

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

Tengo el agrado de dirigirme a los Señores miembros del Jurado en mi condición de jurista invitado, a efectos de elevar mi dictamen en el que expreso opinión fundada no vinculante, acerca de las capacidades demostradas por cada concursante en la prueba de oposición correspondiente al Concurso N° 57 del Ministerio Público Fiscal de la Nación, convocado por Res. PGN N° 153/05 de la Procuración General de la Nación, para cubrir tres vacantes de Fiscal General ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la Capital Federal, correspondientes a las Fiscalías Nros. 1, 3 y 6.

De conformidad a lo dispuesto por el art. 26 inc. a, del Régimen de Selección de Magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación (Res. PGN 101/07) se entregó a los concursantes fotocopia de un expediente real a efectos de preparar y oportunamente, conforme al resultado del sorteo- exponer un alegato en forma oral, estipulándose un tiempo máximo de exposición de 20 minutos con una prórroga admitida de 5 minutos más. El puntaje máximo para esta prueba (art. 27 del Reglamento citado) es de 100 puntos.

La prueba de oposición se llevó a cabo durante los días miércoles 17 y jueves 18 de diciembre de 2008, habiéndose presentados al concurso 10 (diez) postulantes. El día 17 lo hicieron los Dres.: Cearras, Carlos Miguel; Nardiello, Ángel Gabriel; Di Masi, Gerardo Ramón; Ferraris, María Laura; Leon, Estela Sandra Fabiana; Baigún, Gabriela Beatriz; y Meincke Patané, María José. El expediente con el cual trabajaron fue el N° 1451/06 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná (En instrucción N° 7.725, caratulado "U.F.I.S.E.S. s/Denuncia (Plan Jefes y Jefas de hogar-Bovril).

El jueves 18, concursaron los Dres.: Celiz, Fabián Roberto E.; Petrone, Daniel Antonio y Gentili, Alberto Adrián María. El expediente analizado fue el N°13.455 "Av. Inf. Ley 23.737, del Juzgado Federal N°3 de Mar del Plata.

Antes de expresar mi opinión fundada sobre la intervención que les cupo a cada uno de los concursantes, considero conveniente efectuar una aclaración de carácter general sobre las observaciones críticas que formulo en el presente dictamen: ellas no implican necesariamente destacar un déficit, desde el punto de vista normativo, en cuanto al contenido que debe tener un alegato, ni al cumplimiento de sus condiciones formales. En la gran mayoría, las exposiciones cumplieron las exigencias de la ley procesal y - desde tal perspectiva - no correspondería formular ninguna objeción. Pero al tratarse de un concurso en el que se debe calificar a cada uno de los postulantes en función de los criterios establecidos en el reglamento, corresponde destacar las virtudes expuestas por cada uno de los participantes y es entonces cuando se hace necesario señalar las diferencias advertidas en el análisis comparativo de las diferentes intervenciones. En este orden de ideas, las observaciones señaladas para justificar la puntuación no van en desmedro del buen nivel de formación profesional puesto de manifiesto por los concursantes.

La evaluación la realizaré en el orden en que intervinieron los postulantes.

1.CEARRAS, CARLOS MIGUEL.

Comienza su alegato haciendo una referencia pormenorizada al plan nacional de asistencia social conocido como Jefes y jefas de hogar, contextualizándolo con referencias a la especial situación social y laboral existente al momento en que fue creado el plan. Describe luego cuál fue la operatoria instrumentada por los integrantes del Consejo Consultivo Municipal de la localidad de Bovril (Entre Ríos), detallando las condiciones que implicaran una alteración sustancial del plan, nombrando a sus mentores, en base a lo cual formula acusación a estas personas por el delito de peculado de servicios (art. 261, 2do párrafo del c.p.). De igual manera, relata los hechos que, a su entender, configuran el delito de exacciones ilegales en su modalidad

agravada por intimidación (art. 267 del c.p.), en concurso material, e imputando a todos los acusados en calidad de coautores.

Para fundamentar el encuadre jurídico, afirma la presencia en el hecho de los elementos configurativos de los delitos atribuidos, en particular, la condición de funcionario público y que los fondos pertenecientes al plan con los que se pagaba el servicio que debía prestar el beneficiario del plan, eran federales. Sostiene, sin detenerse en el análisis, que se dan los requisitos subjetivos del tipo. El carácter agravado de la exacción lo basa en el empleo de intimidación, al haberse amenazado a beneficiarios del plan, con la desafectación al programa, de no pagar la suma exigida. Descarta luego la configuración del delito del art. 268 del c.p. al no haberse utilizado en provecho propio las exacciones ilegales.

La relación de concurso material la fundamenta en la circunstancia de ser dos hechos y dos voluntades perfectamente escindibles, aclarando que era posible que, por ejemplo, se solicitara el pago de los \$52 o \$32, sin que la prestación que debía realizar el beneficiario del plan se desviara en beneficio de un particular, lo que demuestra- a su entender- la independencia de los hechos y, con ello, la concurrencia material.

Se ocupa también- adelantándose a una posible argumentación defensiva- de descartar el error de prohibición. La existencia de un abogado en el Consejo, el hecho de que el presidente de la misma tuviera experiencia en el cargo al haber participado en una gestión anterior como Intendente, son, entre otras, circunstancias que, a criterio del postulante, impiden considerar que los acusados creyeran en la licitud de su proceder. Agrega, que, en todo caso, si se hubiera dado tal error, el mismo sería plenamente vencible, al contar con todas las posibilidades para averiguar si tal proceder era legal o no, por lo que no tendría efecto eximente de culpabilidad. Afirma,

de manera genérica, que tampoco existen causales de justificación ni que excluyan la acción, por lo que se dan- concluye- los elementos configurativos del delito.

Refiere a continuación a las pruebas en las que basa su acusación, analizando las razones de su legalidad y poder conviccional. Finalmente solicita la pena de 2 años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta perpetua para cada uno de los acusados, en el carácter de coautores de los delitos de peculado de servicio y exacciones ilegales agravadas.

Entrando a merituar el desenvolvimiento del postulante, puedo decir que, el alegato, si bien cumplió con las exigencias formales que debe presentar toda acusación, desarrollado dentro del tiempo asignado (25 minutos), con coherencia lógica interna, y buen uso del lenguaje, presentó, sin embargo, las siguientes debilidades:

En primer lugar, considero que el aprovechamiento del tiempo disponible no ha sido el mejor, al haber destinado gran parte del mismo a la descripción del plan de asistencia social y al relato de los hechos, en detrimento del análisis jurídico de cuestiones que requerían una mayor profundización. De igual manera, la referencia al suceso, si bien extensa, fue en algunas ocasiones, repetitiva, careciendo de la necesaria precisión en cuanto a la individualización de los comportamientos que se imputan a cada uno de los acusados. En particular, no hizo referencia a la fecha- o lapso temporal- en que habrían ocurrido los hechos. Dato éste de significativa importancia cuando - como en el caso analizado - existe una pluralidad de comportamientos acaecidos en fechas diferentes, por lo que resulta esencial determinar cuáles quedan comprendidas en la acusación. Y esto no sólo en atención a posibilitar la adecuada defensa en juicio, sino también por su trascendencia en temas como el “non bis in idem” procesal y determinación de prescripción de la acción penal, entre otros.

Esta falta de precisión ha llevado a que se acuse a todos los miembros del consejo por exacciones agravadas, cuando al único que individualizó como autor del uso de intimidación fue al imputado “Jac”, sin referir a la intervención que le cupo a los demás coimputados en tal intimidación o que, al menos hayan tenido conocimiento de la misma.

Por otra parte, nada se ha dicho en torno a la relación jurídica existente entre cada una de las acciones de solicitud y cobro de los montos indebidos configurativos del delito de exacción, ni la que media entre cada uno de los desvíos de las prestaciones de los beneficiarios a favor de los particulares, tendente a determinar si los mismos se encuentran en una relación de delito continuado, concurso aparente, o relación concursal.

La insuficiencia en la fundamentación del monto de pena solicitado para los acusados no queda subsanada por la genérica remisión efectuada por el concursante a las pautas establecidas en el art. 41 del c. p., si no se determina la presencia o ausencia de tales circunstancias, respecto a cada uno de los acusados.

Otro aspecto a señalar como debilidad, es la falta de cita doctrinaria y jurisprudencial en apoyo de los aspectos esenciales de su alegación.

Finalmente, considero cuestionables, las respuestas dadas por el Dr. Cearras a las preguntas formuladas por el jurado al término de su exposición. Al interrogársele qué administración consideraba lesionada con el comportamiento que tipificó como exacciones ilegales, el concursante contestó: la administración municipal. Se le interrogó entonces, cómo justificaba la competencia federal para el juzgamiento de este delito. La respuesta dada por el postulante, además de dubitativa fue contradictoria, fundamentando la competencia federal en el origen federal de los fondos, al ser remitidos por el Estado nacional. Esto, que podría ser correcto para

sustentar la competencia federal del delito de peculado de servicio, es un fundamento, en sí mismo, insuficiente para el de exacciones ilegales, dado que, lo que interesa respecto a este delito, es el carácter federal o provincial de la administración para la que fue solicitada e ingresada la contribución, derecho o dádiva. Máxime si, como lo afirmó el concursante, el comportamiento que tipificó como exacción ilegal es un hecho distinto e independiente (esta es la conclusión lógica de sostener la existencia de un concurso real) al tipificado como peculado de servicio. Y está muy claro que- en el caso analizado-, el importe dinerario exigido lo fue para la administración municipal y por funcionarios que abusaron de su cargo en el ámbito municipal.

Por todo ello considero que el puntaje que corresponde asignar a su exposición es de **71 puntos.**

2. NARDIELLO, ÁNGEL GABRIEL.

Refiere a los hechos imputados, realizando una pormenorizada individualización de las acciones y autores, precisando el lapso de tiempo en el que ocurrieron los mismos.

Advierte luego que su exposición discurrirá por el análisis de la verdad real para luego ocuparse de lo que denomina verdad de subsunción.

Respecto a la verdad real, aclara que, para determinarla, se ocupará no de un detalle de las pruebas producidas, sino de un análisis crítico de las mismas, lo que realiza con claridad y precisión. Refiere al contenido de las distintas testimoniales destacando la concordancia que existen entre sí y las relaciona con la documental incorporada al debate, demostrando la coincidencia existente en cuanto a la acreditación de los aspectos esenciales de los hechos imputados.

Otorga especial importancia de la declaración prestada por el testigo Villaverde, director de empleos de la Nación, quien sostuvo que el programa Jefes de hogar,

creado por Decreto N° 565/2002, al ser reglamentado por el Ministerio de Trabajo empleo y seguridad de la Nación, permitió en resoluciones como la 312/2002, que las prestaciones que los beneficiarios del plan debían realizar en beneficio de la comunidad lo pudieran hacer en lugares privados.

Al considerar la ilegalidad de la instrumentación que el Consejo realizó en la implementación del programa, refiere a la Resolución N° 312/02 del Ministerio de Trabajo de la Nación, la cual, en su art. 16, establece la expresa prohibición de exigir aporte dinerario a los beneficiarios para ser parte del plan.

Refiere, sucintamente, a las manifestaciones formuladas por los imputados que hicieron uso del derecho a declarar, destacando el reconocimiento que hicieron de los hechos, pero advirtiendo correctamente, la pretensión por parte del acusado "Jacob", de incorporar circunstancias tendentes a invocar un error de prohibición, con la pretensión de excluir o, al menos, disminuir el reproche. El postulante adelanta al tribunal que- si bien esta cuestión la analizará al ocuparse de la fundamentación legal- debe descartarse la existencia de error de prohibición en el accionar de los imputados.

Concluida la valoración probatoria, incursiona en lo que denomina la verdad de subsunción, adelantando su opinión respecto a que las acciones endilgadas a los acusados son generadoras de un riesgo penalmente relevante, que han lesionado al bien jurídico tutelado y que tales comportamientos tienen adecuación típica en el art. 266 del c.p.

Expone las razones por las que los coimputados revisten la calidad de funcionario público remitiendo a las constancias de la actuación preliminar. En lo que hace al bien penalmente tutelado, expresa- sin extraer las consecuencias jurídicas de tal observación- que, si bien es cierto que el fondo conformado con el dinero obtenido de la ilegítima contribución y que ingresaba a la administración municipal tenía un destino

loable, la tipificación de estos comportamientos no sólo tiende a proteger a la administración contra el obrar ilegal del funcionario, sino también, al patrimonio del particular, quien se ve en la necesidad de efectuar una disposición patrimonial a la que no estaba obligado, todo lo cual- afirma- fue suficientemente acreditado.

Al fundamentar la configuración de la faz subjetiva del tipo se vale del criterio sustentado en doctrina por el Prof. Ramon Ragues I. Vallés, en torno al concepto del dolo y a la forma de acreditarlo en el proceso penal, realizando una correcta aplicación al caso. Afirma la antijuridicidad de la acción al descartar la existencia de causales de justificación, en particular el estado de necesidad justificante; negando, además, supuestos que pudieran excluir el reproche penal, dado que todos los acusados gozaban de un ámbito de autodeterminación que permite exigirles la realización de una conducta conforme a derecho. Dedicó un especial análisis a la inexistencia de un error de prohibición por considerar acreditado el conocimiento de la norma prohibitiva, en especial teniendo en cuenta el contenido del art. 17 del decreto, en el que se establece expresamente la responsabilidad penal para quienes se aparten de las directrices fijadas para la aplicación del plan.

Pasa luego a ocuparse del carácter jurídico que corresponde otorgar a la pluralidad de comportamientos, afirmando que deben ser considerados como un delito único, expresando las razones de tal aseveración. Para ello constata y da por configurados los elementos que caracterizan al delito continuado: Si bien son varias acciones ejecutadas en momentos diferentes, se trata de un mismo bien jurídico lesionado por la pluralidad de actos; homogeneidad en los comportamientos individuales, y unidad de resolución.

Se vale de las enseñanzas de Roxin y Jakobs para determinar la autoría en los delitos de infracción al deber- como el que considera materializado en la causa - y concluye

imputando coautoría del delito de exacciones ilegales, en razón de que todos los acusados estaban, por su función y rol, obligados al cumplimiento de un especial deber extrapenal correspondiente a su condición de funcionario público.

En cuanto a la pena, con cita doctrinal, señala que la pena justa es la pena proporcional al hecho; que habrá de considerar la extensión del daño y el principio de culpabilidad como determinantes para su cuantificación, destacando que la culpabilidad funciona como límite de la imputación personal y del contenido del reproche. Refiera a las pautas del art. 41 del c. p., pero sin efectuar la necesaria vinculación con la presencia o ausencia de estas condiciones en cada uno de los acusados. Señala, de manera general, como circunstancia agravante, la edad y educación de los acusados y como atenuante la carencia de antecedentes y los motivos que lo llevaron a delinquir (el loable fin de conseguir dinero para pañales, medicamentos, etc., para la comunidad), solicitando en consecuencia la pena de 4 años de inhabilitación especial y un año de prisión de cumplimiento condicional para cada uno de los acusados. Respecto a las normas de conductas, del art. 27 bis del c.p., las deja librada a criterio del tribunal para su determinación en base a la sana crítica racional.

De todo ello, puede concluirse que el postulante Dr. Nardiello, ha formulado un alegato de manera coherente y con rigor lógico, buen uso del lenguaje normativo, demostrando solvencia en el conocimiento y aplicación de las categorías jurídicas y de la bibliografía más moderna, tanto nacional como extranjera. Las citas legales han sido oportunas y correctas, tanto las pertenecientes al derecho sustantivo como al adjetivo. Todo ello expuesto armónicamente, valiéndose de un discurso persuasivo en consideración su rol y dentro del tiempo asignado (21 minutos).

Como debilidad en su exposición destaco un importante déficit en la fundamentación de la no acusación por el delito de peculado de servicio. Y esta observación crítica no

debe entenderse en el sentido de que el suscripto considere que se debió acusar por tal delito- aspecto éste que se presenta, al menos, como opinable- sino, reitero, en el de una falta de argumentación que permita conocer qué razón tuvo en cuenta para descartar su configuración.

En verdad, la única referencia que formuló el postulante sobre esta cuestión, fue la invocación de lo declarado por el testigo Villaverde, director de empleos de la Nación, quien sostuvo que el programa Jefes de hogar creado por Decreto N° 565/2002 al ser reglamentado por el Ministerio de Trabajo empleo y seguridad de la Nación, permitió en resoluciones como la 312/2002, que las prestaciones que los beneficiarios del plan debían realizar en beneficio de la comunidad lo pudieran hacer en lugares privados. De allí, al parecer, extrajo la conclusión, de que no se habría desnaturalizado el destino de las prestaciones de los beneficiarios del plan, y por ello no se daría el delito de peculado. Sin embargo, el mismo Dr. Nardiello, más adelante en su exposición, al analizar los objetivos perseguidos por el programa de asistencia creado por Decreto 565/02, luego de enfatizar que la finalidad era garantizar a los jefes o jefas de hogar que carecían de ingresos un monto mínimo dinerario mensual para las necesidades básicas del grupo familiar, sostuvo que los pertenecientes al plan respondían a esta realidad, mientras que *las prestaciones que brindaban los beneficiarios no encuadraban en la norma*, y menos aún el pago de los montos dinerarios que se les exigía abonar.

Más allá de la importancia del testimonio de un funcionario con conocimientos especiales sobre el tema, y siendo que la legalidad o ilegalidad de un acto sólo puede determinarse en función de lo que la norma fije al respecto, lo que correspondía era interpretar las disposiciones específicas (Decreto 565/02 y su reglamentación por Resolución N° 312/02 del Ministerio de Trabajo de la Nación) para ver si se dio o no tal

desnaturalización ilegal en cuanto al destino de la prestación que debía efectuar el beneficiario del plan. Y esto es lo que estuvo ausente en la exposición del postulante, a pesar de haber contado con suficiente tiempo disponible, ya que su alegato insumió 21 minutos, por lo que disponía de cuatro minutos más al momento de su finalización.

Puede parecer en este aspecto, excesivamente rigurosa la crítica formulada, más aun, si se tiene en cuenta la muy buena exposición del postulante. No obstante, entiendo que la observación no es desmesurada si recordamos que, conforme a los precedentes “Tarifeño” (CSJN,Fallos,325;2019) y “Mostacio” (CSJN,Fallos 327:120), sin acusación fiscal no puede haber condena. Es por tal razón que corresponde ser exigente respecto a la fundamentación, a efectos de que todos los interesados en el buen funcionamiento de la justicia, puedan conocer las razones por las que se desiste de formular acusación, evitando cualquier suspicacia al respecto. Máxime cuando- como es en este caso- al no haber acusación privada, no cabe pensar en instancia recursiva alguna, convirtiéndose el fiscal de Cámara en el intérprete último de la normativa aplicable.

Otra debilidad, la que, sin duda, reviste menor importancia que la anteriormente señalada, tiene que ver con la carencia de citas jurisprudenciales.

Por todo ello considero que el puntaje que corresponde asignar a su exposición es de **77 puntos.**

3.- DI MASI, GERARDO RAMÓN.

Resulta muy difícil evaluar una exposición que duró tan solo cinco minutos y cinco segundos, de los cuales, cuatro minutos se destinó al relato de los hechos individualización de los autores y pruebas rendidas, y tan sólo un minuto a la calificación legal, participación y solicitud de pena.

Acusó por el delito de exacciones ilegales, teniendo a los acusados por coautores, y pidiendo para cada uno de ellos la pena de 2 años de prisión e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

Entiendo que un alegato que no expone razones para justificar el encuadre legal, más allá de un mero análisis exegético del tipo penal, y que no se ocupa de ninguna de las circunstancias que podrían configurar factores de agravamiento o atenuación, ya sea que éstas tengan incidencia para definir el encuadre legal (por ejemplo, exigencias que pudieran ser consideradas para la subsunción de los hechos en la figura de exacciones ilegales agravadas) o para la determinación de la pena en concreto; de exponer razones para acusar por coautoría, ni fundamentar el por qué de la no acusación por el delito de peculado de servicio, entre tantas otras cuestiones que debió abordar, se le deben restar puntos en relación a las exposiciones de otros concursantes que sí se ocuparon de estas importantes cuestiones.

La tarea del fiscal no se agota en individualizar los hechos que se tienen por probados y dar el nomen iuris del delito, sin explicar las razones por las cuales considera configurado tal ilicitud penal, porque ello puede menoscabar el derecho de defensa del acusado al verse dificultada su posibilidad de cuestionar la acusación, por desconocer los fundamentos de la misma.

Por todo ello considero que el puntaje que corresponde asignar a su exposición es de:
40 puntos.

4.- FERRARIS, MARÍA LAURA:

Comienza su alegato realizando un relato preciso de los hechos imputados, distinguiendo dos grupos de acciones, configurativos de otros tantos delitos. Nombra a

las personas imputadas, a las que habrá de acusar como coautores del delito de peculado de servicios y de exacciones ilegales agravadas, en concurso ideal.

Relaciona cada uno de estos dos grupos de hechos con las pruebas producidas en juicio tratándolas minuciosamente y en detalle. La exposición es clara y el lenguaje correcto. La argumentación, en las ocasiones en que expresó fundamentos, fue coherentemente expuesta.

Ahora bien, corresponde señalar las siguientes deficiencias:

Al describir los hechos no precisa, mínimamente, la fecha o el período de tiempo en que habrían ocurrido los mismos. Este es un déficit importante en razón de las implicancias que produce la falta de precisión en lo que relativo a la cuestión temporal (afectación de la defensa en juicio; “non bis in idem” procesal; determinación de la prescripción)

En lo que respecta a la fundamentación jurídica expresada al momento de calificar cada uno de los hechos incurre en imprecisiones y falta de fundamentación. Así, respecto a los hechos que considera configurativos del delito de peculado de trabajos o servicios (no precisó si se trata de trabajos o de servicios), al analizar el tipo objetivo y luego de haber fundamentado correctamente la condición de funcionario público de cada uno de los acusados- con citas del código penal, Convención Interamericana contra la corrupción y Ley de ética pública, interpretándolas armónicamente- nada dice respecto a por qué las prestaciones a las que estaban obligados los beneficiarios del plan pueden ser catalogados como servicios o en su caso, como trabajos, conforme a la acepción que doctrina y jurisprudencia brinda a estas expresiones legales, que, por cierto no son sinónimos. Pero además, cuando se ocupa del aspecto subjetivo del tipo, para dar por configurado el dolo, descarta la relevancia de cuestiones que, en todo

caso, tendrían relación con aspectos que hacen a la configuración o no de causas de justificación o de inculpabilidad.

Esta falta de precisión en el tratamiento de cuestiones que tienen que ver con la antijuridicidad y con la culpabilidad motivó que el jurado interrogara a la concursante sobre estos temas, al finalizar su exposición. En primer lugar, se le consultó cuál sería la réplica que formularía a la defensa si ésta sostuviera en su alegato que los autores actuaron en error de prohibición o si alegara la configuración de un estado de necesidad justificante. En forma dubitativa, la postulante sólo se limitó a expresar- sin dar razones- que no habría tal error de prohibición porque no se dan las condiciones de configuración del mismo, pero obviando toda referencia a tales condiciones. Respecto al estado de necesidad justificante, sostuvo que no se configuró esta causa de justificación, y que, en todo caso, si se admitiera un estado de necesidad sería sólo exculpante, pero que, a su criterio, tampoco se daban las condiciones para el mismo. Ante esta falta de precisión, el Jurado solicitó que manifieste porqué sostuvo que no se daban las condiciones del estado de necesidad justificante, a lo que respondió que no existía un bien de mayor valor a ser salvado. Esto llevó a una nueva pregunta pidiéndole a la Dra. Ferraris que exprese razones para descartar el estado de necesidad exculpante, respecto al cual no se exige que el mal que se evita sea mayor que el que se causa, respondiendo la concursante que no creía que haya existido un verdadero conflicto de bienes.

Como se podrá apreciar, en algunos casos, como ocurrió respecto al planteo de un posible error de prohibición, las respuestas no han sido acompañadas de fundamentos que avalen tal conclusión- lo que resulta necesario para cuestionar los planteos defensas-; y, en otros, las razones expresadas fueron autocontradictorias: En efecto, si, como sostuvo la postulante, no existió colisión de bienes, ésta debió ser la razón

que invocara para excluir cualquier situación de necesidad (sea justificante o exculpante) y no- como afirmó al descartar el estado de necesidad justificante- la falta de un bien o interés preponderante.

Por otra parte, y volviendo al contenido de su exposición, tampoco brindó razón alguna para sostener que la relación concursal entre los delitos de peculado de servicio y exacciones ilegales es de carácter ideal. No estoy cuestionando el tratamiento dado a la relación concursal (concurso ideal en vez de concurso real), sino la ausencia de fundamentación en la elección. Esta carencia de fundamentos, también se manifestó en el encuadre en el tipo calificado de exacciones ilegales, al no destacarse en la exposición cuál era la circunstancia agravante que se dio por acreditada en el hecho y que resulta aplicable *a cada uno de los imputados*, al ser todos acusados a título de coautores.

Otra debilidad que puede señalarse al alegato, tiene que ver con la falta de determinación de la relación jurídica existente entre cada uno de los servicios pagados por la administración y brindados en beneficio de terceros- y en algunos casos en beneficio propio de los funcionarios imputados-, ni de la existente entre las diferentes exigencias ilegales del pago de un canon al Consejo. ¿Concurso ideal? ¿Delito continuado? Téngase en cuenta que se ha considerado a cada uno de los acusados como penalmente responsable a título de coautor de cada uno de estos hechos, por lo que el tratamiento de esta cuestión resultaba necesario.

Finalmente, y vinculado a la observación del déficit de fundamentación, cabe destacar que esto también se evidenció en la respuesta a otro de los interrogantes formulados por el jurado. Cuando se preguntó a la concursante respecto a qué administración pública consideraba afectada por estos ilícitos, respondió que, aún en el caso de los hechos tipificados como exacciones ilegales agravadas, resultó afectada la

administración federal. Siendo que el importe que se solicitaba fue ingresado para formar un fondo de asistencia social manejado por la administración municipal y los funcionarios que lo solicitaron también pertenecían a la administración municipal, correspondía que la concursante expusiera razones para considerar afectada a la administración nacional.

Otras observaciones que caben formular, tienen que ver con la falta de citas doctrinales y jurisprudenciales. En lo normativo, también pudo percibirse una carencia en el análisis de las disposiciones que regulaban el plan asistencial (programa jefes y jefas de hogar creado por Decr.565/2002 y reglamentado por Resolución 312/2002) al que mínimamente hay que referir para explicar por qué se consideran configurados los delitos imputados a los acusados.

Concluyendo con su alegato, la concursante Dra. Ferraris, solicitó la pena de tres años de prisión en suspenso e inhabilitación absoluta perpetua. Para ello consideró como circunstancias agravantes la naturaleza de los hechos, la cantidad de los mismos, el grado de instrucción de los autores y, como atenuante, la falta de antecedentes de los acusados, poniendo en relación a los criterios establecidos en los arts. 40 y 41 del C.P., en una remisión genérica. Solicita además, la aplicación por parte del tribunal, de las reglas de conductas establecidas en el art. 27 del c.p.

Cabe destacar que la postulante expuso su alegato en quince minutos, por lo que disponía de diez minutos más (contabilizando la prórroga de cinco minutos que se autorizó agregar a los veinte establecidos), por lo que las deficiencias señaladas no pueden entenderse como producto de una falta de tiempo disponible para su exposición.

Por todo ello considero que el puntaje que corresponde asignar a su exposición es de:

55 puntos.

5.-LEON, ESTELA SANDRA FABIANA:

El alegato se integra con una primera parte en la que se relata circunstanciadamente los hechos, se individualizan a los autores, se analizan las condiciones sustanciales y procesales de perseguibilidad, en particular, demostrando que no ha transcurrido- entre cada uno de los distintos actos a los que la ley le otorga efecto interruptor- el tiempo fijado en el código penal para la prescripción de la acción penal.

El relato de los hechos es prolijo y con una precisa determinación del tiempo en que habrían ocurrido. Realiza, con destacable rigor lógico, un correcto y completo análisis de las pruebas documentales y testimoniales de la causa que demostrarían, a juicio de la concursante, cada uno de los elementos constitutivos del delito.

Luego de la determinación de los hechos y valoración de las pruebas, la postulante adelanta cuál será el encuadre jurídico que dará a tales hechos. Advierte que, a diferencia del requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio, acusará sólo por exacciones ilegales (art. 266 del c.p.), pero no por peculado de servicios, por considerar no configurados los requisitos típicos de este delito. Esto la lleva a observar que, en rigor, no correspondía que la causa tramitara ante la justicia federal, sino provincial.

La razón que invoca para descartar el delito de peculado de servicio es la de considerar que el plan asistencial jefes y jefas de hogar no requiere por parte del beneficiario la realización de un “trabajo” como lo exige el correspondiente tipo penal, ya que, para que se dé tal situación se requeriría el pago de un “salario”, siendo que, en el caso analizado, lo que se otorga al que se incorpora al plan asistencial es un “beneficio”. Invoca al principio de legalidad, con jerarquía constitucional, como límite al alcance que puede darse por vía interpretativa a la disposición prevista en el art. 261, segunda parte, del c. p., concluyendo en que pretender subsumir en tal figura, supuestos en los

que se otorga un beneficio, cuando ésta sólo capta el empleo en beneficio propio o de terceros de trabajos o servicios, sería lesivo del principio de legalidad. Por otra parte, destaca que el importe del beneficio fue efectivamente percibido por los beneficiarios del plan.

Esta interpretación del delito de peculado de servicios que formula la concursante, presenta aspectos positivos y aristas cuestionables, de las que me he de ocupar a continuación.

En primer lugar, es elogiable la preocupación manifestada por la Dra. León, por el irrestricto respeto a uno de los pilares de un derecho penal de garantías, propio de todo Estado de Derecho, como es el principio de legalidad penal, consagrado no sólo en nuestra Carta Magna (art. 18 de la C.N.), sino también en Tratados con jerarquía constitucional. Desde esta perspectiva, corresponde destacar positivamente la preocupación- expresada por la concursante- por evitar caer en integración analógica ampliando por vía interpretativa los alcances del tipo penal.

Sin embargo, cabe al mismo tiempo señalar como una debilidad, el no haber desarrollado las razones que llevan a la concursante a descartar a la contraprestación exigida a los beneficiarios del plan por el Decr. 565/2002 y sus resoluciones reglamentarias (como la 312/02 del Ministerio de Trabajo, del 16 de abril de 2002), el carácter de “servicios” -que es el otro supuesto, junto al “trabajo”, que prevé la ley para la configuración del delito de peculado, contemplado en el segundo párrafo del art. 261 del c.p. – No hubo al respecto ninguna mención al significado que la doctrina nacional ha elaborado para esta expresión. Tampoco se invocó jurisprudencia alguna que avalara tal postura. Sólo se descartó la existencia de un “sueldo” con lo que se puso en cuestión la posibilidad de entender que se trate de un trabajo, pero no resulta suficiente para descartar al servicio. La referencia a que lo que se otorgaba era un “beneficio”-

que puede ser válido como observación- no se relacionó con un concepto de “servicio” que permitiera descartar su configuración, y a partir de allí negar el encuadre típico. Luego de descartar la configuración del delito de peculado de servicio, se ocupa la postulante de exponer las razones por las que entiende procedente la acusación por el delito de exacciones ilegales (art. 266 del c. p.), atribuyendo responsabilidad en calidad de coautores a cada uno de los acusados. El desarrollo que efectúa es muy completo. Con un lenguaje jurídico destacable, en forma clara, fundamenta con precisión, los alcances de la acusación, evidenciando un muy buen manejo de las categorías jurídicas. Respecto al delito de exacciones ilegales, sostiene que al ser un delito especial propio, sólo pueden ser autores quienes reúnan la calidad de funcionario público, determinando por qué, cada uno de los acusados, tenía al momento del hecho tal condición, y destacando al respecto que, el carácter “ad-honorem” de la actividad realizada, no es óbice para considerar funcionario público al prestador de tal función. Considera debidamente acreditado que los montos pagados fueron ilegalmente requeridos por los acusados en abuso de sus funciones, como también el destino final de aquellos, esto es, la formación de un fondo social administrado por el Consejo con fines asistenciales.

Descarta que tal finalidad pueda servir para exculpar, ni menos aún justificar por situación de necesidad, dado que, la entidad del mal no lo permite. Señala- sin extraer consecuencias de ello- que el bien tutelado no es sólo la “administración pública” sino también el patrimonio de los particulares, que se ven afectados con la ilegal contribución exigida.

Explicita que, a pesar de que fueron varias las exigencias de pago, todos ellos constituyen un solo hecho: Hubo un solo plan delictivo y por lo tanto una unidad de acción, por lo que debe ser tratado conforme a lo dispuesto por el art. 54 del c.p. Al

respecto cabe observar que, a mi criterio, la fundamentación expuesta estaría demostrando el carácter de delito continuado, por lo que la cita legal no sería correcta, al referir el art. 54 al concurso ideal. Sin dudas, en el concurso ideal también se da una unidad de acción- o de hecho- aunque fundado en razones diferentes al delito continuado.

Acusa a todos los imputados como coautores del delito de exacciones ilegales. Llega a tal conclusión tomando como pauta para la determinación de la autoría la teoría del “dominio del hecho” y aplicando el criterio. mayoritario en doctrina, respecto a que, para la coautoría se necesitan, al menos, tres requisitos esenciales: 1-plan común; 2- co-dominio del hecho y 3.- aporte funcional individual; (debió agregarse, en el tramo de ejecución). Considera acreditado que todas estas condiciones se han dado en relación a cada uno de los acusados, citando las pruebas que evidenciaron la existencia del plan común; ocupándose, de manera clara y convincente, de individualizar el aporte al hecho que hizo cada uno de los imputados y el por qué de la esencialidad de éstos. La adecuada fundamentación de la coautoría- destacó la concursante- constituye un deber, porque así lo exige el principio de culpabilidad individual, lo que puede considerarse plenamente logrado en su alegato.

Al solicitar la pena, se encarga de diferenciar los distintos merecimientos al que se hacen pasible *cada uno de los acusados* en función de los diferentes roles- y con ellos, distintas responsabilidades-, tomando en consideración las circunstancias individuales para plasmarlo en una petición de pena en concreto. Es destacable el acierto de la concursante al solicitar distintas sanciones cuando existen diferentes situaciones personales a considerar en la determinación en la pena en concreto. Esto le permitió evitar caer en el error de parificar la sanción por el sólo hecho de que todos hayan sido imputados a título de coautores. Es plenamente consciente –y así lo puso de manifiesto

en su alegato, que- para un sector jurisprudencial que invocó expresamente (Voto de la minoría en la causa “Amodio” CSJN)- la pena solicitada por el fiscal condiciona al tribunal, al no poder aplicar éste una pena mayor a la solicitada por el ministerio público para cada uno de los acusados. Esta posición a la que hizo referencia la concursante, si bien minoritaria, fue el criterio adoptado por la Sala 4 de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Argüello” (del 12/12/07), por lo que la cita, además de pertinente, es actual.

Es también loable- y evidencia que la concursante tiene en claro que el rol del fiscal no es ser un acusador a ultranza, sino que debe velar por la legalidad del proceso- que haya señalado la desmesurada duración de la causa como factor a tener en cuenta por el tribunal- en beneficio del condenado- al momento de determinar la pena en concreto.

En base a tales consideraciones y demás condiciones contempladas en el art. 41 del c. p., solicita distintos montos de penas (la de inhabilitación), para cada uno de los acusados, peticionando el carácter condicional de la pena de prisión. Esto lo funda, en dos razones: la actitud posterior al delito y en los motivos que lo llevaron a delinquir, esto último, en razón de la finalidad de intentar paliar la difícil situación por la que atravesaba la comunidad, destinando el dinero ilegalmente requerido, al cumplimiento de fines sociales en pos de los más carenciados. Solicita en consecuencia, la imposición de reglas de conductas previstas en los puntos 1º y 8º del art. 27 del c. p., por el término de un año.

Solicita el decomiso del dinero remanente que pudiera haber quedado producto del ilícito, en base a lo dispuesto por el art. 23 del c. p. Finalmente peticona al Tribunal se remitan las actuaciones al órgano que corresponda a efecto de que se investigue la concesión de un beneficio a una persona de apellido Carballo, que al parecer, recibiera el beneficio sin reunir las condiciones necesarias para integrar el plan.

Cabe destacar la oratoria, el muy buen manejo del lenguaje jurídico, claridad expositiva y coherencia interna de la argumentación, solvencia en el tratamiento de los temas y capacidad persuasiva conforme al rol. Si bien no abundó en citas doctrinales ni jurisprudenciales, se ha valido para fundamentar su petición de los criterios predominantes, lo que, de manera indirecta, demuestra el conocimiento por parte de la concursante del estado actual de discusión en las ciencias penales en torno a los temas abordados en su en su alegación.

La postulante ha excedido en dos minutos, el tiempo máximo asignado para la exposición.

Por todo ello considero que el puntaje que corresponde asignar a su exposición es de:
85 puntos.

6.- BAIGÚN, GABRIELA BEATRIZ.

Inicia su alegato con una descripción precisa y detallada de los hechos que considera debidamente acreditados, dividiéndolos en dos grupos: por una parte, las solicitudes formuladas por los miembros del Consejo consultivo del Municipio de Bovril a los interesados en aprovechar los servicios de los beneficiarios de los planes de jefes y jefas del hogar consistentes en \$50 por personal masculino y \$30 por personal femenino; y por otra igual exigencia efectuada a algunos de los beneficiarios del plan como condición para mantenerlos dentro del mismo, a los que la concursante califica de manifiestamente ilegal, producto de un abuso funcional de los acusados, ejecutados de manera continua y permanente. Individualiza a los autores de tales exigencias y determina con precisión, el lapso temporal en que habrían ocurrido los mismos.

Advierte que va a solicitar la absolución en relación a los hechos que vienen requeridos como constitutivos del delito de peculado, y expone dos razones como fundamentos del

pedido de absolución. En primer lugar, considera que tales hechos son atípicos del delito de peculado de servicio, debido a que el tipo correspondiente exige que se trate de un trabajo o servicio remunerado por la administración el cual, para ser típico, debe utilizarse en beneficio propio o de un tercero. Observa que, en los hechos imputados- a diferencia de lo requerido por el tipo del art. 261, segunda parte del c.p.- la naturaleza de los planes de jefes y jefas del hogar no son ni “trabajos” ni “servicios”. Si bien los fondos provenían de la administración pública nacional, no estaban destinados a remunerar trabajos ni servicios, sosteniendo que, en todo caso, tales fondos pueden ser considerados una “dádiva”.

Explica que, si bien el plan exige de parte de los beneficiarios el tener que participar en actividades de capacitación o comunitarias como contraprestación del beneficio otorgado, al no ser ésta una condición esencial para seguir percibiendo el beneficio- esto es, la no realización de las actividades no producen como consecuencia la pérdida del beneficio- mal puede afirmarse que se trate de un trabajo o servicio remunerado por la administración, como lo exige el correspondiente tipo penal. Como demostración de que esto es así, la concursante invoca la realidad que se da en otras comunidades, como en la ciudad de Buenos Aires, en que los beneficiarios del plan no han participado de las actividades comunitarias y sin embargo continuaron percibiendo el beneficio.

Como segunda razón, invoca, subsidiariamente, que aún cuando no se compartiera la atipicidad del comportamiento, el mismo decreto 312/02 establece a partir de su art. 13 el procedimiento a seguir, previo a la actividad de capacitación de los beneficiarios. Y en la causa no se ha logrado acreditar- y como fiscal se hace cargo de ello- que se haya llevado a cabo tal procedimiento previo a las actividades de capacitación que se requiere a los beneficiarios. Sólo se comprobó que algunos beneficiarios realizaban

tareas en beneficio de particulares, pero esto, sostiene, en sí mismo no es suficiente para acusar por peculado de servicio, si no se demostrara que se cumplió con el procedimiento previo establecido en el art. 13 del dec. 312/2002.

Cabe destacar que el argumento expresado por la concursante, es realmente ingenioso y bien expuesto. Y tiene la virtud de haber construido la solución tomando en consideración la normativa que regula el plan jefes de hogar, en base a la cual concluye que las prestaciones de los beneficiarios no pueden ser considerados “trabajos” ni “servicios” No obstante, presenta como debilidad, la errónea incorporación de presuntos datos empíricos como otro de los argumentos dados para llegar a tal conclusión. No puede darse como fundamento jurídico un dato fáctico, el que, además, no ha sido rigurosamente verificado. Esto es, no puede afirmarse que el incumplimiento de la contraprestación por parte del beneficiario era irrelevante, basándose en el hecho de que en muchas comunidades se ha incumplido con tal compromiso sin que ello haya significado la pérdida del beneficio para el incumplidor. Esto llevó al Jurado a formular observaciones sobre esta debilidad, siendo admitida por la propia postulante que tal afirmación no debería tomarse como una argumentación jurídica sino como una simple observación.

No obstante lo anteriormente observado, cabe destacar que, la Dra. Baigún expuso otras razones para concluir en la atipicidad de los hechos respecto al peculado, por no tratarse ni de trabajos remunerados ni de servicios: consideró que se trataba de una dádiva estatal. Y en verdad, de la lectura del Decreto 565/2002, como de la Resolución 312/002, puede colegirse que, la prestación de servicios en beneficios de particulares no estaba prohibida. El art. 12 de la Resolución 312/02 establece la participación de los beneficiarios del plan asistencial en actividades de capacitación o comunitarias, como contraprestación del beneficio percibido. Es decir que, no necesariamente la

actividad debía ser en beneficio de la comunidad o de la administración. El art. 8° de la Resolución 565/02, admite la inscripción en el Registro de empleadores a instituciones privadas dispuestas a incorporar a los beneficiarios del programa para el desarrollo de actividades laborales. Por lo cual, puede admitirse como una interpretación posible, que estos planes tenían como objetivo -en un contexto de crisis ocupacional- garantizar un ingreso mínimo al jefe de hogar, lo que hace dudoso entender que tales importes puedan ser considerados pago o remuneración por un trabajo o servicio. Por otra parte, la exigencia al beneficiario del plan, de cierta contraprestación, parece orientada más a garantizar su capacitación con vista a una salida laboral, que bien podía ser cumplida en instituciones privadas. Todo lo cual, permite admitir como posible la interpretación formulada por la concursante, independientemente de la opinión que al respecto pueda tener el suscripto. Sólo corresponde, y así lo hago, evaluar la plausibilidad de la solución brindada.

Para concluir con la merituación de esta parte de la exposición, debo señalar como otra debilidad, la de no haber hecho referencia alguna a la interpretación que la doctrina nacional hace de la expresión "servicios". Igual observación cabe formular, respecto a la falta de referencia a criterios jurisprudenciales sobre esta cuestión.

La Dra. Baigún, luego de exponer las razones por las que, en su momento, solicitaría la absolución por peculado de servicio, pasó a calificar penalmente los hechos que tuvo por acreditados. Los encuadró en el tipo de exacciones ilegales, cometidas en forma continuada. Fundamentó el carácter de delito continuado al constatar la existencia de un factor final que es idéntico en cada uno de los hechos; pluralidad de movimientos pero constitutivos todos de una sola acción. Un único delito en forma continuada durante el lapso de tiempo que oportunamente señalara. Expresa que esta calificación no produce afectación al principio de congruencia-adelantándose a una posible

objección por parte de la defensa- porque se solicitó en forma oportuna- y el tribunal lo admitió- procediéndose a ampliar la imputación por el carácter continuado de los hechos, por lo que no podría alegarse una lesión al derecho de defensa en juicio por parte de los acusado, citando en su apoyo fallos de la CSJN, al entender que no se ha sorprendido a la defensa con acusaciones que desbarataran la utilización de posibles estrategias defensivas.

Siendo que el delito de exacciones ilegales es un delito especial, la calidad de funcionario público exigida por el tipo debe estar presente en cada uno de los sujetos que vayan a ser considerados autor, y esto- sostiene la concursante- ha sido debidamente acreditado en juicio, al ser cada uno de los imputados integrantes del Consejo consultivo municipal de Bovril, razón por la cual, al haber existido un co-dominio funcional del hecho, no existe impedimento para imputarlos como coautores de este delito en su modalidad continuada: Todos eran funcionarios públicos, elaboraron un plan común, realizaron aportes al hecho y reunían la calidad de garantes del destino de los fondos que manejaban.

Se ocupa luego de referir a las pruebas que acreditan los comportamientos (detallándolas), la esencialidad de los aportes y la identidad de los coautores. En consonancia con la descripción inicial que realizara de los hechos dividiéndolos en dos grupos, aquí también trata de manera diferenciada las conductas que consistieron en exigir el pago a los usufructuarios del servicio prestado por los beneficiarios del plan y las acciones que importaron requerir el pago a los mismos beneficiarios.

Destaca también, en torno a la consumación del delito, que si bien es cierto que algunos de los beneficiarios reconocieron que no llegaron a pagar los importes requeridos, igualmente está consumado el delito en razón de que es suficiente con la exigencia ilegal, sin que sea necesaria la percepción material de lo exigido.

Se adelanta a un posible planteo defensivo en el sentido de que pudiera haberse configurado una causa de justificación en virtud de la especial situación social que se estaba viviendo al momento en que ocurriera el hecho, descartando su configuración. Para ello se basa en el informe- incorporado a la causa- de la Directora de Estadísticas y Censos de Entre Ríos, que da cuenta que en Bovril no se daba una situación diferente a la que se vivía en otras regiones de la provincia, razón por la cual- concluye la concursante- no resultaba necesario el proceder de los imputados. De igual manera, y ante la posible alegación de un error de prohibición, considera que no resulta admisible en razón del nivel de instrucción- en algunos casos, universitaria- de los autores, anticipando que, por el contrario, esta situación de nivel de formación, será merituada al momento de proponer la pena como una causal de mayor reproche al tener mayor posibilidad de motivarse en la norma.

Al solicitar la pena, realizó una ponderación particularizada peticionando, en consecuencia, penas diferenciadas para cada uno de los acusados. Destacó que consideraba como circunstancias atenuantes para todos, la falta de antecedentes y el destino dado a los fondos productos del ilícito; y como agravantes la pluralidad de hechos –que si bien constituían un delito único por tratarse de un delito continuado- produjeron una mayor afectación al bien jurídico tutelado.

Respecto a la normativa citada respecto al delito continuado, refiere al art. 54, el cual, si bien contempla situaciones de unidad de acción- unidad de hecho- tiene un fundamento distinto al delito continuado, por lo que, considero, la cita legal no fue correcta.

Antes de concluir solicita se testimonien las actuaciones correspondientes a las declaraciones que sindicaron a la hija del ex intendente Jacob, de haber solicitado en varias oportunidades dinero en nombre de su padre, sin que nunca haya sido indagada

sobre el hecho. Al respecto cabe formular la siguiente observación: Si los hechos imputados, se habrían cometidos- tal como lo sostuvo la concursante en su alegato- en el período que va desde abril a agosto de 2003, y siendo que, el delito de exacciones ilegales tiene una pena máxima de cuatro años de prisión, la acción penal ya se habría extinguido en el año 2007, por lo que no debería haber solicitado que se promueva la acción. No obstante, y dado que no se cuenta con los antecedentes de la hija de Jacob, no cabe cuestionar la propuesta de la concursante, dado que no se puede descartar –por no contar con el informe del Registro Nacional de Reincidencias- que esta persona tenga una condena firme por un hecho cometido con posterioridad al que se investigará, y, con ello, se haya interrumpido la prescripción de la acción penal por comisión de un nuevo delito

Respondió, en general, satisfactoriamente las preguntas formuladas por el Jurado. Ante el interrogante respecto a si, de haberse configurado el delito de peculado de servicios, en qué relación cree que estaría con el de exacciones ilegales, respondió, en relación de concurso real. Cuando se le solicitó que exponga las razones por las que descartó el peculado de trabajo o de servicio, se explayó sobre fundamentos expuestos en su alegato, destacando la naturaleza predominantemente asistencial por sobre la de remuneración por trabajo o servicio. Fue entonces cuando admitió, ante observaciones del jurado, que la referencia a datos empíricos, que hiciera en su alegato, no constituye una razón jurídica en aval de su posición, sino un comentario sobre la realidad, producto de una simple observación personal. Cuando se le pidió que expusiera cuál sería la actitud que adoptaría si el tribunal no aceptara su solicitud de remitir copia de las actuaciones para promover la acción penal respecto a conductas no comprendidas en la acusación pero que de la causa surgían como acontecidas, respondió que lo haría ella misma.

En síntesis, la exposición de la Dra. Baigún cumplió con los requerimientos formales de un alegato, y en cuanto a su contenido fue preciso, coherente, debidamente fundado, con buen manejo del lenguaje y lógica argumentativa, desarrollado dentro del tiempo asignado para la exposición (25 minutos).

A las debilidades ya formuladas en el texto de este dictamen, cabe agregar la falta de citas doctrinales en aval a la postura sustentada en los aspectos esenciales de su acusación.

Por todo ello considero que el puntaje que corresponde asignar a su exposición es de:

79 puntos.

7.- MEINCKE PATANÉ, MARÍA JOSÉ.

Describe los hechos que dan base a la acusación. Refiere a las pruebas producidas en juicio analizándolas en particular, testimonios, documentales, y las alegaciones de los propios imputados que declararon en el juicio. Se ocupa también de referir a la normativa existente en materia del plan asistencial a jefes y jefas de hogar.

En cuanto a la calificación legal, considera a todos los imputados como coautores de los delitos de exacciones ilegales agravadas- nueve hechos en concurso real- todo lo cual concurre materialmente con el delito de estafa contra la administración pública- 9 hechos en concurso real- los cuales, a su vez, concurren idealmente con el delito de exacciones ilegales simple, del art. 266 del c.p.

Al ocuparse de fundamentar el encuadre jurídico de los hechos, explica que: Por un lado, en cuanto a la exigencia de aportes que se formulaban a los beneficiarios de los planes de jefes y jefas de hogar, se configura una coautoría en el delito de exacciones ilegales agravadas, 9 hechos en concurso real. La calidad de funcionario público considera debidamente acreditada respecto a cada uno de los acusados, ya que se

trataba del intendente y de los miembros del comité de crisis. Cataloga a las exigencias de pago bajo amenaza de retirárseles del plan como un abuso de funciones, por ser ellos los encargados de administrar los fondos y otorgar los beneficios. Son nueve hechos, dice, porque nueve son los beneficiarios del plan a los que se les exigió el pago. Aclara que, cada uno de estos pagos- los efectuados por un mismo beneficiario- aparecen vinculados entre sí configurando un delito continuado.

Al respecto cabe formular la siguiente crítica. No fue acreditado en juicio que se exigiera el pago de sumas de dinero a cada uno de los beneficiarios del plan (a pesar de que la concursante sostiene que fue corroborado por cada uno de los beneficiarios que declararon en audiencia de debate). Tampoco pudo la concursante acreditar que las exigencias hayan sido *todas* bajo amenaza de quitarles el beneficio, para dar por configurada la figura agravada en nueve oportunidades. Además, si bien en el relato de los hechos refirió que una de las beneficiarias del plan denunció habersele exigido el pago pero no haberlo efectuado, no analizó desde la óptica jurídica esta situación, esto es, si igualmente da por consumado el delito- como correspondía hacerlo- a pesar de no haber pagado tal importe.

Tampoco explicó ni dio razón alguna para fundamentar el concurso real. Omitió toda referencia a que, desde un principio, existió una decisión única, por parte de los acusados, de celebrar con cada uno de los interesados, un convenio en base al cual se brindaría el servicio de los beneficiarios del plan asistencial, a cambio del pago de una suma de dinero, por lo que, correspondía analizar si se daba una unidad de hecho entre la pluralidad de acciones, configurativo de un delito continuado o, al menos, concurso ideal. Para sostener el concurso real de manera razonada, correspondía demostrar la independencia de las acciones, esto es, la desvinculación existente entre cada una de las exigencias formuladas a cada uno de los beneficiarios, lo que no se

hizo y por lo tanto se constituyó en una mera afirmación dogmática carente de fundamentación.

La única referencia que efectuó la postulante a una continuación delictual, configuradora de un solo delito, fue la existente entre cada una de las exigencias que sucesivamente se hicieron **a un mismo beneficiario**. Esto motivó que el jurado la interrogara, al término de su exposición, respecto a qué respondería a un hipotético alegato defensorista que sostuviera la unidad por delito continuado en razón de la existencia de unidad de resolución, homogeneidad en los comportamientos, bien jurídico apto para una lesión progresiva, etc. La Dra. Meincke Patané, contestó que tal posibilidad no era viable, dado que los bienes jurídicos afectados eran distintos. Esta respuesta, sin desconocer que existen posiciones que exigen identidad del bien lesionado para el delito continuado, no es satisfactoria dado que, en el caso, había un mismo bien jurídico afectado, que es la administración pública. Éste es el bien jurídico principal, por más que, secundariamente, se pueda considerar en las exacciones ilegales, al patrimonio de los particulares como objeto de protección. Si, por el contrario se entiende que el patrimonio de los particulares es el bien jurídico principal, cuesta entender por qué consideró la postulante configurado el delito de exacciones, si medió consentimiento del titular- me refiero al caso en que los importes eran abonados por los particulares que usufructuaban el beneficio- siendo que el patrimonio es un bien esencialmente disponible. La respuesta está, en que el bien jurídico tenido en miras al tipificar este delito, es sin dudas, la administración pública. De allí, su ubicación en el código penal.

El otro delito que considera cometido, es la estafa en perjuicio de la administración pública, siete veces reiteradas, en concurso real; las que a su vez concurren materialmente con las exacciones agravadas e idealmente con las exacciones simples.

Nuevamente la concursante se limita a sostener que habría concurso real, en razón de ser hechos diferentes: Al ser siete los convenios firmados con particulares que empleaban a los beneficiarios, siete serían los hechos defraudatorios en perjuicio de la administración pública.

Al respecto considero objetable que la concursante no haya señalado cuál fue el perjuicio patrimonial sufrido por la administración. Al ser el delito de fraude a la administración pública un delito contra la propiedad, esta afectación constituye un requisito esencial para la consumación del hecho. Y parece difícil aceptar tal lesión a la propiedad del Estado, dado que el beneficio otorgado no requería necesariamente, de parte del destinatario del plan, una contraprestación a favor de la administración. La normativa específica que reglamentó el plan asistencial, admitía expresamente actividades de capacitación por parte del beneficiario. En todo caso, debió explicitar de qué concepto de patrimonio se valió para considerar lesionado el bien jurídico.

Lo que sí puede asegurarse es que no se trató de una estafa como lo sostuvo la postulante, ya que las condiciones de configuración de este delito no estaban presentes en el hecho (ardid o engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio económico) en la secuencia que, tanto doctrina como jurisprudencia, exigen de manera prácticamente unánime.

Por otra parte, la referencia que hace la Dra. Meincke Patané a que tal defraudación se produjo en virtud de que los autores del hecho tenían la administración de los fondos girados por la nación, implica una contradicción con la calificación de los hechos como estafa a la administración, ya que al parecer se está refiriendo a otra modalidad diferente, que es la de abuso de confianza, la que tiene una estructura muy distinta a la del delito de estafa.

Finalmente, entiende la Dra. Meincke Patené que la exigencia indebida a los empleadores de los beneficiarios del pago de \$30 y \$50 - según sea personal masculino o femenino respectivamente-, y \$2 más en concepto de seguro, constituyen exacciones ilegales del art. 266 del c.p., que concurren idealmente con la estafa.

Se anticipa a una posible argumentación defensiva de los acusados, invocando error de prohibición por la falta de claridad de la norma, lo que les dificultó conocer que tal proceder estaba prohibido, descartándolo totalmente. Alega que sólo el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, lo que es correcto. Sin embargo, considero errónea la invocación que realiza la postulante a la condición de funcionario público de los acusados para sostener que esta calidad no les permite eximirse de cumplir la norma, y menos aún- enfatizó- cuando se encuentran a cargo del manejo de fondos públicos. Esta argumentación precisa ser desarrollada para que sirva de fundamento a la aseveración sobre el carácter vencible del error. No basta la condición de funcionario para rechazar la posibilidad de la existencia de un error. De lo contrario, pareciera que esta causal de exculpación nunca podría ser alegado por un funcionario público que tenga a su cargo el manejo de fondos públicos, lo que es claramente desacertado.

En verdad, la argumentación dada por la concursante al descartar el estado de necesidad exculpante- que fuera invocada en su momento por los acusados, refiriendo a la crítica situación por la que atravesaba el país- resultaba más aplicable a la discusión sobre el error de prohibición: La Dra. Meincke Patené, señaló que pesaba sobre los acusados el deber de realizar las consultas pertinentes ante el Ministerio de Trabajo, si tenían dudas sobre la legalidad de las contrataciones con particulares- cosa que no hicieron- o bien, informarse de la normativa existente. Este sí es un argumento válido para descartar la vencibilidad de un posible error de prohibición, no siendo apto,

en cambio, para cuestionar la posible configuración de un estado de necesidad exculpante. Por ello considero que la argumentación no ha sido prolija, al haberse invocado razones idóneas para descartar cierta causas de inculpabilidad (invencibilidad del error de prohibición), al momento de efectuar el tratamiento de otra causal de exculpación diferente (estado de necesidad exculpante).

Cita jurisprudencia de la CSJN para sostener que no habría afectación al principio de congruencia cuando se trata de un simple cambio en el encuadre jurídico si se mantiene la base fáctica de la imputación.

Solicita la pena 4 años de prisión e inhabilitación por 6 años para cada uno de los acusados.

La exposición insumió un tiempo de 17 minutos.

Para concluir con mi dictamen, respecto al alegato formulado Dra. Meincke Patené, considero insatisfactoria la respuesta de la concursante al interrogante formulado por el jurado, cuando se le preguntó por qué optó por el encuadre en el delito de estafa a la administración pública y descartó al peculado de servicio; contestando que: la estafa a la administración la fundamenta en la existencia de un perjuicio patrimonial, que estaría dado en el hecho de haber pagado el Estado por un trabajo que no fue prestado a la administración, pero que no puede hablarse de peculado, porque para ello, el servicio o trabajo indebidamente aprovechado por el autor o por un tercero, tiene que ser realizado por un sujeto que sea empleado de la administración, lo que en este caso no se dio, al no poder ser considerados los beneficiarios del plan, empleados públicos. Esta concepción es francamente equivocada, dado que, si el servicio pagado por la administración es prestado por un sujeto que no es empleado público- por ejemplo, si su relación con la administración proviene de un contrato de obra- y se desvía tal

prestación en beneficio de un tercero, ello no es óbice para afirmar su tipicidad como peculado de servicio.

En conclusión, teniendo en consideración que se trató de una exposición con errores conceptuales en la argumentación jurídica, insuficiente fundamentación y escasa capacidad de persuasión conforme al rol, la calificación que propongo para la concursante es de **52 puntos**.

SEGUNDO DÍA. JUEVES 18 DE DICIEMBRE DE 2008.

EXPEDIENTE 13.455 AV. INF. LEY 23.737.

Hechos: 1.- Se atribuye a Carlos Vaz haber comercializado la cantidad de 0,48 grs. de cocaína en mezcla con cloruro, almidón y cafeína vendiendo la misma en la vía pública a Carlos Mez, el día 20 de abril de 2006 a las 20;22 hs. en inmediaciones del bar ubicado en Arenales entre Falucho y Gascón. Como también el hecho de haber tenido en su poder la cantidad aproximada de 1,86 grs. de cocaína en mezcla con cloruro, almidón y cafeína, con destino a su comercialización el día 21 de abril de 2006, a las 0:30 hs. y que le fuera secuestrado de la zona de los genitales al ser requisado por personal policial en la vía pública frente al bar ubicado en calle Belgrano 2437 de la ciudad de Bs.As.

Por su parte, se atribuye a Carlos Mez, haber tenido en su poder la cantidad de 0,48 grs. de cocaína en mezcla con cloruro, almidón y cafeína, que le fuera secuestrado del interior de su bolsillo del pantalón, al ser requisado por personal policial el 20 de abril de 2002 pasadas las 20:22 en la intersección de las calles Falucho y las Heras de la ciudad de Bs. As., luego de que adquiriera el mismo al coimputado Vaz.

8. CELIZ, FABIÁN ROBERTO E.

Realiza un preciso y circunstanciado relato de los hechos –en el que, incluso, corrige un error material del requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio, en cuanto a la dirección exacta en que se habría producido la requisa del coimputado Mez- con indicación de los autores y referencia a la calificación legal que se le había dado a tales hecho en el Requerimiento de elevación.

Adelanta su discrepancia con los encuadres jurídicos formulados en el Requerimiento de elevación de la causa a juicio, sosteniendo que lo que se calificó- en lo que respecta a los hechos imputados a Vaz- como comercialización de estupefacientes en concurso real con tenencia con fines de comercialización, debían considerarse, en opinión del postulante, al menos provisoriamente, como tenencia para consumo personal. Y la calificación de tenencia simple en relación al hecho atribuido a Mez, no pasaba de ser, en todo caso, una tenencia para consumo personal. No obstante -advierte- en su alegato se encargará de cuestionar estas subsunciones, por razones que oportunamente expondrá.

Pone en cuestión la regularidad en lo que hace a la investigación y descubrimiento de los hechos, la cual, a lo largo de seis meses, sólo logró establecer un único hecho de comercialización, con individualización de un solo comprador- el imputado Mez- en la que se llevaron a cabo procedimientos infructuosos- como los allanamientos, en los que no lograron secuestrarse sustancias estupefacientes- cuestionando incluso la legalidad en cuanto a su realización al contener la orden judicial de allanamiento la cuestionable fórmula –por su ambigüedad e imprecisión- “todas aquellas cuestiones que interesan a la investigación”, la que en todo caso, puede ser admitida como fórmula final- luego de una referencia más precisa respecto al objeto del allanamiento- pero no como fórmula única.

No comparte la calificación jurídica- comercialización de estupefacientes- que se le dio a uno de los hechos imputado a "Vaz", en el requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio. Conforme a la pericia realizada, lo que se secuestró- 0,48 grs. con un 13 % de cocaína- sólo puede alcanzar para cero o una dosis. Por lo tanto, sostiene el concursante, no cuenta con la cantidad necesaria para considerar que lo que se comercializó es estupefaciente, al no llegar lo comercializado al umbral mínimo de, al menos, una dosis. Frente a ello admite no tener acreditado los elementos necesarios para acusar por tal delito. De igual manera, tampoco puede imputar a Mez- el adquirente de la sustancia - el delito de tenencia de estupefaciente, ya que, como correlato de lo expuesto, tampoco respecto a él puede sostenerse que se haya encontrado en su poder "estupefaciente", al no llegar lo secuestrado al umbral mínimo de una dosis de cocaína.

Por su parte, respecto al segundo hecho cuya autoría se atribuye a Vaz, esto es, la tenencia con fines de comercialización, entiende el postulante que sólo podría pensarse en una tenencia para consumo personal.

Recuerda al respecto, que la sustancia secuestrada a "Vaz" se encontraba distribuida en dos envoltorios que en total representaban 1,83 grs.; y que de esos dos envoltorios, sólo el contenido de uno de ellos fue peritado en la misma oportunidad que la sustancia secuestrada a "Mez", arrojando como resultado la comprobación de 0,77 grs., también con 13% de pureza de cocaína, lo que sólo alcanza para una dosis umbral. Mientras que, respecto al segundo envoltorio, que también contenía cocaína, , lo único que obra en la causa es el informe de fs. 195 en el que se deja constancia de que quedaba pendiente la cuantificación de la misma, posterior a la reparación del instrumento necesario, sin que hasta el momento se haya podido determinar el porcentaje de estupefaciente que tenía tal sustancia.

Frente a tal situación, invoca la doctrina sentada, por la sala 1era. de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, resuelta 20 agosto de 1993 en la que se resolvió que: en los casos en que no pueda determinarse la pureza de clorhidrato de cocaína así como tampoco las proporciones de la mezcla en la sustancia secuestrada, no puede establecerse el poder toxicomanígeno, surgiendo el interrogante de si se halla afectado el bien jurídico, no pudiéndose llegar a una sentencia condenatoria al no estar acreditado el cuerpo del delito.

Respecto a la incidencia probatoria que, sobre esta cuestión, asigna a los elementos que contenían restos de cocaína y que fueron secuestrados en el domicilio del acusado Vaz, considera aplicable lo resuelto por la Cámara Federal de Paraná el 31 de agosto de 1995 en la que se sostuvo que: los restos o residuos hallados no pueden ser considerados tenencia de estupefacientes si no puede comprobarse el poder tóxico de la sustancia, lo que impide determinar si en el caso se halla afectado el bien jurídico tutelado.

En concreto, concluye el Dr. Céliz, lo único que tiene por probado es el fin de comercialización, al haberse hallado los elementos que se utilizan para tal fin (bolsitas de nylon, bicarbonato, cuchillos y tarjetas con restos de cocaína), pero- enfatiza- el delito requiere “una tenencia de estupefacientes con fines de comercialización”, por lo que, lo primero que hay que probar es que el acusado tenía estupefacientes. Y es precisamente aquí donde radica la dificultad para su encuadre, dado que se trata de una tenencia de 0,77 grs. que alcanza sólo para una dosis.

Concluye afirmando que, con estos elementos no puede tener la certeza que se requiere a los fines de formular una acusación, para poder aseverar que se trataba de una tenencia de estupefacientes “con fines de comercialización”. La escasa cantidad -

que alcanza para una sola dosis-, el lugar en el que lo tenía oculto, entre otras razones, hacen dudosa su finalidad de comercialización, no pudiéndose descartar que la tenencia haya sido para consumo personal.

No obstante, tampoco acusa por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Aclara que, para desistir de la acusación no va a plantear la inconstitucionalidad del art. 14, inc. 1º parte pre cepto, a pesar de la existencia de antecedentes jurisprudenciales al respecto (cita “Bazterrica” y “Capalbo”) porque va a llegar a la misma solución- la no acusación- en base a otras razones que tienen que ver con la tipicidad: la escasa cantidad de la sustancia, que alcanza sólo para una dosis de cocaína, lo lleva a sostener que no tiene entidad como para afectar el bien jurídico tutelado.

Destaca que al ser éste un delito de tenencia y pertenecer a la categoría de los de peligro abstracto, lo que se castiga- cita doctrina en tal sentido- , es el uso que se le da a la sustancia, que debe ser en condiciones tales que- en el caso de estupefaciente- tenga aptitud para lesionar el bien jurídico salud pública. Y ello- advierte- sólo podría darse en la medida que la tenencia sea en condiciones tales que pudiera trascender a terceros.

Sostiene que la atipicidad del comportamiento puede fundamentarse en base a distintos criterios sostenidos en doctrina, así, por vía de la atipicidad conglobante sostenida por Zaffaroni en base a la insignificancia que impone un límite al tipo objetivo; o bien argumentando que tal proceder- en este caso, la tenencia de una dosis- no llega a constituir un aumento del riesgo jurídicamente relevante que pueda poner en peligro al bien jurídico. Refuerza su argumentación apelando a los límites del lenguaje normativo, en base al cual cabría sostener, que una dosis de cocaína no puede estar captada por la prohibición.

Por todas estas razones, concluye solicitando la absolución por atipicidad de los comportamientos atribuidos al imputado "Vaz": En cuanto a la comercialización de estupefaciente, porque lo comercializado no llegaba a constituir estupefaciente por su escasa cantidad (inferior a una dosis); y en cuanto a la tenencia con fines de comercialización, porque por su escasa cantidad- que sí alcanzaba para una dosis de cocaína- resulta, sin embargo, atípica, por no afectar el bien jurídico tutelado.

A continuación señala las numerosas desprolijidades que pudo observar en la investigación del hecho y trámite de la causa, pero sin plantear nulidad, porque considera que no cambia en sustancia el resultado al que se arribaría, esto es, la no acusación por los hechos imputados. Refiere críticamente a la fórmula usada para determinar el objeto del allanamiento: "todas aquellas cuestiones que interesan a la investigación"; a la deficiente descripción de los hechos al momento de imputárseles en el acto de indagatoria a los acusados, que no cumplió con la exigencia de individualización que requiere la ley (qué clase de sustancia estupefacientes, fechas, condiciones, etc), todo ello agravado por la circunstancia de haber insumido más de seis meses la investigación con muy magros resultados.

Expuesto, de manera sucinta, el contenido de la exposición, corresponde efectuar la evaluación de la misma. Se trató de un alegato desarrollado dentro del tiempo asignado (21 minutos), que dio cumplimiento a los requisitos formales legalmente establecidos, bien expuesto, con buen manejo de lenguaje, y coherencia intrasistemática. Lo que puede ser objeto de observación, son algunas de las premisas de las que partió el concursante para elaborar su argumentación absolutoria, lo que se traduce en un déficit de fundamentación.

Pero antes de ocuparme de estas debilidades de su exposición, quiero destacar la corrección de dos postulados sostenidos por Dr. Céliz: a) Que la declaración de

inconstitucionalidad de una disposición legal debe ser la última instancia, debiéndose optar por otras vías disponibles que puedan llevar a idéntico resultado y, b) Que no pueden integrar el tipo objetivo, comportamientos que carezcan de aptitud para lesionar al bien jurídico penalmente tutelado. Esto último, a mi entender, debe servir como guía para la interpretación del tipo penal y tiene raigambre constitucional.

Ahora bien, el déficit argumentativo al que he hecho referencia, puede percibirse en la siguiente aseveración del Dr. Céliz: *no cuento con elementos que me permitan afirmar, con el grado de certeza necesaria para formular una acusación, que el estupefaciente que Vaz tenía en su poder, estaba destinado a la comercialización, no pudiendo descartar, por lo tanto, que sea para consumo personal.* A partir de esta premisa, arriba a una conclusión desincriminante.

En efecto, fue debidamente acreditado –y esto no fue objeto de cuestionamiento por parte del Dr. Céliz-, que se secuestró del domicilio del acusado “Vaz”, una serie de elementos que suelen ser utilizados en el fraccionamiento de la droga, hallándose en los mismos, restos de cocaína; sumado a una lista con nombres de quienes serían adquirentes o clientes de “Vaz”. A ello hay que agregar las constancias –filmaciones y testimonios- que vinculan a “Vaz”- conocido en el ambiente con el nombre de “Sandro”- en operaciones anteriores de lo que se denomina “pasa mano”, actuando en el mismo bar; también el haber interceptado al coimputado “Mez” con sustancias que previamente había comprado a “Vaz”; el llevar la droga consigo escondido en partes íntimas de su cuerpo, estando en un lugar público; la coincidencia entre las sustancias utilizadas para mezclar la cocaína en el envoltorios encontrados en su poder, respecto a lo que le fuera secuestrado al coimputado “Mez”.

Todas estas circunstancias ponen en cuestión lo afirmado por el concursante, de no contar con elementos que le permitan tener el grado de certeza suficiente para acusar

por comercialización. En todo caso- *y esta es la observación crítica que formulo-* debió haberle destinado el postulante una mayor atención al análisis de estas circunstancias y expresar las razones por las que no las consideró suficientes para llegar al estado conviccional de certeza. Y siendo que su exposición duró 21 minutos, disponía de tiempo suficiente –cuatro minutos más- para dedicarse al análisis de esta cuestión.

Por otra parte- y esta sería otra de las debilidades observadas- considero que no fue lo suficientemente prolijo en la fundamentación de por qué la sustancia secuestrada a “Vaz”- apta para una dosis de cocaína- no podría ser considerada para consumo personal. El argumento dado fue la atipicidad del comportamiento por no afectar al bien jurídico, salud pública. En más de una oportunidad- incluyendo la síntesis final de la exposición sobre esta cuestión- el Dr. Céliz refirió a la escasa cantidad- una dosis umbral- como fundamento para descartar la aptitud de afectación al bien jurídico salud pública. Sin embargo, no queda claro por qué razón se debe exigir que, para ser típica, la tenencia de estupefaciente deba ser de cantidades equivalentes a dos dosis o más. En otras palabras, no ha expuesto el concursante las razones en base a las cuales una dosis umbral no es apta para lesionar –en su modalidad de peligro abstracto- al bien jurídico salud pública, objeto de tutela penal.

La jurisprudencia que el postulante invocó, pone el acento en un aspecto diferente. No se puede considerar afectado el bien jurídico si no se pudo determinar la cantidad y con ello, el carácter de “estupefaciente” de la sustancia. Y la otra razón que se sostiene por parte de la jurisprudencia, es que no habría afectación al bien cuando, por las condiciones de su tenencia, no exista el riesgo de trascender a terceros. Y esto en el caso podría haberse dado- la tenencia en zona íntima del acusado- por lo que la argumentación debió centrarse esencialmente en esta cuestión.

Más aún, debió haber expresado cuáles fueron las circunstancias que le llevaran a pensar que se trataba para el consumo personal, dado que, entre el supuesto del art. 14, segunda parte y el previsto en el art. 5 inc. “c” de la ley 23.737, no existe una relación de contradicción –en el sentido de la lógica formal, de que o es lo uno o es lo otro, sin admitir una tercera posibilidad (tercero excluído). Por el contrario, descartando el fin de comercialización, queda por fundamentar la exclusión de la simple tenencia del art. 5, inc. “c”, de la ley 23.737. Es verdad que, como lo sostuvo la CSJN en la causa “Vega Giménez” del 27/12/06, para no afectar el principio del “in dubio pro reo”, en los casos en que no se puedan descartar que la tenencia es para consumo personal, debe considerarse típico del art. 14, segunda parte, y no del art. 5 inc. “c” de la ley 23.737. Pero entonces, para el Ministerio Público fiscal, no puede ser suficiente con alegar falta de certeza en el fin de comercialización para subsumirlo directamente en el tipo penal del segundo párrafo del art. 14. Tendrá que demostrar que existían circunstancias indicativas de este destino (como lo exige el art. 14, inc. 2) o, al menos, que no cabe descartar esta posibilidad (por exigencias del in dubio pro reo), exponiendo las razones de ello. Y, en mi opinión, más allá de ciertas referencias formuladas sobre esta cuestión, faltó un desarrollo argumentativo suficiente por parte del Dr. Céliz.

Al igual que en observaciones anteriores, dejo a salvo que no estoy cuestionando la no acusación por el hecho, sino destacando ciertas debilidades en la argumentación para llegar a tal conclusión.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde calificar al postulante con **72 puntos**.

9. PETRONE, DANIEL ANTONIO.

Comienza con una descripción de los distintos hechos imputados en el requerimiento de elevación a los que considera debidamente acreditados en este juicio: .1) Que “Vaz” comercializó 0,48 grs. de cocaína con una concentración del 13 %. del que resultara

comprador “Mez”; 2) Que “Vaz” tenía en su poder la cantidad de 0,77 y menor a aproximadamente 2 grs.; 3.- Que “Mez”, llevaba consigo 0,48 grs. con una concentración del 13% de cocaína que había adquirido momentos antes a “Vaz”.

Enumera las pruebas producidas y las analiza críticamente relacionándolas entre sí, destacando su incidencia conviccional; se ocupa de testimonios, filmaciones, allanamientos, elementos secuestrados, actas labradas, y refiere al proceso de investigación que llevara al descubrimiento de tales hechos, en el que se pudieron observar, por parte de los preventores, varias operaciones de comercialización.

Se ocupa de un posible cuestionamiento de la defensa en relación a la validez de las requisas efectuadas por personal policial sin orden judicial, defendiendo su legitimidad. Para el concursante tales requisas fueron conforme a derecho fundando tal aseveración en que se daban las circunstancias señaladas en los arts. 184, inc. 5 y 230 bis, del C.P.P.N. y lo que exige la jurisprudencia para validar tal proceder cuando se actúa sin orden judicial, esto es, convicción y urgencia. Relaciona estos requisitos con las circunstancias existentes al momento en el que se produjeron las requisas enumerando las circunstancias que permiten dar por comprobado las circunstancias de convicción y las que indicaban la necesidad del proceder por su urgencia. Cita abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Cámara Nacional de Casación, en las que se habría avalado requisas sin orden judicial bajo las circunstancias referidas, que otorgan un marco de razonabilidad al procedimiento, manteniendo una lógica derivación. Entiende presente las condiciones de “sospecha razonable” y las más exigentes de “causa probable”, estándares exigidos para validar la requisas sin orden judicial, citando fallos de las salas 3 y 4 “ de la Cámara de Casación penal en apoyo de sus dichos.

Al ocuparse de la calificación legal subsume la conducta del imputado “Mez” en el delito previsto en la segunda parte del art. 14 de la ley 23.737: tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Destaca con acierto lo resuelto por la CSJN en los casos de falta de certeza respecto a que la tenencia de estupefaciente está destinada al consumo personal, enfatizando que, en tales casos la conducta no puede encuadrarse en el delito de simple tenencia, sino considerarlo- en base al principio de in dubio pro reo- tenencia para consumo personal.

Señala correctamente que la declaración de inconstitucionalidad (cita Bazterrica), debe ser la última ratio, por lo que, en consecuencia habrá de solicitar la absolución en base a razones impiden la acusación por este hecho.

Con cita jurisprudencial argumenta que, cuando se trata de una tenencia de escasa cantidad, en ámbito de reserva, sin posibilidad de imitación y sin posibilidad de trascendencia a terceros – todo lo cual se da en este caso-, no estaría afectado el bien jurídico tutelado, lo que impide considerar típico a tal proceder. Cita a Claus Roxin (quien exige la creación o aumento de un riesgo prohibido, para considerar lesionado el bien jurídico), y a Eugenio Raúl Zaffaroni, para quien no se configuraría la tipicidad objetiva por falta (afectación al bien) por lo que, en base a tales razones, peticiona la absolución del imputado “Mez” por el hecho que fuera acusado en el requerimiento fiscal. Cita en su apoyo, otros fallos, que también exigen aptitud lesiva para el bien jurídico como condición para la tipicidad de la acción.

Respecto a “Vaz”, lo considera autor del delito de comercialización de estupefaciente, en concurso real, con tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Reconoce la progresividad- en lo que al grado de afectación del bien jurídico respecta- existente entre las conductas captadas por el tipo de comercio y el de tenencia para

comercialización, no obstante lo cual considera que media una relación de concurso material, citando doctrina que entiende que se da tal relación en los casos en que se comprueba la tenencia luego de una operatoria de distribución, a diferencia de la situación inversa en que se trataría de una sola conducta.

Realiza las citas legales pertinentes, y respecto a la pena, señala como circunstancia agravante la existencia de una condena anterior y como atenuante el buen concepto que se le presume. Solicita 5 años y 6 meses de prisión.

Entrando a merituar la exposición, entiendo que se trató de un alegato formalmente válido, expuesto con buen lenguaje jurídico y demostrando un muy buen manejo de la jurisprudencia nacional, invocando- respecto a cada una de las cuestiones debatidas- decisiones de la CSJN, Cámara de Casación penal y demás tribunales, con citas pertinentes y actuales. Expresó, en la mayoría de sus conclusiones, las razones lógicas y jurídicas para fundar su posición. Las citas doctrinales fueron pertinentes y actuales. La exposición fue clara y con aptitud persuasiva en función del rol.

No obstante, corresponde formular las siguientes debilidades.

Por una parte, pudo observarse una utilización no equilibrada de los minutos disponible para su exposición, dedicándole demasiado tiempo a circunstancias de detalles del hecho y de la investigación, sin mayores trascendencias, quedándole, en consecuencia, poco tiempo para la fundamentación legal, todo lo cual impidió que cuestiones tales como la relación concursal o las razones que tuvo para solicitar la pena en concreto- más allá de los dos aspectos de carácter general que ya fueran señalados- no tuvieran la suficiente argumentación que su importancia exigía. Más aún, cuando la pena tiene una entidad de gravedad tal como la solicitada (cinco años y seis meses de prisión) Esta falta de capacidad de síntesis, lo llevó a excederse

innecesariamente en un minuto y medio por encima del tiempo máximo asignado (26 minutos y treinta segundos).

Otro aspecto objetable de su alegato es el haber renunciado a pedir la aplicación de pena de multa, prevista en la ley en forma conjunta a la de prisión, por lo que no resultaba disponible. Esto motivó que fuera específicamente interrogado por el jurado sobre el tema y al preguntársele, directamente, si no pensaba pedir pena de multa, respondió negativamente.

Finalmente, ante una solicitud del jurado sobre las razones que invocaría para sostener la legalidad de la requisita, si la defensa la cuestionara argumentando que, la existencia de una investigación en marcha –la que duró seis meses- y el haber optado anteriormente por no detenerlo en flagrancia, ponen en evidencia la falta de urgencia en llevar a cabo la requisita sin orden judicial, lo que afecta garantías individuales y conllevan a la nulidad de la requisita. La respuesta no fue satisfactoria, en el sentido de que no pudo rebatir la argumentación defensiva.

Por lo expuesto, considero calificar a la exposición con **78 puntos**.

10. GENTILI, ALBERTO ADRIÁN MARÍA:

Antes de referir al contenido del alegato formulado por el Dr. Gentili, he de formular observación sobre una cuestión, que, si bien es de carácter formal, no por ello debe relativizarse su incidencia al momento de determinar la calificación. Y es el dato de haberse excedido en 12 minutos, esto es, su exposición duró 37 minutos, cuando se había fijado un máximo para cada concursante de 20 minutos con una prórroga de hasta 5 minutos más. Al respecto cabe destacar que, cuando transcurrían 25 minutos de su exposición, el concursante no había comenzado aún el tratamiento fundado de la calificación jurídica de los hechos por los cuales formularía acusación respecto al

imputado “Vaz” (sí lo había hecho respecto al coimputado “Mez”- por el que no habría de formular acusación- y había anticipado la calificación del acciona de “Vaz”, pero sin comenzar con el desarrollo de los fundamentos). Todo ello incide de manera gravitante en la evaluación que habré de hacer respecto a la intervención del Dr. Gentili, en lo atinente al examen oral en el presente concurso. No tomar en cuenta esta circunstancia, colocaría a los demás concursantes en clara situación de desventaja, en razón de que quienes se ajustaron al tiempo asignado, debieron seleccionar los temas a tratar, dejando de lado el desarrollo de cuestiones no tan relevantes, para concentrar su tiempo en las que consideraron de mayor trascendencia para la causa.

A continuación, paso a reseñar críticamente, el contenido del alegato. Inicia su exposición dando tratamiento a la situación del imputado “Mez”. Relata minuciosamente el proceso que culmina con el secuestro de la sustancia -que luego se comprobaría era estupefaciente- hallada en poder de “Mez”, describiendo con detalle los recaudos adoptados para la identificación de la misma y el camino seguido desde el momento del secuestro hasta el de su peritación, a efectos de demostrar que no ha habido afectación a la cadena de custodia, mediando identidad entre la sustancia secuestrada y la peritada. Destaca que esta afirmación resulta esencial teniendo en cuenta el resultado arrojado por la pericia realizada a la sustancia individualizada como número dos, en el sentido de que, si bien se determinó que se trataba de cocaína rebajada, no alcanzaba al umbral mínimo de una dosis.

En base al resultado de la pericia, el concursante concluye en que el comportamiento de “Mez” es atípico, al no poder ser subsumido en ninguna figura penal en cuyo contenido figure como requisito de configuración el elemento normativo “estupefaciente”, en el sentido que le otorga a esta expresión tanto el art. 70 del c. p., como el art. 40 de la ley 23.737.

Aclara que cuando sostiene la atipicidad de la conducta de “Mez”, no lo hace en base a lo que Zaffaroni denomina “atipicidad conglobante” por insignificancia en la afectación del bien jurídico penalmente tutelado, sino por la ausencia de un elemento del tipo objetivo, al carecer lo secuestrado de la necesaria aptitud para producir una dependencia física o psíquica, como lo exigen las normas citadas, para considerar a una sustancia como estupefaciente. Por ello solicita la absolución del imputado “Mez”.

Esta primera parte de la exposición fue muy prolija, con buen lenguaje jurídico y realizando una correcta merituación jurídica del comportamiento del imputado “Mez”, con cita doctrinal y coherente fundamentación.

Es al evaluar la situación jurídica del coimputado “Vaz”, donde cabe centrar las críticas al concursante. Su falta de capacidad de síntesis lo llevó a relatar pormenorizadamente cuestiones que podían haber sido expuestas de forma más general, para así poder dar cumplimiento al tiempo máximo que se le había asignado para su exposición.

Luego de precisar el hecho imputado a “Vaz”, analiza críticamente la prueba producida que demostraría la existencia del hecho y la autoría, refiriendo a la incidencia conviccional de las mismas. Cuestiona como falencia de la instrucción, que no se haya determinado la cantidad de cocaína existente en uno de los dos envoltorios secuestrados en poder de “Vaz”, lo que impedirá acusar por tenencia de estupefaciente respecto a tal sustancia. En cambio, respecto al contenido existente en el otro de los envoltorios, sí se pudo cuantificar pericialmente la cantidad de cocaína hallada- la que es apta para obtener de una a dos dosis de consumo- y es por tal tenencia por la que formulará acusación.

El Dr. Gentili se detiene innecesariamente en los pormenores de la investigación policial dedicándole varios minutos de su exposición al análisis de la actuación prevencional. Defiende la legalidad del procedimiento, en particular, considera que la

dilación en la detención de Vaz encuentra apoyo en las facultades otorgadas por el art. 33 de la ley 23.737. Considera ajustada a derecho las requisas efectuadas, basándolas en el contexto en que ocurrieron y en las condiciones precedentes que permiten afirmar la existencia de una sospecha razonable que habilitaban tal proceder. Se ocupa, en particular, de una posible objeción a la modalidad-por su intensidad- en que se produjo la requisas de Vaz, deteniéndose en el análisis de su compatibilidad con las garantías establecidas en protección de la intimidad y dignidad de las personas, tanto en nuestra Carta Magna, como en tratados con jerarquía constitucional, con cita de las normas pertinentes. Afirma que la requisas no lesionó ninguna de las garantías, defendiendo su validez por haber sido racional y necesaria, al no haber existido la posibilidad de recurrir a formas menos lesivas. La considera oportuna, al sostener que no cabía la posibilidad de diferir el procedimiento.

Las referencias jurídicas que efectúa el postulante son correctas y demuestran un buen manejo de los temas en cuestión. Puede, tal vez, discreparse en cuanto a ciertas conclusiones a las que llega y en base a las cuales convalida el proceder de la prevención, no siendo ello suficiente como para restar puntaje a su exposición. La objeción que le formulo no finca en la incorrección de la merituación efectuada, sino en haber destinado parte del tiempo disponible para su exposición a cuestiones que no requerían una atención especial. En todo caso, queda evidenciada la minuciosa lectura que el postulante ha tenido de la causa; lo cuestionable es no haber seleccionado adecuadamente los aspectos que merecían ser prioritariamente tratados en su alegato en función de la acusación que finalmente formuló. Así, a título de ejemplo, la referencia a la distinción efectuada en doctrina y jurisprudencia entre “sujeto de prueba” y “objeto de prueba”, si bien correcta, resultaba innecesaria dado que, en el caso de análisis, no cabe duda que el acusado intervino como mero objeto de prueba, no existiendo elementos (por ejemplo, coacción ejercida sobre el acusado para que

indicara el lugar en que tenía oculta la droga o para obligarlo a hacer entrega de la misma) que hagan previsible que pueda ser puesto en cuestión por la defensa del imputado. Razón por la cual la pertinencia del tratamiento de este tema se vuelve discutible en función del límite temporal que se fijó para desarrollar el alegato por cada concursante.

Respecto a la calificación legal, se inclina por la subsunción del hecho en el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5, inc “c”, de la ley 24.737). Realiza una correcta evaluación jurídica de las circunstancias acreditadas en la causa que permiten- a su criterio- dar por configurado el aspecto objetivo y subjetivo del tipo penal. El componente subjetivo del tipo distinto del dolo lo infiere de circunstancias acreditadas en el juicio que permitirían- a su entender- concluir que la tenencia de estupefacientes era con fines de comercialización. Descarta luego, la configuración de circunstancias con aptitud para excluir la antijuridicidad del hecho o la culpabilidad del autor. Aplicando la teoría del dominio del hecho considera a “Vaz” responsable en calidad de autor. Concluye en que sólo acusará por tenencia con fines de comercialización y no por el acto de comercio de estupefaciente (la venta realizada a “Mez”), por entender que las distintas hipótesis contempladas en el art. 5, inc. “c” están contempladas en forma alternativa, no produciéndose una pluralidad de hechos si, además de la tenencia con fines de comercialización, se materializa la venta de la sustancia, invocando en su apoyo a Maier. Precisamente, por considerar que se trata de un solo hecho no solicita la absolución por comercio de estupefaciente.

Ahora bien, en esta fundamentación se percibe una contradicción en el razonamiento del postulante, en relación a criterios expuestos con anterioridad en su alegato. En efecto, si tenemos en cuenta que, respecto al coimputado “Mez”, solicitó la absolución al entender que lo que fuera secuestrado en su poder- que por su escasa cantidad no

llegaba a constituir una dosis umbral- no podía ser considerado “estupefaciente”- en el sentido que le otorga a esta expresión tanto el art. 70 del c. p. como el art. 40 de la ley 23.737-, lo lógico hubiera sido que, correlativamente, no considere configurado el acto de comercio de “estupefaciente” por parte de “Vaz”, ya que lo vendido -por la misma razón-, no podría ser calificado de “estupefaciente”.

Sin embargo, la solución fue otra. Y en ello puede observarse cierta falta de coherencia, entre el fundamento dado para solicitar la absolución de “Mez” y las razones alegadas para no acusar por comercio de estupefacientes al imputado “Vaz”, lo que corresponde considerar como una debilidad del alegato.

Finaliza su exposición con la petición fundada de sanción 4 años de prisión y multa, analizando los aspectos relevantes para determinar el cuántum solicitado. Cabe destacar que, además de las pautas indicadas en los arts. 40 y 41 del C.P., entendió que debía considerarse como atenuante la excesiva duración de la causa sin razón alguna que justifique tal dilación; por su parte, a la existencia de una condena anterior la otorgó carácter ambivalente, optando, por considerarla- en base al beneficio de la duda- como circunstancia atenuante.

Por lo expuesto considero que su exposición merece la calificación de **70 puntos**.

Concluido mi dictamen, hago propicia la oportunidad para saludar a los integrantes del Tribunal, con distinguida consideración.

Daniel Horacio Domínguez Henaín.

D.N.I. N° 12.868.007.