidad del art. 872. Sin perjuicio de ello, el auto sería de todos modos equiparable a sentencia definitiva, por la gravedad institucional que implica la declaración de inconstitucionalidad de una norma (CSJN, Fallos: 307:1994; 323:3075; 327:1603; 328:900). Se califica con **3 puntos**.
- 2- En cuanto al requisito del planteamiento de la cuestión federal (la declaración de inconstitucionalidad de una norma federal), el concursante lo hace de un modo aceptable: “suscita cuestión federal suficiente en tanto se pone en tela de juicio la constitucionalidad de una norma de naturaleza federal, y se invoca para ello principios de orden superior que su aplicación afectaría destacándose entre éstos los de culpabilidad y proporcionalidad”. Faltó indicar el fundamento normativo, que es el art. 14 inciso 1º de la Ley 48: “Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez”. Faltó además decir que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional y por ello es que deba ser considerada como ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 264:364; 288:325; 295:455; 306:1597, entre muchos otros) gravedad institucional que implicar de por sí, para la Corte y un importante sector de la doctrina, una cuestión federal. Sin embargo, el planteo de la cuestión federal es incompleto, dado que al haberse permitido a la defensa introducir la cuestión federal por primera vez en el término de oficina, y al no haberse realizado la audiencia prevista legalmente, se ha privado al Ministerio Público del derecho a refutar ese planteo (violación del artículo 18 de la CN) y se ha desconocido la doctrina de la Corte Suprema en los fallos “Casal” y “Catrilaf” que no permiten la introducción de motivos

nuevos de casación cuando la cuestión no se planteó con anterioridad en el proceso. Se le asignan **5 puntos**.

- 3- Sigue la exigencia de realizar un relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal (en el caso, la descripción de la situación de hecho que conduce a que se subsuma el hecho como tentativa y de la situación de hecho que demuestra que se ha violado la defensa en juicio y el debido proceso). El concursante describe sólo lo relacionado con aquella primera circunstancia de un modo aceptable, haciendo que se pueda entender cómo se suscita en el caso la cuestión federal de inconstitucionalidad. Sin embargo, debió describir con más detalle el momento de la detención del imputado cuando se disponía a sacar la mercadería del país para que se entienda claramente por qué el hecho quedó en tentativa. Tampoco describe la situación de hecho que demuestra la violación de la defensa y la inobservancia de la doctrina de la Corte en los fallos arriba citados. Se califica con **2,5 puntos**.
- 4- Sigue la exigencia de indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones (que se presenta por primera y única vez en la sentencia impugnada, dado que la contraparte recién plantea la inconstitucionalidad por primera vez en el término de oficina, así como la violación de la defensa en juicio y del debido proceso). Por esa razón es que al recurrente no le es exigible demostrar cuándo y cómo introdujo el planteo respectivo y, en su caso, cómo lo mantuvo con posterioridad. No hay ninguna referencia del concursante en relación con esto. Se le asigna **1 punto**.
- 5- Sigue la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación. Aquí el concursante debería haber demostrado la afectación de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, que el MPF representa y debe defender, afectación que se verifica en la declaración de inconstitucionalidad de la norma, en la violación de la defensa en juicio y del debido proceso y en el desconocimiento de la doctrina de la Corte. El concursante, pues, debería haber desarrollado su agravio diciendo que afecta la legalidad y los intereses generales de la sociedad que se anule una pena merced a una declaración de inconstitucionalidad sin que se haya demostrado en concreto un agravio constitucional y la gravedad institucional que implica declarar la inconstitucionalidad de una norma por haberse hecho de un modo arbitrario por haberse privado al ministerio público del derecho a ser oído previamente y en desconocimiento de la doctrina “Casal” y “Catrilaf”, que dicen otra cosa. Falta entonces un desarrollo sobre la concreta demostración del gravamen. De todos modos, en este aspecto es correcta la invocación de la instrucción de la Procuración General de la Nación, N° 165/05, del 22 de diciembre de 2005 para sostener, también por la vía del recurso extraordinario federal del art. 14 de la ley 48, la constitucionalidad de la norma contenida en el art. 872 del Código Aduanero. Se le asignan **3 puntos**.

- 6- Sigue la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas (aquí corresponde la refutación de los argumentos de la mayoría de la Casación que sostienen la inconstitucionalidad, así como los relacionados con la aceptación del planteo de inconstitucionalidad como motivo nuevo fuera de la oportunidad procesal prevista legalmente, en violación de la defensa en juicio y de los precedentes de la Corte). Se advierte una refutación aceptable de los fundamentos relacionados con la declaración de inconstitucionalidad. Sostiene el concursante que la sentencia debió demostrar que si hubiera habido una menor escala penal por la tentativa se hubiera impuesto en el caso necesariamente una pena menor a la que se impuso en virtud de la equiparación. Se trata, como dije al evaluar a otros concursantes, de un argumento ingenioso, aceptable como cuestionamiento a la interpretación constitucional que la sentencia ha dado, aunque difícil de sostener consecuentemente. En realidad el argumento de mayor peso es el quebrantamiento de formas esenciales y la violación de la defensa que se produce por no haberse dado al MP la oportunidad de discutir el planteo de inconstitucionalidad previo a la decisión con inobservancia de la doctrina “Casal” y “Catrilaf”, ausente en este examen. De todos modos, si el cuestionamiento a la sentencia es que la sentencia impugnada debió demostrar que la pena a imponerse como consecuencia de la inconstitucionalidad debería ser menor a la impuesta y no lo hizo, falta el planteamiento de la cuestión constitucional de arbitrariedad por falta de motivación, con fundamento en el artículo 18 de la Constitución nacional. Se le asignan **15 puntos**.
- 7- Sigue la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso. Sobre estos aspectos no hay un desarrollo en el examen en cuestión. Se le asigna **1 punto**.
- 8- Sigue la demostración de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas. Este desarrollo está sumariamente hecho en el examen. Sin embargo, se omite decir que la resolución también es contraria a la defensa en juicio y al debido proceso por haberse arribado a dicha decisión sobre la inconstitucionalidad sin que la fiscalía hubiese sido puesta en condiciones de ser oída justamente sobre ese punto y que es arbitraria por falta de motivación. También debería hablarse de la violación de la doctrina de la Corte en “Casal” y “Catrilaf” y el deber de observancia de la doctrina de la CSJN como cuestión federal. Se le asigna **1 punto**.
- 9- El último requisito, la decisión que se pretende, el concursante la formula en términos correctos. Se le asigna **1 punto**.

Total: **32,5 puntos**.

B) EXAMEN ORAL

Las consignas y el puntaje para este aspecto de la evaluación son las siguientes:

- 1) Desarrollo, argumentación lógica y conclusión: **10 puntos.**
- 2) Utilización del lenguaje jurídico y claridad expositiva: **4 puntos.**
- 3) Conocimiento sobre cuestiones generales sustantivas y formales y manejo de doctrina y jurisprudencia: **10 puntos.**
- 4) Capacidad analítica y autonomía de criterio: **4 puntos.**
- 5) Lectura de apuntes/documentos: **4 puntos.**
- 6) Empleo del tiempo asignado: **3 puntos.**
- 7) Modo en que fueron respondidas las preguntas y postura frente a una pregunta concreta en su rol de Fiscal y la solución que adoptaría frente al conflicto planteado: **5 puntos.**

Para un análisis más riguroso de las exposiciones y también para facilitar la tarea de los señores miembros del jurado he volcado en buena medida en este dictamen el contenido principal de las exposiciones de los distintos concursantes.

1) Marcelo Ferrante

Este concursante abordó el Tema N° 2, “La apropiación de bienes en el contexto del terrorismo de Estado y su categorización como crimen contra la humanidad”.

Desarrollo del tema: La destreza del concursante se aprecia en el hecho de que la complejidad del asunto presenta un verdadero desafío para cualquiera al tener que compactar en veinte minutos su exposición y brindar una conclusión clara, ingeniosa y jurídicamente sustentable.

En ese breve lapso de tiempo el ponente ha expuesto el tema por él elegido con una metodología digna de destacar, enfocándose, en un esfuerzo por ajustarse a la consigna, en el aspecto de la cuestión más complejo de abordar: la apropiación de bienes como delito contra la humanidad en su forma más bien “pura”, es decir, sin conexión con otros delitos de lesa humanidad, digamos, tradicionales, que le otorgan a la apropiación de bienes ese carácter por conexidad o, como ha dicho acertadamente otro de los concursantes, por el “efecto acumulativo” de la apropiación de bienes en el contexto de otros gravísimos delitos que el derecho internacional no titubea en calificar como de lesa humanidad. Este último aspecto quita carácter problemático, a su juicio, a la calificación de la apropiación de bienes como delito contra la humanidad, que derivaría de la sola aplicación de las reglas del concurso de

delitos a los delitos patrimoniales conexos a los crímenes contra la humanidad tradicionales por su mera calidad de “acompañantes”.

Por eso es que decidió concentrarse en el enfoque argumentalmente más complejo de la cuestión, con el objeto de otorgar al Ministerio Público, a partir de la hermenéutica de los pronunciamientos de los organismos internacionales, pautas para poder perseguir delitos patrimoniales sin necesidad de recurrir al argumento de la conexidad cuando se observe una ausencia de ella con delitos de lesa humanidad tradicionales.

Sostiene el concursante que se trata de un tema de particular importancia el actual etapa de la persecución de los delitos contra la humanidad, de los crímenes cometidos por la dictadura cívico-militar y es un tema en que los fiscales de casación tendrán o tienen un papel crucial. Adelantó en primer lugar la posición que defendería: las apropiaciones de bienes en general, cuando estas tienen lugar o son cometidas como un ataque generalizado y sistemático contra la población civil pueden bien constituir crímenes contra la humanidad. Más específicamente en los casos más notorios de apropiaciones de bienes cometidos por los miembros del aparato de poder organizado de la dictadura, o bien cometidos con la aquiescencia de éstos o bajo su manto de impunidad son muchas veces crímenes contra la humanidad.

Pero antes de dar el argumento central brindó dos trazos de la situación jurisprudencial actual en este punto específico. La primera etapa de la persecución penal de crímenes contra la humanidad incluyó en efecto la imputación y condenas por delitos contra la propiedad, la célebre causa 13, que incluía también robos. Cuando se inicia la segunda etapa de persecución penal por crímenes de la dictadura los delitos contra la propiedad se diluyeron. Se desatendió ese aspecto en algún modo. Esto ha variado ya en los últimos tiempos, encontramos aspectos jurisprudenciales que tienen otra naturaleza, dando algunos ejemplos; las sentencias son pequeñas, dispares y no tenemos todavía sentencias de tribunales decisivos como la Cámara Federal de Casación Penal ni, por supuesto, tampoco de la Corte. Un caso particular es el caso de los delitos contra la propiedad que afectaron a una víctima notoria, Conrado Gómez, que fue víctima del delito contra la propiedad especialmente de apropiación de caballos y tierras, extorsión, y también se imputa la asociación ilícita para cometer estos delitos y falsedades documentales a la vez. Este caso está elevado a juicio y esperando su turno en el juicio de crímenes cometidos en la ESMA. Lo importante de este caso es que tiene específicamente imputaciones por delitos contra la propiedad. En una sentencia muy reciente del año pasado del TOF de Tucumán dictó sentencia cuyo acusado y condenado fue Luciano Benjamín Menéndez por imputaciones que giraban precisamente alrededor del desapoderamiento de bienes inmuebles en la zona tucumana. Las víctimas eran Jorge Ygel y su suegra Rita Ariza de Toledo. Nótese en este caso que hubo una condena, sin embargo la condena fue por privación ilegal de la libertad agravada el tipo penal agravado por su comisión con fines extorsivos. La sentencia es notoria porque además hizo lugar a la acción civil por los daños derivados del crimen contra la propiedad contribuyendo así a otra discusión importante actual que es sobre la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de crímenes contra la humanidad. Dentro de los casos importantes sobre despojos de bienes está el caso de los crímenes cometidos desde la Comisión Nacional

de Valores, lo que es importante en particular porque hay mucha información sobre esos casos. El año pasado en julio el Juzgado Federal N° 3 dictó autos de procesamiento precisamente en ese caso, y allí también el centro de la imputación penal gira alrededor del despojo de bienes, sin embargo los autos de procesamiento fueron por los delitos de privación de la libertad agravada e imposición de tormentos. No por los delitos contra la propiedad.

El concursante vuelve ahora al punto de la importancia de la labor de los fiscales de casación en particular sobre esta materia hay una clara falta de una decisión judicial que establezca jurisprudencia que clarifique la cuestión de si podemos perseguir delitos contra la propiedad como crímenes contra la humanidad. Los fiscales de casación entonces tienen una tarea importante que llevar adelante: buscar una decisión de la CFCP y en el caso de soluciones adversas llevar el caso ante la CSJN.

El concursante encara ahora la cuestión que él mismo presenta como de fondo, concentrándose en los casos en que el atentado fundamental, principal, decisivo o exclusivo es el despojo de bienes, atentados contra la propiedad. Ninguno de los casos notorios son así. Debe haber casos de esta naturaleza pero los casos que han sobresalido no son casos atentados patrimoniales puros, todos vienen acompañados de otros crímenes contra la vida, contra la libertad o contra la integridad física, pensemos para poner un caso especialmente sobresaliente la persecución del grupo Graiver, que no sólo incluye acciones de extorsión –despojos– sino también de privaciones de la libertad, imposición de tormentos incluso homicidios, el caso de Jorge Rubinstein en el centro “Puesto Vasco”. Incluso, esta combinación de delitos contra la propiedad con atentados contra la vida, la libertad, la integridad física, facilita la tarea de categorizar esos eventos como crímenes contra la humanidad. Más fácil esta categorización es aún en los casos en que el objeto principal del atentado personal era el exterminio o la tortura para obtener información, casos en los que los apoderamientos de bienes son de algún modo aspectos acompañantes de esos crímenes. Estos casos son más sencillos porque el delito contra la propiedad que acompaña, que concurre con el delito principal de privación de la libertad puede ser perseguido junto con los crímenes más fundamentales sólo como resultado de una correcta calificación jurídica de esos casos aplicando el derecho penal doméstico vigente al momento de los hechos.

Por eso el concursante se concentra en el caso si se quiere argumentalmente más difícil que es el caso de los atentados exclusivamente referidos a delitos contra la propiedad.

El concursante señala que para saber si un comportamiento concreto es un crimen contra la humanidad necesitamos saber si satisface los requisitos del derecho penal internacional vigente exigen para esto. La práctica jurisprudencial es tomar como fuente de derecho aspectos del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional aprobado en 1998. Esto es así en nuestro derecho al menos desde el precedente de la Corte “Arancibia Clavel”. El Estatuto de Roma exige dos grandes requisitos en su art. 7, uno contextual y un requisito específico relacionado con los elementos de alguno de los delitos de la lista que el art. 7 enumeró como delitos específicos de crímenes contra la humanidad. Forzado a seleccionar temas deja de lado el requisito contextual, la demostración de que el crimen es una parte del ataque sistemático

generalizado contra la población civil, por razones de tiempo y porque no es específico del grupo de casos en los que estamos pensando de delitos contra derechos de propiedad. En tercer lugar porque en la mayoría de los casos es un requisito no problemático su demostración y si bien hay un grupo de casos interesantes que exige cierta labor argumental prefiere en todo caso dejarlo para preguntas o para otra oportunidad.

Hay un grupo de casos, agrega, que ha sido señalado en el informe de marzo del año pasado de la Oficina de Derechos Humanos de la Comisión Nacional de Valores, en que las víctimas han sido seleccionadas “por la iniciativa privada” de los miembros del grupo de tareas y no seleccionando los individuos como las víctimas del ataque sistemático sino más bien aprovechando la capacidad instalada para secuestrar. Este sería el caso interesante pero se ve obligado a dejarlo de lado, concentrándose entonces en la cuestión de los elementos específicos de los delitos del art. 7. 1 del estatuto de Roma.

Cuando nos enfrentemos a casos de esta naturaleza, casos en que los intereses en juego son patrimoniales o al menos no tan directamente involucrados con delitos contra la vida o la integridad física, el delito que se selecciona, según el concursante, es el delito de persecución. En esto son iluminadores a su modo de ver un trabajo de un ex fiscal del Tribunal de Yugoslavia llamado “Robo contra la Humanidad” que apareció en la Revista de Derecho Penal de la ONU del año 2002 y un informe de la ex Unidad de Coordinación y Deguimientio de Crímenes de Lesa Humanidad, que versaba sobre los casos de cesantías de la primera etapa de la dictadura llevadas a cabo en Misiones. En ese informe la unidad mostraba qué era lo que había que tomar en cuenta para determinar si esa cesantía configuraba delito de persecución. El informe es decisivo en la materia.

El crimen de persecución, sostiene, es un viejo crimen que acompaña el repertorio de los crímenes contra la humanidad desde siempre desde el Estatuto de Núremberg de 1945 en adelante. La caracterización más general de este crimen se asigna normalmente al precedente Kupreskic del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, sentencia de primera instancia del 2000. La caracterización general es que el delito de persecución es el género del que el genocidio es una especie particularmente grave. Requiere violaciones graves a los derechos fundamentales, reconocidos en el derecho internacional, llevadas a cabo por motivos discriminatorios amplios. En general los casos de persecución son casos en los que se somete a personas a un trato que las incapacita severamente para vivir en la sociedad en la que la persecución tiene lugar y por el otro extremo los excluye completamente de la misma sociedad. Ejemplos jurisprudenciales especialmente del Tribunal para la ex Yugoslavia son los casos de privaciones radicales de bienes, destrucción de hogares, privación intencional de los medios de sustento vital, etc.

Señala el concursante que no hay nada en la jurisprudencia internacional sobre el delito de persecución que impida que violaciones del derecho de propiedad o atentados dirigidos contra la propiedad de una persona constituyan el crimen de persecución.

Agrega que la jurisprudencia y la doctrina sobre el delito de persecución actualmente exigen muchos rasgos pequeños de los cuales el concursante, por razones de tiempo, subraya sólo tres. El primero, que normalmente se atribuye al precedente Kupreskic, citado, pero también al caso Blaskic del mismo tribunal, del mismo año, son casos en general de destrucción de hogares. El primer rasgo que ayuda a entender por qué sostiene que delitos contra la propiedad pueden ser delitos de persecución es el siguiente: la evaluación de la gravedad de la violación requiere una consideración global, no una evaluación acto por acto individualmente, un acto individual; un atentado contra la propiedad, puede por sí mismo tener poca importancia o ser insuficiente para configurar el delito de persecución pero cuando él concurre junto con muchos otros y junto con esos otros tiene la gravedad suficiente para contar como una persecución, ese acto individual puede dar base a la imputación por persecución. Segundo componente, o elemento, de la misma jurisprudencia: el que refiere a la evaluación de la gravedad de las violaciones, no tomando en cuenta la violación en sí, sino el impacto que esas violaciones tienen en la vida genuina de las víctimas. El ejemplo del tribunal de Yugoslavia es el de la destrucción de un automóvil, un caso que uno elegiría como un caso poco importante, sin embargo cuando ese vehículo es decisivo para el sostenimiento vital de un grupo, una familia, lo que fuera, entonces esa acción puede tener un impacto devastador.

Ya con estos dos elementos podemos ver cómo muchos despojos notorios llevados a cabo bajo el manto de la dictadura tienen la gravedad suficiente como para contar como casos de persecución en este aspecto, ciertamente, los despojos radicales de bienes que tuvieron efectos devastadores en muchas familias forzándolas al exilio, a vivir de la caridad de amigos o familiares. Así que en este aspecto, la posibilidad de imputación de crímenes contra la humanidad por los despojos está satisfecha.

Hay un elemento, agrega, que suele ser presentado como conflictivo o problemático en el delito de persecución que es el componente discriminatorio. Muchos de los casos que conocemos, que han salido en los medios son casos en los que el despojo ha sido llevado a cabo explícitamente por razones discriminatorias que movían a los ejecutores. Los casos más notorios son los casos de razones de discriminación antisemita, el caso de la sentencia de diciembre del año pasado del TOF es claramente uno de ellos. El caso más notorio es el de José Siderman, quien litigó civilmente en los EE.UU. y obtuvo una sentencia favorable en la Cámara de Apelaciones del noveno circuito, en el año 1992. Estos son casos en los que el despojo fue logrado por razones antisemitas.

Pero no es esto, sostiene, lo que demanda la jurisprudencia sobre persecución. Si bien la motivación discriminatoria personal del ejecutor es suficiente para dar satisfecho este requisito no es necesaria, se puede satisfacer de otra manera. El criterio se ha conocido como “discriminación en los hechos” y es también atribuible a jurisprudencia del Tribunal para la ex Yugoslavia pero figura centralmente en la última sentencia de la que el concursante tiene noticias del Tribunal Mixto de Camboya, en un caso del año 2012 y también vemos aplicaciones semejantes en nuestros Tribunales (caso Liendo Roca de la Sala IV de la CFCP de mediados de agosto de 2012), el caso Liendo Roca es un caso de persecución de funcionarios judiciales de Santiago del Estero. Allí la persecución penal postulaba, y la sentencia confirmó que

los crímenes atribuidos, configuraban el crimen de persecución, eran delito de encubrimiento y de violación de deberes de funcionario público.

Entonces una consideración objetiva o sea un estándar objetivo de discriminación es más fácil de satisfacer especialmente en todos los casos en los que la víctima es seleccionada por su pertenencia al grupo al que está dirigido el ataque sistemático, aunque el ejecutor sea un burócrata “yo tengo un amigo que es judío” pero lo elijo porque es judío. Aun en ausencia de motivación discriminatoria tenemos el elemento discriminatorio satisfecho.

Entonces concluye, la jurisprudencia, los elementos del tipo de persecución permiten ver que muchos casos de despojos y otros atentados patrimoniales producidos durante la dictadura, son categorizables como crímenes contra la humanidad porque son categorizables como crímenes de persecución. Si bien muchos casos tienen esa naturaleza hay otros que también son crímenes contra la humanidad con independencia de ser categorizables como crímenes de persecución como dijo al principio muchos de los casos que excluyó son categorizables como crímenes de lesa humanidad no por el hecho de que son atentados patrimoniales sino por el hecho de que son atentados contra la vida y la libertad, si en el lenguaje del estatuto son desaparición forzada de personas o torturas, pero son acompañados por actos individuales del despojo, extorsión en la mesa de tortura o apoderamiento de bienes al sustraer a la persona, y ese aspecto del caso es también subsumible bajo tipos penales contra la propiedad y son perseguibles, sin restricción del tiempo, precisamente porque son un aspecto, una parte constitutiva de un suceso que es como suceso un crimen contra la humanidad.

Argumentación lógica: desde el planteamiento inicial del punto que intenta defender y el propósito anunciado (dotar al Ministerio Público de un aparato argumental útil), el desarrollo posterior y la conclusión se advierte un manejo adecuado de la argumentación y de la lógica, apreciándose coherencia, derivación y manejo de la retórica. El discurso fluye desde el planteamiento hasta la conclusión sin solución de continuidad, permitiendo al auditorio compenetrarse desde el comienzo con la idea o las ideas que intenta transmitir.

Conclusión: La conclusión aparece como una derivación natural del relato, y más allá de que se pueda coincidir o no con ella, como una decisión sobre un punto crucial jurídicamente sustentable y un aporte inestimable a la función del órgano. Ello no me impide discrepar respetuosamente con esta tesis, dado que, a mi juicio, la calificación de delito contra la humanidad de un delito patrimonial siempre debería vincularse a un atentado contra los bienes jurídicos más valiosos, porque de otro modo se podría desdibujar una garantía que impide la extensión de esta categoría a otros delitos que, per se, no podrían rebasar la categoría de crimen común, aplicándole estándares que implican una extensión inusitada del poder penal del Estado.

Se califica con **10 puntos** este aspecto.

No cabe duda acerca de la utilización correcta del lenguaje jurídico y lo antes afirmado da cuenta de la claridad expositiva. Se califican estos aspectos con **4 puntos**.

Es evidente el elevado conocimiento que el concursante tiene sobre cuestiones generales sustantivas y formales y el manejo de la doctrina y de la jurisprudencia. Las citas de autores y de fallos son apropiadas y muestran su dominio sobre la temática. Se califica este aspecto con **10 puntos**.

También se ha demostrado su capacidad analítica y su autonomía de criterio, al esforzarse argumentalmente por ajustarse a la consigna advirtiéndole que allí tenía que concentrar su aporte, para dotar de independencia a la cuestión y con ello dar herramientas a los fiscales para su práctica cotidiana en lo concerniente a este tipo de delitos. Se lo califica con **4 puntos**.

No ha habido de su parte lectura de apuntes o de documentos. Se califica este aspecto con **4 puntos**.

En cuanto al empleo del tiempo asignado ha ocupado 20 minutos por lo que se lo califica con **3 puntos**.

En cuanto al modo en que respondió las preguntas y su postura frente a una pregunta concreta en su rol de Fiscal y la solución que adoptaría frente al conflicto planteado, se impone recordar la pregunta de la Procuradora General:

Procuradora: ¿Existen mecanismos para recuperar esos bienes apropiados en el contexto del terrorismo de Estado y como fundaría una imprescriptibilidad de acciones civiles o administrativas para recuperar esos bienes?

Concursante: En cuanto a la imprescriptibilidad de la acción civil, creo especialmente sensata la decisión de la Cámara del Trabajo en el caso “Giménez c/ Techint” del año 2012. El argumento es muy simple, sobre la base de qué razón puedo distinguir la reparación a la que la víctima a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, a la que tiene derecho sin limitación del tiempo ni de lugar, sobre la base de qué razón puedo distinguir, separar, la reparación relacionada con la pretensión punitiva y la reparación sobre la pretensión resarcitoria? No encuentro ninguna razón. Si algo es un crimen contra la humanidad genera derechos, reparaciones, en el sentido amplio que usa el lenguaje de la reparación de los tribunales internacionales de los derechos humanos. Esto es tanto para el aspecto relacionado con la persecución penal, la indagación de qué fue lo que ocurrió, la reafirmación de los derechos, en su caso la imposición de castigo que reafirme los derechos violados y a su vez la reparación de esos daños a través de alguna forma de resarcimiento. Entonces la primera respuesta es una de sensatez: ¿cuál es la razón para hacer otra cosa? A su vez tenemos sentencias de la Corte Interamericana de DD.HH. en Barrios Altos, el caso Gelman de Uruguay, que precisamente fundan un derecho amplio a reparación y sostienen que es inoponible a este derecho las reglas de derecho interno que impiden esa reparación. Entonces tenemos jurisprudencia internacional y una interpretación sensata de las pretensiones que se deriven de un crimen contra la humanidad que empujan en la dirección entonces de la imprescriptibilidad no sólo de la persecución penal sino también de las acciones de resarcimiento, creo entonces que hay un buen fundamento que tiene buena cara la tesis de la imprescriptibilidad de las acciones civiles. Dicho sea de paso, hay una única sentencia de la Corte que explícitamente niega la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de estos crímenes, el caso Larrabeiti Yañez, no recuerdo exactamente el nombre, es un caso en

que la Corte distinguió entre la pretensión punitiva indisponible y la pretensión resarcitoria que es disponible. La pregunta precisamente es si esa pretensión resarcitoria es disponible en ese sentido, la Corte lo resolvió sin fundar, circularmente, que es prescriptible, nada más, porque es una pretensión civil. Bueno la pregunta es si esta pretensión civil derivada de un crimen contra la humanidad respecto al cual tenemos una obligación de asegurar condiciones de reparación cualquiera sea el lugar en que se han cometidos y cualquiera sea el momento en que se han cometidos, ¿por qué esta acción ha de prescribirse? Al menos necesito un buen argumento, y hay argumentos sensatos en la dirección de la imprescriptibilidad.

El concursante ha respondido en forma correcta esta inquietud. Sólo podría agregar una opinión personal a lo que ha señalado este concursante, que no empaña para nada su tesis, y que consiste en desvincular el argumento de la reparación civil del de la “reparación” penal, dado que es mucho más fácil argumentar a favor de la imprescriptibilidad de las acciones de reparación civil que a favor de la imprescriptibilidad del poder penal del Estado, por todas las objeciones que presenta la extensión “sine die” de un poder que por definición constitucional debe ser limitado en cualquier caso, lo que no aplica a la acción de reparación o de resarcimiento.

Corresponde calificarlo con **5 puntos**.

Total: **40 puntos**.

2) Alagia, Alejandro Jorge

El tema tratado por este concursante fue el N° 2: “La apropiación de bienes en el contexto del terrorismo de Estado y su categorización como crimen contra la humanidad”.

Acerca del desarrollo, argumentación lógica y conclusión, corresponde destacar, en primer lugar, el nutrido y erudito análisis histórico que el concursante hace de la cuestión, indicando de un modo lúcido y exhaustivamente documentado, con sorprendente memoria, la vigencia milenaria del fenómeno así como su abordaje judicial a lo largo de la historia. Ha sido precisamente desde ese prisma (el análisis histórico) que el concursante ha desarrollado todo su enfoque jurídico respecto del problema, destacando la gravedad del delito bajo el doble y lúcido enfoque de delito contra la humanidad y de “pena prohibida”, recurso argumental al que concursante echa mano para colocar en un lugar central al costado patrimonial de los atentados contra la humanidad.

Sostuvo que el pillaje, el saqueo y la confiscación de bienes son o fueron parte en los últimos tres mil años del repertorio punitivo de los Estados hasta la conformación primero del derecho de gentes y después del derecho internacional que lo configura como delito del derecho internacional. Recuerda la presencia de dichos fenómenos en la antigüedad, el medioevo, durante la conquista de América, y durante la

construcción del estado nacional en América Latina, y dice, acertadamente, que las matanzas de la autoridad sobre la población indefensa en combinación con la apropiación de bienes cometidas en el siglo XX fueron un espejo de aquéllas.

Señala aquí la tesis difundida por Wayne Morrison, en el sentido de que los fenómenos genocidas de matanzas generalizadas en combinación con la apropiación de bienes son parte del fenómeno punitivo. Este, como veremos, será el “leit motiv” de la exposición del concursante y uno de los fundamentos de la conclusión de su ponencia. Esta tesis sugiere que este fenómeno es el único caso en donde la confiscación y las matanzas generalizadas son pena y delito a la vez. Señala como precursor de esta idea a Zaffaroni (“Las penas ilegales también son pena”, idea que confirma después en otro ensayo de la misma época que se llamó “En búsqueda de las penas perdidas” donde establece un concepto negativo de pena). Pena, según la conocida posición de dicho autor, es toda imposición de dolor o privación de los derechos que no tiene por fin la reparación o la interrupción de una acción en curso o la interrupción también de una amenaza o un peligro inminente. Por lo tanto, es decir la tesis negativa de la pena surge de la conclusión de que el fenómeno de las confiscaciones es un fenómeno punitivo igual que el genocidio a la vez de compartir estas características de delito internacional.

Enlazando aquí nuevamente con el análisis histórico, señala que recién en las revoluciones burguesas del siglo XIX las confiscaciones comienzan a ser prohibidas, especialmente las confiscaciones generales. El código de Baviera en 1813 prohíbe la confiscación general que fue el antecedente del código Tejedor. La primera vez que se prohíbe una apropiación de bienes indiscriminada y arbitraria es en 1812 después de la Revolución de Mayo, se confirma en 1835 cuando se borra la confiscación de las leyes españolas especialmente las partidas y la nueva recopilación de Felipe II. El otro antecedente en la historia constitucional argentina es un decreto de 1852 en donde directamente se equipara, y esto es muy importante para considerar la confiscación como una afectación grave a los derechos humanos, la confiscación a la pena ilegítima, se lo equipara al delito de traición a la patria y esta doctrina pasa al art. 17 de la Constitución Nacional de la que se deduce que la confiscación es una pena prohibida.

En la Argentina, señala, se va a reeditar el problema de las persecuciones en vinculación con matanzas masivas de la autoridad sobre población con el contexto de los crímenes cometidos en 1976 y 1983. La sentencia de la causa 13 en el año 84 condena a Videla por 84 delitos de robo agravado, 180 falsificaciones y 4 usurpaciones. También condena a Massera y a Agosti, otros miembros de la primera junta, a más de 100 cargos cada uno por el delito de robo. En ese fallo se mencionan por primera vez tratados de derecho internacional, especialmente el derecho humanitario de la guerra (Convención 4 del Convenio de Ginebra para la protección de la población civil en caso de que las fuerzas militares ocupen un territorio sin encontrar resistencia militar) y allí en el art. 8 está incluido el pillaje y el robo sin que exista necesidad militar cuando se ha cometido a gran escala y arbitrariamente. Al mismo tiempo, establece por primera vez un requisito de conectividad o “efectos cumulativos” entre la confiscación y otros graves delitos previstos en la legislación internacional. Es decir que por primera vez establece que para que sea la confiscación

un delito de lesa humanidad tiene que estar vinculado a una exigencia que ya venía desarrollándose en el derecho internacional que es la conexión con un plan sistemático y generalizado contra la población civil indefensa.

Indica que el antecedente internacional más importante en relación con las confiscaciones es el que se produce con motivo del nazismo en la segunda guerra mundial porque el Acuerdo de Londres de 1945 que establece el estatuto internacional para el juzgamiento de estos delitos y la ley N° 10 del Consejo de Control Aliado, por la cual se debían llevar adelante los juicios en las zonas de ocupación de las potencias vencedoras, donde se establece el delito de persecución sin decir más nada.

Fue, agrega, la doctrina en la sentencia del Tribunal de Núremberg la que empieza a fijar el contenido del significado de lo que significa una persecución en relación con la confiscación de bienes de las víctimas. En esa sentencia hay un apartado especial que se llama “La persecución a los judíos” que en uno de los casos de la condena de Julius Streicher que era un editor antisemita beneficiario de las leyes de Núremberg que fueron dictadas por los nazis en 1935 que implicaban la arianización de los negocios judíos y la liquidación o desjudización de los activos, es decir la liquidación de todas las propiedades de la población judía, que además implicaban una muerte civil porque además se prohibieron los matrimonios, imponían la pérdida de la ciudadanía y ordenaban la expulsión de los empleos públicos. Allí se condena por primera vez una expropiación sin indemnización mencionándose que el delito de persecución, que tiene como contenido la confiscación, tiene que ser por motivos discriminatorios, lo que va a pasar mucho más adelante al estatuto de Roma.

Pero señala hay otro caso más importante que es que juzga el tribunal norteamericano en su zona de ocupación de un empresario alemán que se hace millonario y consolida un emporio siderúrgico que se llama Friedrich Flick. Flick fue acusado por la fiscalía norteamericana por muchos cargos, es decir por empleo trabajo forzoso de judíos, por financiar agencias de exterminio en particular a oficiales de las SS, pero fundamentalmente fue acusado por la apropiación de cuatro industrias pertenecientes a judíos. El tribunal lo condena por todos los demás cargos pero no lo condena por la apropiación de estas cuatro empresas, porque dice que es un hecho aislado, porque nunca pensaron los redactores del estatuto internacional de Núremberg que un hecho aislado de apropiación de cuatro empresas fuera equivalente a una matanza es decir a la importancia que tiene el derecho a la vida o a la integridad física de los delitos de los crímenes de lesa humanidad.

De modo que comienza en el caso Flick a perfilarse una jurisprudencia que es la que va a aplicar la Cámara Federal en la causa 13 que es la conexión del delito de confiscación no como hecho aislado sino en conexión con otros crímenes, como dice el estatuto, de la competencia de la Corte. Es decir que una confiscación será crimen de lesa humanidad no como delito patrimonial sino cuando esté vinculado con otras graves afectaciones de los derechos humanos. La tesis era correcta en el sentido de no condenar a Flick pero esta conexión, ¿era acaso una conexión en relación con los delitos cometidos por el acusado o los delitos que padece la víctima? Flick fue condenado a siete años de prisión por emplear trabajo forzado judío y también por financiar a las SS. Entiendo que lo que fija el caso Flick es que esa conexión en

particular tiene que estar relacionada con los delitos que sufre la víctima, es decir una confiscación será un delito de lesa humanidad si además de sufrir una afectación a este derecho, la persona fue víctima de otros delitos, como homicidios, tormentos, etcétera, es decir otros graves delitos previsto en la Carta.

Todos estos principios, estas ideas, sobre todo el contenido discriminatorio del delito, pasan a los estatutos de los tribunales penales internacionales de Ruanda y Yugoslavia y en este último hay tres fallos, (casos Kupreskic, Radic y Tadic, de 1997, 2000 y 2001), en donde se establecen las cinco reglas del test del delito de persecución con contenido confiscatorio, cuatro reglas objetivas y una subjetiva: el primero es que haya motivos discriminatorios (que son muy variados, incluso hasta razones de género, políticas, religiosas, mucho más amplio que los motivos para otros delitos como el caso de genocidio). La segunda regla el hecho tiene que ser de gravedad, de mucha gravedad, y que no implique solamente un perjuicio patrimonial, lo que genera el problema de cómo establecer dicha gravedad. Acá aparecen las otras dos reglas más importantes que son otras dos reglas objetivas: que es que haya una conexión particular, que la víctima además haya sido privada de otros derechos fundamentales, vinculados con la vida y la integridad física, esta es la conexión, el efecto acumulativo, en relación con la víctima, que la víctima además de ser confiscada y despojada de sus bienes haya sido privada de su libertad, torturada o asesinada. Y, finalmente, que es el caso que emplea la jurisprudencia argentina en la causa 13, que es la conexión general, que esté vinculada con un plan sistemático y generalizado. Es decir, ataque masivo sobre la población sistemático y generalizado. Por supuesto, la regla número quinta es una regla subjetiva: que los perpetradores tienen que estar en conocimiento de este ataque generalizado y sistemático.

Y hay una regla que comienza a establecerse también en el caso Flick pero que repiten los tribunales de Yugoslavia que es: hay un sólo caso donde la confiscación independientemente de la regla de esta conexidad particular o general puede ser un delito de lesa humanidad: cuando el ataque a la propiedad implique una grave privación que ponga en peligro a la vida como la destrucción de alimentos porque el caso de Yugoslavia los serbios, no solamente destruían las viviendas, sino también destruían las provisiones de alimentos entonces una confiscación implicaba un grave peligro para la vida, quiere decir una regla excepcional. En esto podemos ver un punto de convergencia con la tesis del concursante que anteriormente se refirió a este mismo tema, aunque en el caso del concursante que nos ocupa predomina la tesis del efecto acumulativo y presenta al señalado en este párrafo como un caso particular, que no desplaza la regla general del efecto acumulativo. La postura de este concursante es, como vemos, más conservadora en este aspecto que la del concursante Ferrante.

Cita casos posteriores e instrucciones de la Procuración General en la Argentina donde se deja en claro que los delitos confiscatorios como el robo, la extorsión, es decir los despojos de los bienes de las víctimas se convierten en delito de lesa humanidad y los fiscales deben perseguirlo, cuando estén en conexión, conexión externa, con un plan sistemático, un ataque sistemático de la autoridad sobre la población indefensa.

Cita también el caso de "Papel Prensa" que es un caso que, a juicio del concursante, podría reunir a grandes rasgos el test del delito de persecución que tiene como

contenido la expropiación es decir el test de las cinco reglas del delito de persecución. El concursante se basa fundamentalmente en la idea de la afectación grave de un derecho que implica el delito de persecución, porque el estatuto de Roma es un calco de los antecedentes de los tribunales de Yugoslavia y de Núremberg: establece el inc. "h" el motivo persecutorio en conexión con otros crímenes de competencia de la Corte. En inc. 1° del 7.1 establece el plan sistemático y general sobre la población y finalmente el inc. "g" establece el significado de la persecución. Persecución es toda afectación grave y lo que me parece que como conclusión se puede arribar es que la confiscación de bienes no es un delito patrimonial, es una pena prohibida por la Constitución Nacional.

Es de destacar la inteligente vinculación que hace este concursante entre la confiscación como pena prohibida y la confiscación como delito de lesa humanidad. De este modo se fundamenta la gravedad inusitada que tiene este tipo de delitos, por dos vías argumentales diferentes. El enfoque del tema desde la perspectiva histórica es excelente, el desarrollo argumental de tu tesis desde ese desarrollo es ingeniosa y útil y su aporte documental complementa la ponencia anteriormente referida al tema. Se califica este aspecto de la evaluación con **10 puntos**.

La utilización del lenguaje jurídico y la claridad expositiva debe calificarse con **4 puntos**.

En cuanto a la lectura de apuntes/documentos, es digno de destacar que este concursante no se ha auxiliado con ningún tipo de apunte. Por ello merece en cuanto a este aspecto la más alta calificación: **4 puntos**.

En cuanto al conocimiento sobre cuestiones generales sustantivas y formales y manejo de doctrina y jurisprudencia, ha demostrado una destreza también digna de destacar. Las citas de doctrina y de casos jurisprudenciales es pertinente y suficiente. Se lo califica con **10 puntos**.

En cuanto a la capacidad analítica y autonomía de criterio, creo que el desarrollo pormenorizado de su exposición no deja duda sobre lo primero, y en cuanto a lo segundo creo que la vinculación entre la calificación como delito y pena de la confiscación y la consideración como crimen de lesa humanidad es lo que le da valor agregado a su exposición como construcción personal, con sustento argumental adecuado. Se lo califica con **4 puntos**.

En cuanto al empleo del tiempo asignado (21 minutos y 53 segundos) ha excedido ligeramente el tiempo acordado, lo cual es comprensible por la complejidad del tema escogido, por lo cual se lo calificará con **2 puntos**.

En cuanto al modo en que fueron respondidas las preguntas y su postura frente a una pregunta concreta en su rol de Fiscal y la solución que adoptaría frente al conflicto planteado, creo que el concursante ha respondido correctamente.

Procuradora: Con relación al tema de la apropiación de bienes durante el terrorismo de Estado plantea todas estas fases que usted ha mencionado ¿le parece que es un tema que merecería una instrucción general de la Procuración y en su caso, qué recomendaciones le haría a los fiscales que tienen que abordar la investigación de estos hechos?

Concursante: En primer lugar, en ninguno de los casos que he mencionado, es decir de la jurisprudencia del 84 para hasta ahora, la condena por apropiación de bienes es una condena que está basada, es decir ahí lo que yo no señalé que en la causa 13 se le quita la juridicidad, la legalidad a estas apropiaciones de bienes en función de la Convención, la causa 13 dice son antijurídicas no solamente porque violan el derecho interno sino también porque violan la Convención 4 del Convenio de Ginebra. Pero no dice nada más. Es decir, la instrucción podría estar orientada a señalar que también son normas universalmente válidas para los jueces y para los fiscales del país, la aplicación del estatuto militar internacional de Núremberg y la ley 10 del Control Aliado porque independientemente del origen de estas normas fueron ratificadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946 con una Resolución la 95/1 que señalan que son normas de carácter imperativo obligatorias lo que se llama en el derecho de gentes el “ius cogens” es decir, normas obligatorias de jurisdicción incluso universal, que son obligatorias para los jueces independientemente de lo que señale y diga el ordenamiento interno. Que fue el fundamento de las causas Arancibia Clavel y Simón. En Arancibia Clavel y Simón se citan estos precedentes, se cita el estatuto de Núremberg como la ley de Control Aliado 10 y también la Resolución 1 de 1946 de las Naciones Unidas que son normas válidas para Argentina, no porque la Argentina las hubiese ratificado como ratificó en 1956 la Convención de Viena, sino porque son así por el tratado de Viena que lo ratificó la Argentina, señalando que hay algunas normas, las que definen delitos internacionales, que son válidas independientemente de lo que diga la legislación interna de un país. Orientaría a la aplicación del derecho internacional, es decir son crímenes de lesa humanidad porque afectan normas de carácter internacional.

La pregunta ha sido respondida de un modo satisfactorio.

Se le asignan **5 puntos**.

Total: **39 puntos**.

3) Divito, Mauro Antonio

El concursante se refirió al Tema Nº 3: “Problemáticas en la calificación jurídica de hechos constitutivos de delitos relacionados con la trata y la explotación de personas. Perspectiva del Fiscal de Casación”.

Dice el concursante que se trata de una temática que ofrece varias aristas complejas desde el punto de vista del vocabulario jurídico pese a que en los últimos años en un lapso relativamente corto de años se han dictado dos leyes sobre el tema. Puntualmente se refiere al dictado de la ley 26.364 en el año 2008 que introdujo los arts. 145bis y 145ter al Código Penal donde se tipificaban respectivamente el delito de trata de mayores de edad y trata de menores de edad, y la ley que se dictó en el año 2012 que entró en vigencia en el año 2013 mediante la cual se modificaron esas disposiciones legales entre otras y quedó redactada la figura del 145bis como una figura básica de la trata de personas y el 145ter introdujo una serie de agravantes.

Señala que se presentan numerosas cuestiones de superposiciones con otras figuras del propio Código Penal e incluso de leyes especiales. Pero a los fines de esta exposición el ponente seleccionó dos grandes temas que le parecieron los más significativos. El primero es el que se vincula con los casos en que la víctima de trata es efectivamente sometida a explotación y el segundo con ciertos supuestos en los que con motivo de que estas sucesión de leyes a la que hice alusión se deba examinar la eventual aplicación del art. 2 del Código Penal que impone acudir a la ley más benigna.

Respecto del primer punto, los casos en los que se hubiese consumado efectivamente la explotación de la víctima, cabe recordar que desde su propia introducción en el código penal el delito de trata de personas viene definido por los fines de explotación, que aparecen además en la propia ley de trata: explotación laboral, explotación sexual y la explotación con fines de extracción de tejidos y órganos. Funcionan en la estructura típica del delito de trata de personas como un elemento subjetivo distinto del dolo es decir, lo que en dogmática se denomina una ultrafinalidad, que no hace falta que se verifique en el plano objetivo para que el delito se consume y, puntualmente, se trata de un delito incompleto en varios actos. Pero en fin, lo cierto es que bajo la vigencia de la ley anterior no se hacía mención a los supuestos en que efectivamente se concretara la explotación de la víctima sino que esto aparecía sólo como una ultrafinalidad. Bajo ese enfoque, bajo esa redacción de los tipos legales prevaleció la idea de que cuando efectivamente se concretaba la explotación de la víctima como por ejemplo la persona que había sido captada con fines de explotación sexual era efectivamente sometida a explotación en un prostíbulo, que por otra parte se daba en muchos casos porque las autoridades suelen detectar estos casos a partir del descubrimiento de un taller clandestino o un prostíbulo donde hay personas sometidas a explotación. Cuando se verifican esas situaciones de explotación, prevaleció la idea de que en esos casos se daría un concurso ideal entre el delito de trata y el delito que específicamente tipifica la explotación, podría ser el del art. 127 del código penal sobre la explotación de la prostitución ajena. Esta idea que por lo demás surge en la doctrina del comentario que hizo el Dr. De Luca en el libro de editorial Hammurabi dirigido por los profesores Zaffaroni y Baigún, el código penal comentado, se compadece este enfoque como concurso ideal, se compadecía digamos con los criterios que la doctrina predicaba como una unidad de hecho, en los términos de nuestro art. 54, en los casos en que una tipicidad aparece como elemento subjetivo de la otra. Este criterio en la doctrina nacional impuesto por Zaffaroni en sus primeras obras, en la doctrina extranjera he visto a Jescheck sosteniendo esto en otros ámbitos.

Sin embargo, sostiene, este panorama que con la legislación anterior no ofrecía, salvo algunas voces resonantes que pudiera haber un concurso real, mayores dificultades teóricas, sí vino a modificarse radicalmente cuando se introdujo la reforma de la ley 26.842 hace poco más de un año. Porque, así como se estableció una figura básica con menos elementos típicos que era la figura básica bajo la legislación anterior, se introdujo en el art. 145ter una serie de agravantes y una de ellas, que eleva la pena considerablemente, es el supuesto en que la víctima efectivamente es sometida a explotación. Con este cambio legislativo ya parece quedar claro que desde el punto de

vista de los textos legales, por lo menos los que están en el código penal, el delito de trata de personas abarca todo el abanico de actividades que involucra a la actividad de la trata, desde el ofrecimiento y la captación de la víctima hasta finalmente la propia explotación, porque en sus distintas formulaciones típicas todas esas actividades quedan comprendidas. Si esto es así –y en esto se diferencia del otro concursante que trató el tema- ya no puede seguir predicándose en estos casos un supuesto de concurso ideal, porque el contenido disvalioso de toda la actividad de trata queda agotado en la descripción de los arts. 145bis y 145ter con esta agravante. En otras palabras sería un caso de concurso aparente en su opinión, se ha denominado principio de consunción es decir sobre la base de la idea de que el delito de trata comprende todos los escalones que pueda recorrer un caso concreto de un hecho de trata e incluida la propia explotación. Esta opinión por otra parte es sostenida por el organismo de la procuración general especializado en este tema, ha habido un informe de la PROTEX sobre la reforma y es un breve párrafo sobre este punto pero predica a esta solución que el concursante acaba de propiciar y parece que además cotejando la estructura típica del delito de trata con otras figuras del código penal es sistemáticamente más adecuada esta interpretación, por ejemplo el delito de secuestro extorsivo que tiene en este sentido una estructura muy similar, donde el autor sustrae, retiene u oculta con fines de obtener rescate y cuando lo obtiene se agrava la escala penal. El 142bis de privación ilegal de la libertad coactiva con una estructura similar, en fin cree que es la solución dogmáticamente más adecuada y que por lo demás tendrían un buen sentido práctico que simplificaría la aplicación de las normas legales a los casos concretos. Por lo demás, advierte que la aplicación de esta solución no generaría desde la perspectiva del Ministerio Público Fiscal y desde la perspectiva de la punibilidad de los casos concretos ninguna solución indeseable. Concretamente, la severa escala penal que se contempla para los casos en que efectivamente se concretan los fines de explotación que es de ocho a doce años de prisión en general supera todas las escalas de los delitos que autónomamente están tipificados en el propio código penal y en nuestras leyes especiales como supuestos de explotación, esto es lo que pasa por ejemplo con la explotación sexual en la ley 12.331, en los arts. 125bis a 127 del código penal. El único caso en que se supera la escala penal del 145ter es cuando hay menores –supuesto en que el 145ter también incrementa la pena por lo que hay ahí diferencia-. Hay un caso que es el de la ley de trasplantes en donde sí se contempla el supuesto de una pena de cuatro años a perpetua pero por lo que he visto es un supuesto que prácticamente no hay casos y sí la hipótesis de la reducción a la servidumbre del art. 140 tiene una escala penal que contempla un máximo mayor porque en el art. 140 se estipula una escala penal de cuatro a quince años. Si bien el máximo en este caso supera los doce años del 145ter también es claro que el mínimo es muy inferior al mínimo del 145ter e incluso lo que se denomina el término medio, es decir el punto medio entre el mínimo y el máximo, es más severo en la ley de trata es decir en el art. 145ter porque el punto medio del art. 140 son nueve años y seis meses de prisión y el punto medio del art. 145ter son diez años.

En conclusión, cree, a diferencia del concursante que trató el mismo tema (Rusconi), que la solución del concurso aparente es la que mejor se adecua a la teoría del concurso de delitos, la que ofrece ventajas desde el punto de vista de la simplicidad

de la aplicación de la ley a los casos concretos y no presenta desde el punto de vista de la política institucional del Ministerio Público una desventaja en términos comunicativos, de que se estuviera predicando una solución que lleva a disponer penas leves o irrisorias, de ninguna manera.

El otro supuesto al que se refirió es el problema que puede presentarse con el motivo de la sucesión de estas dos leyes en torno de la aplicación de la regla que impone acudir a la ley más benigna del art. 2 del código penal, que incluso tiene jerarquía constitucional porque está previsto expresamente en el art. 9 de la C.A.D.H. Sobre esta cuestión en particular cabe tener en cuenta que el delito de trata a diferencia de otros delitos de carácter instantáneo como puede ser el homicidio que se caracteriza por tener un momento consumativo cuando muere la víctima, el delito de trata de personas como puede apreciarse en su estructura goza más bien de lo que se llama un “estado consumativo” que se prolonga en el tiempo. Incluso la variedad de acciones que están enunciadas abarca todo el recorrido que tiene el caso de trata desde el ofrecimiento y la captación hasta la efectiva explotación.

Desde esta óptica, el caso que el ponente puede ser más singular es el de los supuestos en que un hecho de trata hubiese comenzado a cometerse bajo la vigencia de la ley anterior y hubiese continuado cometiéndose, bajo esta modalidad del delito permanente, con posterioridad a enero de 2013 cuando entró en vigencia la reforma de la ley 26.842.

Por ejemplo podría uno tomar un caso de un hecho de trata en perjuicio de una menor de quince años de edad en el que no se dieran otras agravantes. Ese supuesto bajo la ley anterior supondría una escala penal de cuatro a diez años de prisión y bajo la ley actual una escala de diez a quince años de prisión. Es decir, claramente en un supuesto así, sería más gravosa la ley vigente. Respecto de este punto hay obviamente dos criterios: uno que sostiene que debe aplicarse la ley que estaba vigente al momento en que comenzó la actividad típica y otro que sostiene que debe aplicarse la ley vigente cuando cesó la actividad consumativa. En este sentido, el primer criterio el que predica la aplicación de la ley vigente al comienzo de la actividad consumativa, la ley más benigna en este caso, es defendido en la doctrina tradicional por ejemplo por De La Rúa en su código penal comentado entre otros autores y más modernamente por el propio Zaffaroni en la obra que comparte con los profesores Alagia y Slokar haciendo hincapié en que de aplicarse la ley vigente al momento del cese de la conducta típica se estaría alcanzando con esa ley más gravosa un tramo del primero que había sido cometido cuando esa ley no estaba en vigencia. Desde esta perspectiva, el propio Zaffaroni ha sostenido en un caso que llegó a la Corte ya desde su condición de juez, que este mismo criterio en relación con un supuesto donde se investigaba una sustracción de menores del art. 146 del código penal, con estas características: el dictado de una ley más gravosa en el medio de la conducta desarrollada a lo largo del tiempo. En el caso “Joffré”, concretamente, Zaffaroni junto con los jueces que integraban la Corte, Belluscio y Vázquez, propició esta solución aunque quedó en minoría, la Corte rechazó el recurso que había esgrimido la defensa y el mismo supuesto se presentó posteriormente en un caso “Rey”, donde Zaffaroni, esta vez solo porque los otros jueces no estaban en la Corte, sostuvo el mismo criterio. La postura contraria a la que predica que debe aplicarse la ley vigente al momento del cese de la

conducta típica es la que parece prevalecer en la doctrina en nuestro medio Fierros, que ha comentado el art. 2 del código penal en esa misma obra de editorial Hammurabi, defiende este criterio en la doctrina extranjera Roxin es partidario de esta postura. Y en nuestra jurisprudencia, por lo menos en los últimos años, tiende a prevalecer esta solución que incluso fue sostenida por el Procurador General de la Nación en el caso “Joffré” que les mencioné recién, en esa época era el Dr. Nicolás Becerra, con el argumento de que en rigor, la continuación de la actividad delictiva voluntaria con posterioridad al dictado de la nueva ley evidenciaba una voluntad de persistir en la conducta típica, más allá de la nueva norma, que por lo tanto hacía merecedor al autor de la sanción más gravosa, y se señalaba que a todo evento se trataría de un concurso aparente, es decir una única conducta abarcada por dos textos legales en el que debía prevalecer el vigente al momento del cese de la conducta. Sobre este punto, se trata de una cuestión realmente compleja, el propio Zaffaroni que hoy defiende el criterio de que debe aplicarse la ley vigente al momento del comienzo de la acción en su viejo tratado sostenía lo contrario, sostenía que debía aplicarse la ley vigente al momento del cese la conducta, y entonces en este punto desde la perspectiva del Ministerio Público Fiscal el criterio debe ser, tal como ya se ha sostenido desde la máxima instancia del Ministerio Público de la Procuración en el caso “Joffré” y en el caso “Rey” donde dictaminó el procurador fiscal Casal, que debe estarse a la normativa vigente al momento del cese de la actividad típica.

Como conclusión, desde la perspectiva del fiscal de la Casación, el concursante cree que en relación con los casos en que se concreta la explotación, deberían acompañarse los recursos de las defensas que bregaran por la aplicación de las reglas de concurso aparente e incluso desistirse los recursos de fiscales inferiores que predicaran lo contrario y en estos casos complejos de delitos permanentes debería sostenerse la interpretación que propicia la aplicación de la ley vigente al momento del cese de la actividad delictiva.

Por lo que se ha podido ver, el desarrollo argumental es fluido, coherente desde un punto de vista lógico y las conclusiones tienen una hilación perfecta con el desarrollo argumental, incluyendo temas no tocados en otras exposiciones, con acierto, más allá de que se pueda discrepar o no con las conclusiones a las que se arriba en materia concursal. No ha tratado, a diferencia del concursante Rusconi, otros problemas vinculados a la calificación jurídica, aunque para tratar lo relativo a la aplicación de la ley penal más benigna se refirió al carácter eventualmente permanente del delito, que Rusconi no mencionó. Se lo califica con **9 puntos**.

Se observa la utilización correcta y depurada del lenguaje jurídico y una gran claridad expositiva. Destaqué en su momento el aplomo de este concursante, lo que le hizo ganar en claridad. Se lo califica con **4 puntos**.

Se advierte también un conocimiento sobre cuestiones generales sustantivas y formales y manejo de la doctrina y la jurisprudencia. Este ponente hace varias citas de doctrina y jurisprudencia, principalmente en lo concerniente a la aplicación de leyes sucesivas en el tiempo. Se lo califica con **10 puntos**.

Se observa capacidad analítica y autonomía de criterio. El desarrollo argumental se limitó a las relaciones concursales (no haciendo referencia a otros aspectos del

análisis teórico del delito), y se observa una autonomía en la expresión del mismo. Se lo califica con **3 puntos**.

Se observó que, si bien tuvo a la vista apuntes/documentos, rara vez auxilió su exposición con dichos elementos. Se lo califica con **3 puntos**.

En cuanto al empleo del tiempo asignado, ocupó 19 minutos y 36 segundos, una performance que merece la más alta calificación: **3 puntos**.

En cuanto al modo en que fueron respondidas las preguntas formuladas y su postura concreta en su rol de fiscal, cabe reseñar ese aspecto de la exposición:

Jurista invitado: Se podría dar la paradoja de que la persistencia en la acción criminal que sería la razón por la cual la aplicación de la ley posterior al imputado, termine favoreciéndolo, o sea, él conociendo que hay un debate, una norma que mejoraría la situación finalmente sancionada, él persiste en la actividad delictiva reteniendo a la víctima y termina siendo favorecido por una ley más benigna, suponiendo que la anterior sea más benigna, que normalmente no ocurre, porque normalmente la ley posterior es más grave, esta es la costumbre, la legislación penal tiende a ser más gravosa.

Concursante: El supuesto puntual al que yo me referí es el inverso, cuando la ley anterior es más benigna y la ley posterior es más gravosa, -sólo ese supuesto- porque es el supuesto que se da con el caso de la trata. Comparando las escalas penales del viejo texto y las escalas penales del texto actual, uno ve mayor severidad en el texto actual, y además bueno hay algunos aspectos que no abordé porque no podía ver todo pero el texto actual contiene una fórmula de la figura básica tiene muchos menos requisitos que el texto originario, ya no alude por lo pronto, que es muy significativo, a los medios comisivos que caracterizaban el delito de trata en su redacción original e incluso agregó una expresa mención acerca de la irrelevancia del consentimiento por lo que es evidentemente legislación más gravosa. El caso que dice usted sí se puede dar esa paradoja y estoy de acuerdo.

Jurista invitado: Mi objeción es al criterio general aplicable a cualquier tipo de situación de sucesión de leyes en el tiempo.

Concursante: Los autores por lo menos los que yo vi distinguen los casos en que la ley anterior es más benigna y la posterior es más gravosa, como es el caso de la trata, del caso inverso: ley anterior más gravosa, ley posterior más benigna, donde ahí pareciera que el art. 2 del código penal no deja mucho margen.

Las respuestas han sido correctas. Merece la calificación de **5 puntos**.

Total: **37 puntos**.

4) Rusconi, Maximiliano Adolfo:

Este concursante abordó el Tema Nº 3, "Problemáticas en la calificación jurídica de hechos constitutivos de delitos relacionados con la trata y la explotación de personas. Perspectiva del Fiscal de Casación".

Desarrollo del tema: Señala el concursante, y luego lo ratificará en la conclusión, que es una de las primeras ocasiones en que la República Argentina, frente a un problema multidimensional, manifiesta asimismo, desde el punto de vista político criminal, una multidimensionalidad de enfoques y la respuesta legislativa se hace cargo de esa multiplicidad. La combinación de leyes 26.364 y 26.842 que es el bloque legislativo que se encarga de la cuestión ha encarado el problema desde la protección del bien jurídico libertad y no se hace cargo solamente del problema normativo del deber ser sino que además incorpora normas procesales (protección de los testigos, de la víctima, etc.).

Luego pasa a describir la configuración típica de la figura básica y sus agravantes, y aquí señala, sin perjuicio de su elogio inicial, varios problemas. Uno es el de la multiplicación de verbos típicos, lo que genera enorme cantidad de problemas concursales y enorme cantidad de problemas procesales, dado que quien no puede definir correctamente aquello que está prohibido tampoco puede comunicarlo por ejemplo en una indagatoria para que el sujeto pueda defenderse correctamente. Este abordaje sustantivo-procesal del tema es una forma encomiable de analizar la problemática, bastante poco frecuente de ver en los análisis de la cuestión penal en general (ver sobre todo a Maier y, contemporáneamente, a Binder, en el flamante primer tomo de su incipiente tratado de derecho procesal penal).

Prosigue su análisis diciendo que se trata de una estructura ilícita que sin duda es dolosa; el que figure en el tipo básico “el fin de explotación” como un especial elemento subjetivo del tipo, es decir como una instancia subjetiva que no tiene reflejo en la realidad y que sin embargo sobre esa base se estructura el tipo subjetivo, indicaría a juicio del concursante la imposibilidad que podamos imputar dolo eventual. Es difícil pensar que alguien tenga ese fin específico del fin de explotación sin que tenga dolo directo en la parte lesiva básica. La pregunta es también si se trata de un delito instantáneo o permanente y aquí las complicaciones dependen, de nuevo, de qué verbo estemos tratando, puesto que si uno está pensando en el verbo ofrecer se trata de un tipo penal de pura actividad o instantáneo, en cambio es indudable también que si se trata del verbo acoger, es un delito que se extiende en el tiempo y se trata de un delito permanente.

Sostiene que no hay problemas especiales en cuanto al sujeto activo, que puede ser cualquier persona, pero el hecho de que el sujeto activo tenga ciertas características es una de las invocaciones que hace el 145ter a la hora de establecer ciertas calificantes. Nuevamente la pregunta acerca de dónde comienza la tentativa, un problema siempre nuclear para las imputaciones, también se responde solamente en la medida en que elijamos el verbo, dónde comienza la tentativa en el ofrecer es un momento distinto desde el punto de vista lesivo a dónde comienza la tentativa, el principio de ejecución, del verbo acoger, recibir o trasladar.

Se trata de una figura que en principio, dada esta multiplicidad de verbos, genera la tentación, y reconoce el concursante que sin duda el Ministerio Público Fiscal debería ser sensible a esto, de pensar que también es posible ir más allá y por ejemplo pensar en que la figura también incorpora la posibilidad omisiva impropia de ser imputado, o sea el sujeto que en posición de garante no impide que sucedan los hechos descriptos en los verbos del 145bis y si esto es factible. Esto requiere una toma de partido

previa. El concursante es de los que creen que hay tantas omisiones impropias como estén incorporadas expresamente en el Código Penal y la verdad es que nuestro legislador ha sido muy cuidadoso a la hora de establecer responsabilidades omisivas, inclusive de garante, a su juicio lo ha hecho en el art. 106 y en dos o tres ocasiones más, no mucho más. Hay quien cree que detrás de toda figura activa es equivalente también la presencia de una figura omisiva, que en la Argentina tiene un acompañamiento en la doctrina bastante autorizado, aunque, insiste, equivocado.

Sin lugar a dudas, sostiene, se trata de una figura típica que es muy factible que se presente con acercamientos concursales, con chances de relación concursal, con otras figuras. En esto ha sido muy importante la influencia que ha generado la reforma de la ley 26.842 modificando la estructura típica de la ley 26.364. ¿Y esto por qué? Porque en la estructura originaria de la ley 26.634 no estaba prevista como ahora se lo hace expresamente, la consecución del fin de explotación. Es decir, ese plus lesivo, que se incorpora con la reforma, además de otras cosas como el verbo ofrecer que tampoco estaba en el texto originario, en realidad permite que alguna visión concursal que aparentemente aparecía indiscutida con la vigencia de la ley anterior, hoy deba ser discutida y posiblemente modificada. Esto tiene que ver por ejemplo con la vinculación que existe entre la figura de la trata de personas del 145bis en su forma básica y eventualmente en sus formas agravadas en relación con por ejemplo la corrupción de menores o la explotación masiva de prostitución ajena del art. 127 o los casos de pornografía infantil, etcétera. En estos casos con el texto originario era muy fácil ver la hipótesis acusatoria más fuerte, más nítida, que era la hipótesis de concurso real que por supuesto es la que tiene mayor impacto punitivo. La decisión del legislador de incorporar, multiplicando la autonomía legislativa de la figura, o subrayándola, de incorporar el obtener la consecución, la producción del fin de explotación, incorporarlo ya en la figura del art. 145ter con una pena además muy importante es decir con un máximo de doce años en el caso que la víctima no sea menor y si fuera menor el máximo es quince, esto genera la pregunta acerca de si es factible mantener la relación concursal prevista en el art. 55 y la verdad es que esto no sería posible porque estaríamos legislando o encuadrando el mismo hecho dos veces, sería una especie de bis in ídem contemporáneo, sobrerregulando la conducta.

Con lo cual la doctrina, la poca doctrina que comienza a expresarse a partir de esta reforma, sugiere la invocación de una lectura un poco llamativa de los casos como de concurso aparente, casos que normalmente denominamos como de consunción, de especialidad o de subsidiariedad. El concursante cree que ese camino concursal es incorrecto. Es incorrecto por varias razones entre las que no es posible desconocer un enorme problema de dosimetría penal es decir, en gran cantidad de ocasiones lo que tendremos es que el tipo penal que en el caso de concurso aparente desplaza matando, para ser gráfico, a la primer figura, por ejemplo los casos de consunción, o los casos de subsidiariedad tácita o expresa eventualmente el tipo penal que mata al que se desplaza, en verdad lo mataría con buenas razones dogmáticas pero con un problema y es que el que se desplaza sobrevive tendría una oferta punitiva menor al desplazado. Esto genera un problema que los jueces tienen que resolver es decir que tienen que tener una interpretación mucho más racional de esta.

Y la verdad es que en el fondo del problema lo que hay es un optimismo a su juicio descarriado en relación con la cantidad de veces que uno cree ver un concurso aparente de delitos. En realidad los casos de concurso aparente son bastante menos de lo que cree la doctrina y a su juicio esto le hace un gran favor al Ministerio Público Fiscal. En primer lugar, sin dudas son casos de concurso aparente los casos de especialidad pero los casos de especialidad son casos que uno diagramaría como con el viejo sistema de la teoría del conjunto: el tipo básico incorporaría un tipo especial que tiene todos los elementos del básico con un dato adicional. Se trata de relaciones lógicas totales. Es también un caso de concurso aparente la subsidiariedad expresa, es decir cuando el legislador dice este tipo penal no se aplica sólo si es que el hecho no constituye un delito más severamente castigado, cuando lo dice expresamente el legislador por razones de política criminal que nada tienen que ver con relaciones lógicas de normas. Los casos de llamados de subsidiariedad tácita no son casos de concurso aparente porque si hay un caso de subsidiariedad es porque hay un caso de consunción y los casos de consunción son sólo los casos de lesiones progresivas del mismo curso lesivo, algo que es casi imposible de verificar cuando una figura tiene la cantidad de verbos típicos que tenemos en el art. 145bis. Así el concursante llega a la conclusión de que en donde vemos concursos aparentes lo que en verdad hay son concursos ideales. Si tenemos concursos ideales, ya el problema de la dosimetría penal al sobrevivir las dos figuras queda solucionado adecuadamente. Desde el punto de vista de la estructura dogmática queda decir esto, es decir estos casos deben ser resueltos en la mayor parte de las ocasiones como concurso ideal con lo cual el dramatismo de los conflictos punitivos se reduce a la mitad.

El concursante finaliza subrayando el “triángulo virtuoso” que hay en una ley que se enfrenta a un problema político criminal asumiendo la complejidad de ese problema en términos procesales, dogmáticos y criminológicos y una estructura estatal que reconoce esta complejidad y genera caminos investigativos que deben ser conducidos bajo normas específicas. Esto es muy importante que lo tengamos en cuenta sobre todo en el modo en que la investigación de estos delitos enormemente complejos genera que tengamos que modificar ciertas reglas de valoración de la prueba por ejemplo lo que está sucediendo a la validez de los testimonios de niños que declaran con ciertas condiciones modificadas en una Cámara Gesell. Es decir, en el final de la alocución lo que subraya el concursante es la trascendencia de que un problema político criminal sea resuelto con un enfoque político criminal y que se haga cargo de los problemas dogmáticos, y el problema criminológico y el procesal también.

El desarrollo argumental es lógicamente consistente, habiendo tratado más temas que el concursante Divito en cuanto a la calificación jurídica, aunque, a diferencia de aquél, no ha mencionado el carácter eventualmente permanente del delito y la problemática vinculada a esa cuestión de la aplicabilidad de la ley penal más benigna. La conclusión es también correcta, aunque ya anunciada en la presentación inicial del tema y que es un encomio al abordaje multidimensional del problema. Quizá hubiera sido mejor una conclusión que, de un modo más en sintonía con el desarrollo argumental, formulara una propuesta de reforma legislativa para solucionar los problemas señalados en su exposición. Se lo califica en este aspecto con **9 puntos**.

En cuanto a la utilización del lenguaje jurídico y la claridad expositiva, ambos requisitos han sido cumplidos más que satisfactoriamente por el concursante, que exhibe un amplio dominio de los instrumentos para el análisis dogmático de las conductas penalmente relevantes. Se lo califica con **4 puntos**.

En cuanto al conocimiento sobre cuestiones generales sustantivas y formales y el manejo de la doctrina y la jurisprudencia, ha hecho un abordaje que no sólo abarca varias cuestiones sustantivas (que domina ampliamente) y de política criminal, sino también cuestiones procesales, vinculadas con la defectuosa construcción de las figuras. No ha habido, sin embargo, citas de autores ni fallos judiciales en su exposición. Se lo califica con **9 puntos**.

En cuanto a la capacidad analítica y la autonomía de criterio, ha sido sumamente demostrado lo primero en su desarrollo argumental, y lo segundo se ha visto claramente evidenciado en su toma de posición en lo concerniente a la posibilidad de considerar el delito de trata como de omisión impropia y el rechazo a considerar a los casos concursales como de concurrencia aparente, más allá de si es correcta o no esta postura. Se lo califica con **4 puntos**.

Sí se ha observado que el concursante ha tenido ante sí apuntes, pero que rara vez los ha consultado a lo largo de su exposición. Se lo califica en este aspecto con **3 puntos**.

En cuanto al empleo del tiempo asignado, se destaca que ha utilizado sólo 16 minutos y 42 segundos, lo cual muestra una correcta administración del tiempo y un gran poder de síntesis. Se lo califica con **3 puntos**.

Por último, en cuanto al modo en que fueron respondidas las preguntas y a su postura frente a preguntas acerca de su rol de Fiscal y a la solución que adoptaría frente al conflicto planteado, el concursante se condujo del siguiente modo:

Procuradora: Usted dijo al principio que había múltiples respuestas legislativas en relación al fenómeno de la trata y que esto ocasiona en realidad en los hechos que haya aspectos que son examinados por jueces ordinarios y aspectos que resultan examinados por jueces federales. ¿Cuál sería según usted la posición que tendría que tener el Ministerio Público ante este conflicto donde haya investigaciones que son llevadas a cabo por la justicia provincial y otras por la justicia federal pero que están referidas a una misma red criminal?

Concursante: Bueno la respuesta tiene dos dimensiones. De “lege lata” la ley resuelve esto a favor de la justicia federal. Y, de “lege ferenda”, me parece que esto es correcto en términos que se trata de un ilícito que reconoce en el fondo una complejidad social tan enorme, tan dramática, que requiere de una respuesta uniforme de todas sus agencias; de hecho el Ministerio Público Fiscal por lo menos en las últimas gestiones ha mantenido cierta coherencia en el sentido de unificar la información a través de una unidad específica, emanar protocolos de actuación que incluso permitan nutrirse la información de diversos expedientes, es decir no funcionar con el modelo de compartimentos estancos así que esta combinación de asumir la complejidad del tema en la agencia Ministerio Público Fiscal como agencia estatal que se preocupa del problema político criminal en combinación con que esto debe ser resuelto como un problema de justicia federal me parece que responde a la inquietud.

Procuradora: Dígame ¿qué problemas advierte usted en la mención del problema del consentimiento de la víctima en la descripción del art. 145?

Porque el legislador debe mencionar un tipo penal que está regido, insisto, el legislador penal tiene condicionamientos mucho más estrictos que el legislador civil o administrativo. Entre otras cosas por imperio del principio de legalidad y las consecuencias que surgen de ese principio. Un mal camino, que lo ha hecho a menudo el legislador por ejemplo en la descripción del aborto, o sea todos los problemas de mala aplicación del delito de aborto en la relación entre las figuras del art. 85 inciso "1" y "2" se deben a que en algún lugar puso "con consentimiento" donde no debía haber puesto nada. Es decir, poner elementos que están reflejando es que el legislador no está exigiendo nada adicional para la subsunción típica es una mala técnica legislativa que lleva a confusiones en materia de error, errores de tipo y de prohibición.

Las respuestas han sido correctas. Se lo califica con **5 puntos**.

Total: **37 puntos**.

5) Mario Alberto Villar

Este concursante abordó el Tema 1 "El rol del Fiscal de Casación frente a la actuación del querellante a lo largo del proceso penal, en casos en los que el Ministerio Público Fiscal desiste de su pretensión".

El desarrollo del tema fue ameno, con buen enfoque argumental y ordenada disposición de los distintos subtemas y problemas, fluyendo naturalmente desde el planteo de los principales problemas hacia la conclusión. Es de destacar el aplomo del concursante, cuya tranquilidad sólo es comparable a la del concursante Divito, lo que le permitió exponer de un modo ordenado y claro los problemas.

Comenzó por situar los tres momentos del proceso donde se puede presentar esta situación (al inicio, en la etapa intermedia y al final del debate), señalando que sólo el tercero fue resuelto expresamente por la CSJN en diversos pronunciamientos concordantes que identificó, en el sentido de que no puede haber condena sin acusación, destacando la discusión acerca de qué debía entenderse como acusación, complementándose esa línea jurisprudencial con el caso Santillán, donde la Corte decide que basta con la acusación de la querella para que se pueda dictar sentencia condenatoria, citando también fallos afines a esta última orientación.

El concursante destaca como aspecto importante de estos fallos y de otros el carácter expansivo de sus argumentos a los otros dos puntos: al inicial y al intermedio, porque Santillán hace hincapié en el derecho de defensa y el derecho al debido proceso del querellante (art. 18 CN) y esta idea de que el art. 18 contiene el derecho del querellante a la jurisdicción y a obtener una respuesta de la autoridad jurisdiccional es un argumento expansivo, que no puede limitarse a esta etapa conclusiva, lo que muestra el buen manejo del concursante de la teoría de la argumentación, lo que

habrá de confirmarse más adelante en el análisis que realizará de la colisión de los derechos.

Destaca también la importancia del fallo Quiroga, del 2004, donde si bien se discutía la inconstitucionalidad del mecanismo de consulta a la Cámara, los argumentos son expansivos a la cuestión tratada. Indica que la Corte toma el problema desde dos perspectivas o niveles de argumentación: 1) de los derechos individuales (acusatorio e imparcialidad); 2) la perspectiva institucional (relación entre el PJ y el MP). En este fallo se repite el argumento de Santillán en cuanto al derecho de la querrela a acceder al proceso y a obtener una respuesta a sus peticiones.

Otro fallo importante históricamente, señala, es el fallo Otto Wald de 1967 donde se marca el quiebre del criterio de la Corte acerca de la intervención del querellante. De ser considerada su intervención como una gracia concedida por el legislador, que podía limitarla con libertad, allí se dijo que todos los que tienen personería para actuar en juicio tienen derecho al debido proceso, sea como acusador o acusado, demandante o demandado, dándole nivel constitucional al derecho de intervención del querellante. Por eso en Quiroga la Corte dice que la solución de Quiroga no prejuzga sobre el conflicto que pudiera haber entre el fiscal y el querellante. Este “obiter dictum” permite extender las facultades del querellante de modo que pueda en este punto dos actuar por sí solo.

Sin embargo, señala, estos argumentos están en contra de la posición que sostiene el MPF en relación al inicio de las actuaciones (punto 1): aquí el MP considera que la causa no puede iniciarse por medio de la querrela, postura manifestada en diversos dictámenes, que el concursante cita. Aquí el monopolio pertenece al MP.

Para el concursante, lo que interesa de toda esta evaluación es tomar una decisión, acerca de cuál sería su rol como fiscal de casación, lo cual lo muestra fiel a la consigna y a un criterio práctico al que reconducirá toda su argumentación teórica a la luz del acertado análisis jurisprudencial. Relata la posición del MP expresada en diversos dictámenes, que cita. Afirma que la tesis sostenida por la Procuración es la tesis restringida limitada: implícitamente aceptando que el querellante puede intervenir por sí mismo en la etapa intermedia, expresamente que puede intervenir por sí mismo en el alegato final (doctrina de la Corte), pero no en el inicio.

Indica que el argumento de la tesis restringida limitada se basa en los artículos del CPP (art. 5, 65) y de la LMP (arts. 1, 25 y 29) y en el art. 120 CN. Mientras que el argumento de la tesis amplia tiene de su lado el derecho al debido proceso (18 CN), que no se afecta la imparcialidad en el principio acusatorio dentro del proceso con la intervención solitaria, por lo tanto son argumentos de corte constitucional versus argumentos de corte legal, y a su vez, el terreno de disputa cómo debe interpretarse 8.1 CADH y 14.1 PIDCP.

Por otro lado, señala, estas mismas normas de la CADH y resoluciones de la Corte IDH y la Comisión son interpretadas de otra forma por la tesis amplia: si se le reconoce personería para actuar debe reconocérsele un derecho a impulsar por sí misma porque si tiene un interés independiente del ministerio público éste no podría bloquear dicho interés. Esta idea es derivada del informe 28 de la Comisión IDH, del caso Herrera (Argentina), del caso Bulacio (Argentina), del informe 3/98 (Colombia)

y del 29/92 (Uruguay), donde se expresa: “cuando el E le concede a la víctima el derecho a ser parte, debe garantizar que ese derecho pueda desarrollarse porque eso hace a la iniciación y la dinamización del proceso criminal”. Es decir que cuando se reconoce un derecho convencional a través de algún método en el sistema interno no se puede luego limitar ese derecho ya reconocido con el argumento de que es parte del derecho interno, es decir que, una vez que se reconoce más ampliamente un derecho convencional por el derecho interno no se puede volver atrás.

El concursante, tras haber puesto sobre la mesa el problema y el conflicto de derechos y normas de un modo correcto y claro, se dedica ahora, de un modo metodológicamente correcto, al abordaje de esta oposición donde por un lado campean criterios legales (tesis restringida limitada) y por otro lado argumentos constitucionales y convencionales (tesis amplia), mucho más fuertes. Y se pregunta qué pasa cuando colisionan los derechos. Invoca aquí a Alexy y a su método para resolver la colisión, que es el de la ponderación. Dice que, a diferencia de la posición kantiana (que predica que los derechos nunca colisionan), la teoría general del conflicto acepta que los derechos sí colisionan y que hay que sopesar cuál de ellos tiene que tener primacía. Alexy dice que el principio de proporcionalidad es el relevante, que lo divide en tres: adecuación (la limitación del ejercicio de un derecho sólo cabe cuando es necesario expandir la vigencia otro derecho), necesidad (debe ser solamente cuando es necesario limitarlo para que el otro pueda desarrollarse) y proporcionalidad en sentido estricto (debe desmejorarse lo menos posible el derecho que sale perdidoso de esta confrontación).

Este análisis, que exhibe la formación y las dotes argumentales del ponente, lo conduce con derivación natural al último punto. La forma de cumplir con el principio de proporcionalidad en sentido estricto es permitiendo la intervención de la querella desde el inicio, porque tiene un derecho más fuerte, pero limitar lo menos posible el derecho del MP que es que pueda continuar como parte necesaria en el proceso, controlando la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Con el método de la ponderación de Alexy llega a la conclusión de que los derechos que más pesan están desde el lado de la tesis amplia y a su vez que la limitación menor del MP es que siga actuando cumpliendo el resto de sus deberes en el proceso aunque no cumpla un rol acusatorio.

Como podemos ver, el concursante ha estructurado correctamente su exposición, con buena argumentación lógica, presentando correctamente el problema, desarrollándolo y arribando a una conclusión que es correctamente expresada. En este análisis se ha valido de un aparato conceptual tomado del derecho procesal penal a la luz de la teoría constitucional, del derecho internacional de los derechos humanos y de la teoría de la argumentación. Lo único que quedaba pendiente en esa ponderación, si cabe agregar algo al exhaustivo análisis del concursante, es el punto de vista de los derechos fundamentales del imputado y su situación frente a la existencia de dos acusadores en relación con el principio de igualdad de armas, pero es discutible que pueda serle exigida esta contemplación a quien argumenta desde la fiscalía. Sobre estos aspectos se lo califica con **10 puntos**.

Además, ha utilizado correctamente el lenguaje jurídico y su claridad expositiva es digna de ser destacada. Se califica estos aspectos con **4 puntos**.

Se observa que si bien ha tenido a la vista apuntes escritos, rara vez se ha guiado por ellos, lo que lleva a calificar con **3 puntos** este aspecto.

Acerca del conocimiento sobre cuestiones generales sustantivas y formales y el manejo de doctrina y jurisprudencia, no cabe hacer referencia a cuestiones sustantivas porque el tema no las comprendía. Por lo demás, el manejo de las cuestiones formales y el manejo de la doctrina y la jurisprudencia ha sido excelente, de modo que corresponde calificarlo con **10 puntos**.

En cuanto a la capacidad analítica y la autonomía de criterio, el concursante ha mostrado un gran dominio de todos los problemas y subproblemas que el tema presenta y ha mostrado una prudente pero enérgica toma de posición en lo concerniente a la conclusión a la que ha arribado. Se lo califica con **4 puntos**.

En cuanto al empleo del tiempo asignado, se observa un exceso en el mismo, habiéndose llegado a 24 minutos y 55 segundos, razón por la cual se le asignará **1 punto** en lo que hace a este aspecto.

En cuanto al modo en que fueron respondidas las preguntas y su postura frente a una pregunta concreta en su rol de Fiscal y la solución que adoptaría frente al conflicto planteado, el concursante respondió de un modo inequívoco, claro y acertado. Ante la pregunta de la Procuradora acerca de cuál sería el marco de actuación del fiscal en ese juicio donde sólo sostiene la acusación el querellante, si no está de acuerdo con lo que sostuvo el fiscal de instrucción, tiene algún margen para hacer valer su convicción durante el debate, respondió que “no, porque si entendemos la acusación se compone de dos partes, no puede alegar acusando, porque no está integrada la acusación, lo que sí puede hacer durante el debate es un control de legalidad respecto de las nulidades que pudieren presentarse y de la tutela del debido proceso de todas las partes”. Hizo la salvedad de lo que sostiene el procurador Casal al dictaminar en el caso THH del mes de agosto de 2013, donde da a entender en una parte que en la hipótesis del inicio que el fiscal solicitara el sobreseimiento y la querella que continuara la instrucción podía cambiar de opinión si las pruebas que presentara la querella durante la instrucción y podría requerir por la prueba que aporte la querella, a lo que señaló: “es discutible pero no veo una objeción constitucional”. Ante la pregunta de la Procuradora General sobre si es necesaria la presencia física del fiscal en la audiencia: sí se necesita por la intermediación y además la presencia es una garantía de control durante todo el desarrollo del debate. Se lo califica con **5 puntos**.

Total: **37 puntos**.

6) Mario Hernán Laporta.

Este concursante eligió el tema 5 “Ventajas y problemáticas asociadas al pedido del Fiscal de Casación de que la Cámara revoque una sentencia absolutoria y dicte una condena (casación positiva)”.

El concursante aclara que a su juicio el problema no se limita a los casos en los cuales se revoca una sentencia absolutoria y se condena sino que considera que la cuestión

se extiende a los casos de condena y posterior agravamiento por el tribunal superior. Señala que lo que está en juego en definitiva es el derecho al recurso claramente estipulado en el 8.2.h de la CADH y en el 14.5 PDCYP y la interpretación que corresponde darle a estos instrumentos normativos convencionales.

Parte del dato de la realidad de que tanto la CFCP como en varios los tribunales de alzada de provincia han dictado varias condenas directas y sobre todo muchos casos después ha agravado condenas en forma directa motivados en el recurso de un fiscal.

Señala algunos hitos jurisprudenciales: (dictamen de la fiscalía 1 de la CFCP en la causa conocida como “Armas”, la propia causa “Armas”, “Cromañón”, propuesta en la causa “LAPA”, “Carrascosa” en Buenos Aires, Marita Verón en Tucumán), donde hubieron condenas directas o agravamientos en la instancia de apelación.

Indica una tendencia firme en la doctrina que el acusador no debería tener recurso contra una sentencia absolutoria, pero descree que esta postura vaya a prosperar, sin dejar que indicar que el recurso del acusador recibió un “embate potente” en el punto cuarto en el fallo “Sandoval” de la CSJN, quien puso un “primer palo en la rueda” para el recurso fiscal proscribiendo, por lo menos quienes entienden que hay mayoría allí, el juicio de reenvío.

En relación a la casación positiva el fallo señero que hizo hincapié en esto fue Barreto Leiva de la Corte IDH del 2009, que hace una remisión al fallo Herrera Ulloa que es del 2004. El caso era contra Venezuela, se trató de una condena directa es decir no hubo una absolución transformada en condena, sino una condena por la Corte venezolana y allí la CIDH retó a Venezuela, la condenó por la aplicación del derecho al recurso.

Dentro de estos hitos lo más importante que hay actual es el conocido y cercano fallo “Mohamed” de la CIDH que además nos interesa porque es contra Argentina. En aquel caso, bastante antiguo, se trataba de una absolución transformada en condena en forma directa en instancia de apelación. Mohamed había planteado un REF que fue rechazado por el art. 280 (certiorari) y se le privó del recurso y por eso la Corte Interamericana le dio la razón.

Hay otra línea también de fundamentación o de problemática vinculada con la condena directa en Casación, que es un argumento secundario frente a este central que es el derecho al recurso, que tiene que ver con la imposición de la pena; la CSJN y esto lo pongo como una nota paralela ya en el año 2005 en el precedente “Maldonado” consolidado en el precedente “Rivero” del 2009, y consolidado en el precedente “Niz” en 2010, dispuso que un tribunal de apelación que impusiera una condena –de hecho ninguno tribunal puede hacerlo- debiera tener una audiencia de visu con el imputado por eso fue que la CFCP en algunos muy pocos casos tuvo algunas audiencias de visu pero en general lo que sucedió cuando tomaba la decisión de condenar en forma directa es remitir al tribunal de instancia para que apliquen las penas porque allí se había tenido la audiencia de visu, esto es un fundamento adicional o obstáculo adicional a la posibilidad de condenar en única instancia o motivado en recurso de la acusación.

Señala que al margen de estos hitos jurisprudenciales relevantes, sobre todo el fallo Mohamed de la CIDH, a los tribunales en general no les hizo “gran mella” la doctrina

de este fallo. La CFCP por lo menos en cómo está hoy el estado de situación pareciera no haber receptado la importancia de este precedente y en la causa que yo vengo citando como señera que es la de Sarlenga en la causa Armas, que incluso unos meses después porque Mohamed fue a finales de 2012 y la causa Armas de marzo de 2013 unos meses después, se dictó una condena directa, la CFCP resolvió revocar las absoluciones y condenar a pesar que mandó al tribunal a imponer la pena.

Citó también como otro caso relevante, por ejemplo el caso “Vázquez”, en el cual había una condena por homicidio atenuado que la Casación en instancia de un recurso de apelación revoca y agrava a un homicidio con pena indivisible, perpetua.

Hay sí un par de precedentes, uno es de la CFCP y otro es de Tucumán en donde se empezó, o recién ahora se está empezando a plantear frontalmente la cuestión de la incidencia del fallo Mohamed sobre todo a pesar de que Barreto Leiva tenía un efecto prácticamente idéntico, sobre la posibilidad de condenar en única instancia o por lo menos en forma directa frente a un recurso fiscal. La Sala IV de Casación en un precedente bastante reciente (“Buassi” me pareció entender) hace una reseña bastante extensa que lo que antes venía siendo una insinuación de uno de los jueces en alguna disidencia pero aquí ya se plantea de manera frontal acerca no solamente de la posibilidad de condenar sino qué problemas plantea esto frontalmente el derecho al recurso y cómo se soluciona, que va a ser el final de mi exposición.

Pero el caso que mejor por lo menos desde los relevamientos que vi donde se haya tratado esta cuestión y se haya hablado frontalmente de Mohamed es en la reciente condena de la Corte Suprema de Tucumán en el caso de Marita Verón. Allí había absuelto a todos los imputados y la Corte hace unos meses revocó esas absoluciones y condenó en forma directa, considerando sin que hubiera sido discutido en el ámbito del recurso, si la Corte tenía facultades para hacerlo y además, entendiendo que sí, cómo se solucionaría el problema del derecho al recurso y la imposición de la pena.

El MPF fue bastante más frontal frente a este problema. En su posición, y un poco también se corresponde también con el rol de MPF, es bastante más acorde con el control de legalidad de esta situación. El 4 de octubre de 2013, bastante reciente, la Procuradora General emitió dos dictámenes “Chambla” y “Duarte” que son de la misma fecha pero Duarte se remite a Chambla. Son importantes no solamente porque hacen frente a este problema sino además porque Chambla era un caso de condena-agravamiento en tanto Duarte era un caso de absolución-condena. Chambla se había condenado por homicidio en riña en primera instancia y en segunda por homicidio simple. Allí en estos dos dictámenes se hace una recepción frontal del problema sobre todo en precedentes de la Corte IDH estos dictámenes se repiten en el caso de “Chabán” que es del 29 de noviembre de 2013. Con la premisa general de que los tribunales, así se le pide a la Corte, deben hacer el máximo esfuerzo posible para respetar las reglas de la CADH y del PDCYP y sobre todo la necesidad de respetar el derecho al recurso a diferencia de la tendencia por lo menos hasta ahora actual de Casación.

No hay dudas, sostiene, que una condena directa debe tener un recurso, esto está completamente fuera de discusión, el problema es ¿cómo? Y aquí es donde aparecen los interrogantes. Hay varias ventajas para escoger como tribunal de apelación una

casación positiva frente a un reenvío, pero el reenvío plantea severos problemas de bis in ídem y además severos problemas de implementación práctica. Cita los fallos Maldonado, el primer Kang y el segundo Kang. Ante estos obstáculos, el concursante sostiene que como MPF se sentiría más seguro pidiendo una condena directa o por una casación-positiva directa que un juicio de reenvío por los problemas que plantea el reenvío y cómo está la jurisprudencia de la CSJN.

Hay dos posturas acerca de cómo se soluciona esta cuestión. Por un lado, la CFCP en el precedente Buassi que comentaba, lo que fue también anunciado en el caso de LAPA por lo menos en minoría, pero también en Mansilla, Escofet, etc., se hace una defensa frontal de la posibilidad de hacer casación positiva no a través del derecho al recurso sino a través de la tutela efectiva y allí se dice que debe hacer la revisión la CSJN; el argumento que se usa es un argumento de autoridad emanado de un voto en disidencia de Zaffaroni en el caso “Argul” en donde dice que es la CSJN la que tiene que flexibilizar su reglamentación y dar tratamiento al recurso para no privar de la segunda instancia. También esto fue postulado por la fiscalía 1 de Casación en el caso de “Armas” en aquel dictamen que firmó el Dr. Plee si no me equivoco en donde se dice que la Corte debería soslayar los límites formales. Yo encuentro varias opciones a esto pero sobre todo una al argumento central de autoridad que es que en un fallo posterior el propio ministro Zaffaroni que se llama “Cirilo” del 2008 en un caso parecido es un caso de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, sostuvo que la Corte no estaba habilitada para dictar una condena directa porque de ese modo se afectaba el derecho al recurso. Es decir, no avanzó en esta idea de que la CSJN debía revisar.

La otra posición que es la que sostiene el MPF y que el concursante también ha sostenidos en algún artículo de doctrina, la sostiene la Corte Suprema de Tucumán en el caso de Marita Verón, a partir de la premisa de que la Corte no puede hacer esta revisión de una sentencia condenatoria o de un agravamiento. Y no lo puede hacer por una razón sencilla, porque el REF no es compatible con las exigencias de Herrera Ulloa y de Casal de nuestra Corte frente al derecho al recurso, es decir no tiene un recurso amplio. Pero además esto no es una cuestión de interpretación sino que la propia Corte lo ha dicho en Girolodi y también la Comisión IDH, que los dictámenes son de guía sirven de guía para la jurisprudencia, en el informe Maqueda, es decir está claro que la CSJN no puede satisfacer el derecho al recurso.

¿Cuál es entonces la solución para los casos de condena directa o de agravamiento? El concursante propone es una solución que es legislativa, de hecho en el Código de la CABA está estipulado que es que sea otra sala o los jueces del mismo tribunal que condenó pero en otra composición la que revise esa condena o ese agravamiento. Esto está en los dictámenes de Chambla, de Duarte y de Chabán explícito, en Chambla hay un matiz porque allí venía de un tribunal provincial entonces la Corte ahí tampoco podía intervenir porque no tendría competencia frente a una cuestión de juicio local pero Duarte y Chabán son tribunales nacionales y el argumento cobra plena eficacia. En el caso de Marita Verón se toma la misma solución, la Corte entiende aquí a pesar de ser un poco más cuestionable la solución en el caso puntual, que debería ser la misma Corte la que revise su propio fallo pero cambiando los integrantes para la futura revisión, incluso allí lo pone en la parte dispositiva en el último punto del fallo. Esta posición también fue adoptada por el MPF recientemente,

la fiscalía 4 del Dr. De Luca de Casación en un dictamen en un caso conocido como “Quispe Mamani” de un accidente de tránsito que había una absolución que se transformó en condena en Casación, al momento de dictaminar frente al REF de la defensa, esto es del 9 de octubre de 2013, dio esta mismas razones: la Corte Suprema no es la que puede controlar, sino que en el caso debería hacerse lugar al REF pero por lo menos para que otra Sala del Tribunal de Casación controle la condena directa dictada por la Sala III en este caso.

Hay una posición extrema sobre este punto que indica que como bien relevaba antes el acusador no tiene derecho contra una sentencia absolutoria. Esto es difícil de sostener por lo menos en el estado actual de cosas en nuestro sistema normativo y no hay expectativa alguna de que la Corte acepte esta posición. Es una cuestión coyuntural pero es una posición que hay que relevar. De hecho, en Mohamed, los amicus curiae habían planteado frontalmente esta objeción, lo habían hecho por lo menos desde el punto de vista del ne bis in ídem. Y la Corte en Mohamed rechazó este criterio en la idea de que la instancia de revisión no implica un juicio así que no había un ne bis in ídem por esta razón. Este argumento hoy por hoy si bien a mí me seduce desde el punto de vista intelectual no tendría peso en la discusión frontal en los tribunales.

Y concluye del siguiente modo: “¿Cuál es mi posición? La he dado por escrito en algún artículo. Es un artículo algo antiguo, del 2011, pero coincide en esencia con la posición del MPF. La Corte no puede revisar por su propia configuración normativa del recurso y por lo dicho por la propia Corte en Girolodi y por lo dicho en el informe Maqueda por la Comisión IDH y sobre todo porque tampoco hay una objeción procesal, es decir que le haría mucho menos daño al sistema procesal readaptar un recurso de casación en donde se pueda interponer frente a la misma sala haciendo una interpretación analógica solamente del 459, inciso 2, del CPPN, que son los motivos que tiene el imputado para recurrir, permitiéndosele como hizo la Corte Suprema de Tucumán un recurso pleno con discusión entera frente a otras salas del mismo tribunal y que esto incluso, yo en ese artículo lo proponía, pueda hacerse incluso por superintendencia, por un simple acuerdo de superintendencia de la Casación se podría disponer que la parte dispositiva en los casos de estas sentencias indiquen como hace por ejemplo la AFIP en términos administrativos que el condenado agravado que recibe una pena más grave tiene un derecho a presentar un recurso de casación pretoriano frente a otras salas.”

El desarrollo argumental es por momentos confuso y reiterativo, pero en definitiva ha sido correcto, habiendo tratado el concursante todas las cuestiones problemáticas, con una adecuada interpretación de los pronunciamientos judiciales y opiniones de la Procuración y de otros representantes del MP, más allá de que se puedan compartir o no algunas de las consideraciones efectuadas. La conclusión es también correcta y va en línea con lo que postula la Procuración General. No adirtió en su exposición el problema de la violación del principio de inmediación que implica la casación sin reenvío “contra reum” cuando el recurso cuestiona la forma en que han sido fijados los hechos a partir de la valoración de la prueba, que fue objeto de una pregunta posterior. Se lo califica en este aspecto con **8 puntos**.

En cuanto a la utilización del lenguaje jurídico y la claridad expositiva, no cabe duda que el lenguaje es el apropiado desde un punto de vista jurídico pero no ha habido de su parte claridad expositiva, quizá por la necesidad de ser exhaustivo en las citas de precedentes que un tema tan vasto involucra. Se lo califica con **3 puntos**.

En cuanto al conocimiento sobre cuestiones generales sustantivas y formales y el manejo de la doctrina y la jurisprudencia, el concursante ha sido prolífico en la cita de precedentes, que los ha tratado correctamente. Se lo califica con **10 puntos**.

En cuanto a la capacidad analítica y la autonomía de criterio, ha sido demostrado lo primero en su desarrollo argumental, y lo segundo se ha visto claramente evidenciado en su toma de posición en cuanto a la forma de abastecer el derecho al recurso con la organización judicial vigente. Se lo califica con **4 puntos**.

Sí se ha observado que el concursante ha tenido ante sí apuntes, que han sido consultados con frecuencia a lo largo de su exposición. Se lo califica en este aspecto con **2 puntos**.

En cuanto al empleo del tiempo asignado, se destaca que ha utilizado sólo 19 minutos y 50, lo cual muestra una correcta administración del tiempo. Se lo califica con **3 puntos**.

Por último, en cuanto al modo en que fueron respondidas las preguntas y a su postura frente a preguntas acerca de su rol de Fiscal y a la solución que adoptaría frente al conflicto planteado, el concursante se condujo del siguiente modo:

Procuradora: ¿Cuál sería para usted un criterio que en líneas generales se adoptaría para determinar que procede la revisión amplia no cuando se trata de una condena directa sino de un agravamiento de la pena? ¿Cuál sería el criterio para determinar cuál es la medida de ese agravamiento que justifique conceder una revisión amplia? ¿Hay que verlo con criterio amplio o con criterio restrictivo?

A diferencia de la postura de la Procuración General, la posición del concursante es que cualquier caso de agravamiento debería merecer el recurso al margen de la intensidad o no de dicho agravamiento. Esta respuesta me parece correcta.

Jurista invitado: ¿Cómo contestaría el fiscal de casación un argumento de un defensor, en el término de oficina o en la audiencia de casación, en relación al que creo que es uno de los problemas más importantes que presenta la casación positiva, que es cuando el recurso es por motivos de hecho y el recurrente pretende una revalorización de las pruebas para redeterminar los hechos, cómo contesta el argumento que defiende la casación positiva sin reenvío, la afectación posible o real digamos de la garantía o el principio de inmediación? Ello en razón de que ese tribunal que condena no presenció el juicio oral y no presenció la valoración de las pruebas, siendo que el principio de inmediación exige que los jueces que condenan hayan visto en vivo y en directo y además su sentencia condenatoria la dicten sin solución de continuidad.

La respuesta esta pregunta ha sido muy extensa pero no ha sido clara. Creo que en algún momento mencionó que ello podría suplirse con la visualización por el tribunal

superior de la videograbación del debate, lo cual no es una mala respuesta, más allá de que pueda o no ser compartida.

Corresponde calificarlo con **4 puntos**.

Total: **34 puntos**.

Concluida de este modo, pues, mi tarea como jurista invitado, elevo este dictamente a los señores miembros del jurado y me pongo a vuestra disposición para aclarar las dudas que pudieran suscitarle mis apreciaciones.

Saludos a ustedes con mi consideración más distinguida.

Fernando Díaz Cantón

Jurista invitado

Concurso N° 93