

Concurso N° 81 M.P.F.N. - Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas
Dictamen Profesor Dr. Edgardo Donna

Sres. miembros del jurado, como profesor invitado les comunico el análisis de los exámenes escritos como orales y su calificación. Debo comentar que sólo uno de los examinados está, a mi juicio, en el nivel de exigencias que una Fiscalía, como la que se concursa, exige de los presentantes, como se podrá ver en las notas que a continuación siguen.

He calificado sobre la base del razonamiento realizado por los concursantes, de acuerdo a la ley, la dogmática del caso y de la exposición, de allí que, como es lógico, pueden haber llegado a resultado u opinión distinta, sin que esto sea obstáculo para una buena nota. Creo que en un examen como éste no se debe dar soluciones únicas, salvo que ella esté con contradicción con la ley o con el razonamiento jurídico, ya entonces existe desconocimiento de la normativa jurídica o de la lógica jurídica. Pero, dándose estos extremos de manera positiva, lo que importa es la forma de razonar y eso es lo que debe tenerse en cuenta.

I. Pruebas escritas

1. Guillermo Orce: 9 = 54/60 puntos

Entiendo que ha sido el mejor examen escrito, habida cuenta que el concursante ha dado respuesta adecuada a todos los puntos exigidos en cada uno de los casos dados.

En el Expediente A, sub. caso 1, ha razonado adecuadamente, que es lo que se busca, como se dijo ut supra. Se ha hecho aplicación del art. 45 inc. c., con la idea de que la Fiscalía debe actuar como una sola voz.

Lo interesante del concursante es que independiente de ello presenta ante el juez contencioso administrativo una medida cautelar, en virtud de la defraudación al banco. Es interesante esta posición porque le da vida propia a la actividad del fiscal en estas cuestiones.

En el caso A sub. 2, el concursante resuelve elevar a juicio sólo a los funcionarios públicos y no al imputado Darre, ya que no es funcionario público, dado que la Fiscalía a su cargo carece de acción a esos efectos. Se podría discutir esta solución, pero ello es una discusión doctrinaria que no es materia del

concurso. Insisto en la importancia del razonamiento y de la forma de actuar en el caso.

En el Expediente B, se ha llegado a una solución satisfactoria dada la falta de competencia de la Fiscalía para actuar.

En el Expediente C, la cuestión ha sido resuelta de manera correcta en tres sentidos: la primera en que no debe actuar sino colaborando con el fiscal que tiene la acción; la segunda, en cuanto no debe actuar en delitos de lesa humanidad, porque no entran en su competencia y la tercera, en esa misma causa, si debe mantener la acción penal cuando esas conductas afecten la administración pública.

2. Fernando Domínguez: 8=48/60 puntos

El abogado Domínguez ha resuelto los casos con menor profundidad dogmática, pero dando en general soluciones racionales a los casos planteados.

En el caso A, sub 1. la solución ha sido la correcta.

En cambio, en el caso A sub 2, el concursante ha optado por una solución aceptable, pero que demora el proceso, esto es, ofrecer una serie de pruebas que podría ser solucionada en el debate. Sin perjuicio que ello es adecuado, en el expediente existen elementos como para intentar una solución jurídica que hubiera puesto los conocimientos del concursante a la luz del tribunal de mejor manera.

En el caso B, el concursante Domínguez ha actuado de manera correcta.

En el caso C, también Domínguez ha razonado de manera adecuada, razonando el porqué la fiscalía no está habilitada para intervenir en este tipo de causas, aunque con argumentos que pueden ser discutibles desde el Derecho administrativo.

3. Sergio Leonardo Rodriguez: 4= 24/60 puntos

Expediente A sub caso 1., en este caso el concursante ha razonado adecuadamente, de manera que se deben dar los mismos argumentos que los hechos anteriormente.

En el sub caso 2. Rodriguez soluciona bien el caso, en el sentido de que debe realizar el dictamen, pero no lo hace, debido a la falta de tiempo, así como introduce dos temas, que no resuelve: el de la prescripción y el de si los empleados del Banco Central son funcionarios públicos.

Estos temas deberían haberse resuelto, una vez introducidos, especialmente el de la elevación a juicio y el del concepto de funcionario y su concepto en el Derecho administrativo moderno y su diferencia con los autores clásicos. Acá si se debió citar a autores como Diez, Villegas Basavilbaso, Marienhoff, Gordillo, Hutchinson, entre otros, y hacer un análisis, porque las conclusiones son distintas, junto con la ley de ética pública.

Caso B. El caso ha sido bien resuelto, de acuerdo a las pautas antes mencionadas.

Caso C. Este caso ha sido mal resultado en el fondo, habida cuenta que la fiscalía no tiene competencia en este tipo de asuntos.

4. Claudio Patricio Gentile: 3 tres= 18/60 puntos

El Caso A ha sido resuelto mediante el recurso de la prescripción, no entendiendo la consigna, ya que esta debió ser una segunda solución. Por otra parte no responde a las dos consignas 1 y 2 pedidas.

El caso B ha sido bien resuelto de acuerdo a lo dicho ut supra.

El caso C no ha sido resuelto de manera satisfactoria, ni en el punto 1 ni en el 2, de manera que se le debe dar por insuficiente. La fiscalía en este caso no es competente y no hizo las aclaraciones que debió hacer en su momento.

5. Carlos G. Vinciguerra: 4 cuatro = 24/60 puntos

Caso A supuesto 1: la solución dada es insuficiente, ya que pide medidas, sin dejar en claro cuál es la función de la fiscalía y si está actuando el fiscal de la causa y en ese caso cuál es su función.

En el supuesto 2., en lugar de elevar la causa a juicio y demostrar su saber jurídico pide medidas, lo que en principio no está mal, pero que no deja ver a este tribunal el grado de conocimiento que el concursante tenía sobre la autoría y la participación. Es decir, insiste en medidas procesales, que tampoco fundamenta.

En el caso B, estimo que está mal resuelto el caso ya que la fiscalía no tiene competencia en ese caso.

En el caso C, no se ha seguido la consigna y no se ha solucionado el caso.

II. Prueba oral

En la prueba oral he seguido el orden de exposición en que se han dado los exámenes a los efectos de tener un mayor relato cronológico.

Fernando Dominguez: 5 cinco = 20/40 puntos

Tema: Enriquecimiento ilícito

El abogado Fernando Domínguez eligió el tema de enriquecimiento ilícito y pasó directamente al problema de la constitucionalidad del tipo penal, sin hacer antes ninguna reflexión sobre el delito en sí. Su exposición se basó en una crítica al libro del profesor Sancinetti, para luego, fundamentado en autores como el profesor De Luca y López Casariego, intentar justificar la constitucionalidad del tipo penal. Se refirió a la posición del juez Rimondi, y comentó fallos a favor y en contra de la constitucionalidad, especialmente el caso Pico y Alsogaray. Sostuvo las siguientes posiciones: a. que podría ser un delito de deber (Magariño); b. que es un delito de acción, y una condición de punibilidad y que el bien jurídico es la transparencia. Y finalmente se refirió a la teoría de Nino, en cuanto al funcionario público.

De lo explicado existió a mi juicio una serie de confusiones entre delitos de deber y de dominio y no fue claro en las respuestas, insisto más allá de las posiciones que se tomen con respecto al delito, el cual tampoco fue explicado de manera convincente. Dogmáticamente el delito no fue explicado, como tampoco sus antecedentes históricos, muy importantes para entender el problema presente.

2. Claudio Gentile: 2 dos = 8 /40 puntos

El abogado Gentile eligió el Tema 9, del cual no pudo dar razón de su fundamento, no teniendo conocimiento cabal de su normativa. No pudo responder a las preguntas que se le hacían, especialmente a la referente a la relación entre la Oficina anticorrupción y la fiscalía que estaría a su cargo, demostrando que estaría dependiendo de lo que el Procurador General le dijera en ciertos temas, situación este inadmisibile.

3. Sergio Rodriguez: 8 ocho = 32/40 puntos

El abogado Rodríguez abordó el tema del Enriquecimiento ilícito demostrando un estudio del tipo penal adecuado y una capacidad a las respuestas.

Se refirió a los aspectos generales de la inconstitucionalidad, sobre quien debe requerir, citó todos los autores que han tratado el tema y sostuvo que debería ser la oficina anticorrupción.

Citó fallos en que se sostuvo que se trataba de un tipo penal que era constitucional y un delito de comisión por omisión.

4. Carlos Vinciguerra: 4 cuatro = 16/40 puntos

El abogado Vinciguerra eligió el tema de la Ley de ética pública y los delitos contra la administración pública, pero sólo se refirió al primero de los temas, haciendo una exégesis de la ley. Nada dijo de la relación del art. 2º de la ley y los delitos contra la administración pública, que era el tema en cuestión.

Acepta la coautoría en delitos de funcionarios públicos, aunque luego aclaró que era difícil.

5. Guillermo Orce: 9 nueve = 36/40 puntos

El examen oral del abogado Guillermo Orce fue claro, se ajustó al tema y dentro de las teorías que manejó, que son plausibles, argumentó de manera clara, de modo que la exposición fue coherente. La tesis de que las garantías penales tienen mayor alcance que las administrativas, fue hecha con profundidad criticando la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, a mi criterio, con razón, al ser ésta incompleta. Trabajó sobre la diferenciación entre el ilícito administrativo y penal y la función de la pena y de la sanción administrativa, en cuanto la primera tiene la misión de mantener la configuración de la sociedad. Citó antecedentes de fallos de la Corte de Estados Unidos de Norteamérica sobre la jubilación.

Es de hacer notar que fue el único de los expositores que entregó al tribunal una guía de la exposición a los efectos de seguir el desarrollo de su examen.

Fue claro en las respuestas y no dudó en ellas. Tiene conocimientos de la fiscalía en el ámbito administrativo y penal.

III. Síntesis

Con lo expuesto que es un resumen de lo que está escrito y escuchado, habida cuenta que la audiencia era pública y podía ser oída y vista por el público en general, a los efectos de control, entiendo que un solo candidato está en condiciones de poder acceder al cargo por el cual se ha llamado a concurso, de acuerdo a las calificaciones anteriormente propuestas.

Buenos Aires 28 de septiembre de 2010

Profesor Dr. Edgardo Alberto Donna