



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

RECURSO EXTRAORDINARIO

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N°4, con domicilio en mi público despacho de Av. Comodoro Py 2002, 5º piso, de la Capital Federal, domicilio electrónico: 20137350646, en la causa N° FLP 14000003/2003/13/1/CFC7, del registro de la Sala III, caratulada: “SMART, Jaime Lamont s/ recurso de casación”, se presenta y dice:

I. Objeto.

Vengo por el presente a interponer recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Ley 48, contra la resolución del 21 de septiembre de 2017 dictada por la Sala IV de la CFCP que resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, dejar sin efecto la resolución recurrida y apartar a Ernesto Kreplak en las presentes actuaciones y en todas aquellas causas que previno e interviene con relación a Jaime Lamont Smart.

II. Reseña de los hechos.

La presente incidencia tuvo origen en la recusación del juez Ernesto Kreplak por parte del imputado Jaime Lamont Smart al momento de presentarse a prestar declaración indagatoria en el marco de la causa principal. Se fundó en una alegada parcialidad del juez por los términos utilizados en el auto de citación a prestar declaración indagatoria. A juicio de esa parte, el juez daba por supuesta su responsabilidad en los hechos. En este sentido, transcribió el siguiente pasaje en el que había afirmado que Smart había actuado:

“...sabiendo o debiendo saber de la ilegitimidad de su nombramiento y de la ilegitimidad de los actos ejecutados en ocasión de sus funciones...”. También sostuvo que en aquel auto se afirmó que *“estuvo identificado con el violento e inhumano sistema represivo implantado”*.

En otro de los pasajes cuestionados por el recurrente se afirma que Smart había actuado con *“pleno conocimiento del plan sistemático y generalizado de represión inhumana e ilegal desatado en la región bonaerense”* y que su labor como ministro de gobierno *“resultó ser imprescindible para lograr el funcionamiento efectivo del plan criminal. Las privaciones ilegítimas de la libertad, el cautiverio en centros clandestinos, las torturas, la desaparición de personas hubieran sido imposibles sin la complicidad del encartado”*.

La defensa destaca que en el párrafo siguiente se afirmara que la contribución del deponente *“fue indispensable para aumentar la plena eficacia de la capacidad ofensiva del plan de represión y exterminio”*.

La citación finaliza con la afirmación de que *“se encuentra probado que el encartado brindó su colaboración al plan orquestado por la cúpula de la administración nacional, y a los hechos ocurridos en el Centro Clandestino de Detención que funcionó en la Comisaría Octava de La Plata”*.

Para la defensa, las exigencias del art. 294 del C.P.P.N. no justificaban los términos transcriptos. Entendió que estas expresiones habían dejado traslucir sus pensamientos antes del momento procesal adecuado.

El juez Ernesto Kreplak rechazó su apartamiento. Sostuvo que las consideraciones vertidas en el llamado a indagatoria eran los que la propia ley exige para fundar medidas de ese tipo, formulados con la provisionalidad propia de esta etapa procesal.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

El 22 de noviembre de 2016, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata resolvió no hacer lugar a la recusación. Para así decidir, el magistrado que votó en primer término sostuvo que no había existido prejuzgamiento por parte del juez en estas actuaciones. Explicó que esta causal se manifiesta cuando el magistrado “hubiere dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso a alguno de los interesados” y que nada de ello había ocurrido.

Por el contrario, el mismo magistrado sostuvo que si el juez había revelado una posición acerca de cuestiones fácticas y de responsabilidad penal contra Smart antes del procesamiento, lo había hecho dentro del marco del proceso, y con motivo del ejercicio de las funciones que le caben a los magistrados. Observó que había un vicio que llevaba a la anulación del acto y el apartamiento del juez. Así, señaló que, al momento de la atribución de los hechos, se observaba un encadenamiento de frases que, si bien no estaban formuladas en forma interrogativa, tenían entidad para constituir un caso de instigación judicial a la confesión, mediante el ejercicio de una presión moral contra el imputado, incompatible con la naturaleza de la declaración indagatoria como un acto opcional, libre, de descargo, de defensa, que garantiza el art. 18 C.N. En consecuencia, propuso, entre otras cosas, declarar la nulidad del acto de declaración indagatoria de Smart y el apartamiento del juez Ernesto Kreplak.

El magistrado que emitió su voto en segundo lugar coincidió en el rechazo de la recusación planteada. Consideró que era necesario analizar si las expresiones vertidas por el Juez Kreplak al momento de citar a prestar declaración indagatoria a Smart implicaban un adelanto de decisiones posteriores que el propio magistrado debía adoptar. Respondió este interrogante de forma negativa. En este sentido, dijo que las expresiones cuestionadas

consistían en un desarrollo por el que se fundamentaba la citación al recusante para que preste declaración indagatoria, citación que debe ser fundada por imperio legal.

Por otro lado, el magistrado consideró que era imposible que el juez de instrucción tenga por probado nada, más allá de la propia verosimilitud que se le exige para tomar cada decisión de avance. Sostuvo que lo inaceptable es que el juez avance en el plan que se ha propuesto, sin considerar los elementos de prueba, o que les dé un alcance que no tienen para una vinculación más intensa del encartado al proceso. Así, consideró que si el juez de instrucción tiene la atribución de citar a indagatoria a quienes luego podrán, eventualmente, resultar sometidos a juicio, debe hacerlo sobre bases ciertas y de modo fundado.

En cuanto a la citación impugnada, el magistrado dijo que allí se observaba una detallada descripción de circunstancias que vinculan al imputado con la causa y que no puede haber declaración indagatoria sin imputación, por provisoria que creamos que ella debe ser. Entonces, consideró que lo que en realidad pareciera que se le reclama al magistrado recusado es un exceso y no por un defecto, pues en la lectura de la citación a indagatoria puede observarse una descripción circunstanciada de los hechos por los cuales Smart había sido citado a declarar. Además resaltó que en la citación se afirmaba que se consideraba al imputado como “prima facie” responsable, lo cual daba cuenta del carácter provisorio de la imputación. Observó también que los términos utilizados pertenecen a una forma habitual de trabajo en el Juzgado Federal n° 1 y no a una impronta propia del juez Kreplak.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Finalmente, disintió con su colega en cuanto a la presencia de una presión moral por parte del juez hacia el imputado. Por esa razón, no propuso que se declare nulo el acto.

El restante magistrado adhirió a las consideraciones de sus colegas respecto de la inexistencia de causales que autoricen a la recusación del juez Kreplak.

Contra esa resolución la defensa interpuso recurso de casación.

En esa oportunidad el recurrente manifestó que el objeto de su impugnación debía quedar ceñido al apartamiento del juez Kreplak. Negó que el magistrado estuviera obligado a actuar como lo hizo. Sostuvo que los decretos no deben ser motivados, salvo en los casos en que la ley lo disponga. Dijo que no correspondía fundarlo en los términos en que lo había hecho el juez Kreplak. Para el recurrente, los términos de la citación contienen una violencia verbal, conducta que orilla el delito de apremios ilegales.

En la oportunidad prevista por el art. 465 del C.P.P.N. manifesté mi opinión en el dictamen n° 11.131. Allí solicité que el recurso de casación de la defensa fuera rechazado. Expliqué que las manifestaciones assertivas contenidas en la citación a prestar declaración indagatoria no eran otra cosa que una hipótesis acusatoria y que no contenían un adelantamiento indebido de la opinión del juzgador respecto de aquella. Sostuve que la descripción clara de los hechos imputados constituye una garantía para el acusado. Negué la posibilidad de un prejuzgamiento por parte del juez, ya que los hechos sólo fueron *prima facie* fueron atribuidos a Smart, es decir, a primera vista.

Por otro lado, señalé que los agravios del recurrente no encuadraban en ninguno de los supuestos del art. 55 CPPN. Además observé que el recurrente carecía de agravio, en tanto dirigía sus críticas principalmente al hecho de que el magistrado hubiese fundado el llamamiento a prestar declaración indagatoria, pues consideraba que debía haberlo hecho por mero decreto.

III.- Resolución recurrida.

A continuación transcribiré las partes pertinentes de cada voto de la resolución impugnada:

“El señor juez doctor Juan Carlos Gemignani dijo:

“1º) El thema decidendum estriba esencialmente en establecer si con los actos llevados a cabo por el magistrado que tiene a su cargo la instrucción en los autos principales se verifica como causal de apartamiento el temor de parcialidad, concepto que fue delineado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones -arts. 104 y 89 del Código Penal- causa N°3221. Es dable memorar que en el fallo citado la Sala II de esta Cámara Federal de Casación Penal había declarado la competencia del Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3 para seguir interviniendo en la causa seguida contra Horacio Luis Llerena en orden a la presunta comisión de los delitos de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego y abuso de armas, ambas en concurso real, decisión contra la cual la defensa interpuso recurso extraordinario. La impugnante (al citarse a las partes al debate y a ofrecer pruebas) recusó a la jueza que había conocido en la instrucción de la causa con fundamento en la sospecha y el temor de parcialidad experimentado por su



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

pupilo en virtud de que la recusada ya había dictado resoluciones en su contra -sustentadas en la prueba recolectada en la etapa de investigación- para lograr el avance del proceso y, por ende, no se encontraba en posición de neutralidad frente al caso con lo cual se afectaría la garantía de imparcialidad del tribunal.

“Si bien éste no es el caso verificado en el sub lite, resulta ilustrativo remitir a los conceptos desarrollados por el Alto Tribunal a fin de establecer el alcance de la garantía constitucional en juego. Así, la Corte Suprema recordó que la garantía del juez imparcial se encuentra reconocida dentro de los derechos implícitos del artículo 33 de la Constitución Nacional y resulta una derivación de las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el artículo 18 de la Carta Magna, y consagrada expresamente en los artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en virtud de lo dispuesto por el inciso 22 del artículo 75 de la Ley Fundamental conforman el bloque constitucional federal. Los tratados internacionales mencionados establecen en forma expresa que toda persona sometida a proceso cuenta con el derecho a ser oída por un tribunal imparcial.

“La Corte definió a la imparcialidad del juzgador como “la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia”. Si bien reconoció que la ausencia de prejuicios nunca podría ser absoluta dadas las convicciones propias del juez como hombre, debe garantizarse la mayor objetividad posible por parte del juzgador frente a la cuestión que deba resolver.

“Enseñó que la imparcialidad puede enfocarse desde dos puntos de vista diferentes: uno objetivo (que ampara al justiciable toda vez que éste pueda temer la parcialidad del magistrado con sustento en hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionamientos acerca de su personalidad, honorabilidad ni su desenvolvimiento) y otro subjetivo (relativo a actitudes o intereses particulares del juez en el resultado del proceso).

“También se recordó la posición sustentada por el Tribunal Constitucional Español en lo atingente a la garantía de imparcialidad del juzgador, pues tras hacerse cargo de que tal garantía no se encuentra expresamente prevista en la Constitución española, admitió que surge implícitamente consagrada de la relativa al debido proceso, constituyendo un pilar fundamental de la administración de justicia de todo estado democrático, pues se traduce en la confianza que los tribunales de una sociedad democrática han de inspirar en los justiciables (conf. TCE, BOE nº 189, sentencia del 12 de julio de 1988).

“Cabe recordar que, según refirió el imputado, el juez Kreplak, antes de recibirla declaración indagatoria dio por aprobada su responsabilidad en los hechos al referir: ‘sabiendo o debiendo saber de la ilegitimidad de su nombramiento y de la ilegitimidad de los actos ejecutados en ocasión de sus funciones’. A su vez el magistrado afirmó que Smart ‘estuvo identificado con el violento e inhumano sistema represivo implantado’, lo que ‘denota que ha tenido una clara representación en el resultado de su conducta coadyuvante a la ejecución de actos derivados de un sistema clandestino de detención con víctimas en escala colectiva. Vale decir, la funciones voluntariamente asumidas...’ y tuvo ‘...pleno conocimiento del plan sistemático y generalizado de represión inhumana e ilegal desatado en la



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

región bonaerense'. Afirmó, a su vez, que la labor del ministro de gobierno '...resultó ser imprescindible para lograr el funcionamiento efectivo del plan criminal. Las privaciones ilegítimas de la libertad, el cautiverio en centros clandestinos, las torturas, la desaparición de personas hubieran sido imposibles sin la complicidad entre otros por [sic] el encartado...', y que la contribución del deponente 'fue indispensable para aumentar la plena eficacia de capacidad ofensiva del plan de represión y exterminio. Finalmente aseguró que 'se encuentra probado que el encartado brindó su colaboración al plan orquestado por la cúpula de la administración nacional, y a los hechos ocurridos en el Centro Clandestino de Detención que funcionó en la Comisaría Octava de La Plata'.

“Sentado cuanto antecede, perfilada nítidamente la celosa posición de la Corte en relación a la garantía sub estudio, y teniendo presente que el apartamiento de un magistrado del conocimiento de una causa es un acto de trascendencia institucional que no puede reposar en una mera sospecha de parcialidad pues las causales de recusación deben ser evaluadas con el máximo de ponderación y prudencia, desde que no puede erigirse en el medio para que varíe a gusto del recusante la radicación de la causa en desmedro de la garantía del juez natural y de la correcta administración de justicia atento la inderogabilidad de la competencia que gobierna el proceso penal, es dable concluir que las actitudes asumidas por el juez de primera instancia denotan una posición frente al imputado marcadamente alejada de la objetividad que todo proceso exige, de allí que la imparcialidad del juzgador, en el caso de autos, se encuentra comprometida, lo que me lleva a proponer el apartamiento del magistrado recusado.

“Por lo demás, las particulares circunstancias verificadas, sumadas a la situación que se presenta con el magistrado en cuanto a sus constantes negativas de efectivizar el arresto domiciliario del encausado en las distintas actuaciones donde esta Cámara Federal de Casación Penal le ha hecho lugar al beneficio, exteriorizan elementos que pueden producir razonablemente para el acusado Smart dudas serias sobre la imparcialidad del juez recusado en todos los procesos que se le siguen al nombrado.

“Es por ello que, a fin de evitar una inusitada privación de justicia y un desgaste jurisdiccional innecesario, con el objeto de garantizar y preservar en el proceso la garantía de imparcialidad, manifestación de las de debido proceso y defensa en juicio y puntal del sistema democrático (artículos 18, 31, 33, 75 inciso 22 C.N.; 8.1 C.A.D.H.; 14.1 P.I.D.C.y P.; 10 D.U.D.H.; 26 D.A.D.D.H.), entiendo que corresponde ordenar el apartamiento definitivo de Ernesto Kreplak en las presentes actuaciones y en todas aquellas causas que previno e interviene con relación a Jaime Lamont Smart (Cfr. mutatis mutandi Sala IV C.F.C.P., causa N° 12.696 “Nieto, Horacio Julio y otro s/ recurso de casación”, rta. el 2/11/2010, registro N° 14.081.4).

“Consecuentemente propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación incoado, dejar sin efecto la decisión recurrida, ordenar el apartamiento definitivo de Ernesto Kreplak en las presentes actuaciones y en todas aquellas causas que previno e interviene con relación a Jaime Lamont Smart y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que desinsacule un nuevo magistrado a efectos de que continúe con la sustanciación del proceso. Sin costas (artículos 471, 530 y 531 -a contrario sensu- del Código Procesal Penal de la Nación).

“El señor juez doctor Carlos Alberto Mahiques dijo:



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

“Acuerdo en todo con los argumentos expuestos por el doctor Geminiani. Además, en el caso, el temor de parcialidad que puede abrigar el recurrente se abastece también de la circunstancia de que ya todas las Salas de esta Cámara se expedieron favorablemente respecto de la concesión del arresto domiciliario de Smart sin que nunca se hiciera efectivo por las frecuentes negativas del juez recusado. (cfr. Sala I: causa N° FLP 91002955/2012/TO1/13/CFC3, caratulada: “Smart, Jaime Lamont s/ recurso de casación”, rta. el 05/05/2015, reg. 244/15- en la que la queja interpuesta por el Sr. Fiscal General fue declarada inoficiosa por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 5 de septiembre de 2017-; Sala II: causa N° FLP373/2011/tO1/54/2/CFC75, caratulada: “Smart, Jaime Lamont s/recurso de casación”, rta. el 29/8/17, reg. 1058/17; Sala III: causa N° FLP 14000003/2003/32/1/CFC9, caratulada: “Smart, Jaime Lamont s/ recurso de casación”, rta. el 14/07/2017, reg. N° 724/17; y Sala IV: causa N° FLP 34000189/2009/33/CFC3, caratulada: “Smart, Jaime Lamont s/ recurso de casación”, rta. el 24/02/2017, reg. N° 118/17).

“Son todos ellos elementos objetivos que hacen que la defensa pueda presumir válidamente la concurrencia de motivos que comprometen la ecuanimidad o imparcialidad de juicio que debe asegurar el magistrado recusado.

“Por este motivo, al solo efecto de garantizar lo dispuesto por los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre incorporados a la Constitución

Nacional en el artículo 75 inciso 22 con jerarquía constitucional, estimo que se debe hacer lugar al apartamiento intentando.

“El señor juez doctor Eduardo R. Riggi dijo:

“Analizado el caso sometido a estudio, en primer lugar, conviene recordar que respecto del alcance de la garantía de imparcialidad, se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa L. 486. XXXVI “Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones -arts. 104 y 89 del Código Penal”, ocasión en la que se indicó que “...la garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, y (...) es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de la defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado (...)" ; por lo que “[s]i de alguna manera puede presumirse por razones legítimas que el juez genere dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado de su tratamiento, para preservar la confianza de los ciudadanos -y sobre todo del imputado- en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático... ”.

“De todas maneras, bien se ha dicho que “la recusación debe apoyarse en argumentos sólidos y serios”, que constituyan motivos concretos y específicos que conduzcan a acreditar la imparcialidad del juzgador, o por lo menos un razonable y objetivo temor de parcialidad, a efectos de salvaguardar el principio de improrrogabilidad de la competencia penal, que exige que no se trate de un mero mecanismo para alejar a un magistrado por el circunstancial inconformismo generado por una decisión judicial desfavorable” (Código Procesal Penal de la Nación Comentado y



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Anotado, Director, Miguel Angel Almeyra, Coordinador, Julio César Baez. Ed. La Ley, T. I, pág. 479).

“En este punto, entonces, lo decisivo es establecer si, desde el punto de vista de las circunstancias externas (objetivas), existen elementos que autoricen a abrigar dudas con relación a la imparcialidad con que debe desempeñarse el juez con independencia de qué es lo que pensaba en su fuero interno (Conf. CSJN “Dieser María s/homicidio calificado” causa nº 120/02 D.81.XLI).

“Y en las presentes actuaciones, tal como lo han expuesto los distinguidos colegas preopinantes, la existencia de ciertos vocablos y consideraciones excesivos formulados por el juez de primera instancia en la indagatoria del acusado, impropios por cierto para ese estadio procesal, aunado a las permanentes negativas del magistrado instructor a efectivizar el arresto domiciliario concedido a Smart por todas las Salas de esta Cámara Federal de Casación Penal, permiten objetivar razonablemente en el sub examine el invocado temor de parcialidad y el consecuente compromiso de la garantía en la extensión que le ha sido dada por el Alto Tribunal.

“En tal contexto, y a fin de extremar los recaudos para resguardar en toda su amplitud el derecho de defensa en juicio, habremos de acompañar la propuesta formulada por los doctores Gemignani y Mahiques en cuanto a que corresponde hacer lugar al apartamiento del juez Ernesto Kreplak con los alcances allí establecidos”.

IV.- Requisitos del recurso.

a) Superior tribunal de la causa.

El presente recurso se interpone contra la decisión de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, por lo cual se cumple el requisito exigido, en tanto se han agotado todas las vías recursivas previstas por el ordenamiento procesal vigente y la cuestión debatida en el pleito es insusceptible de ser revisada por otro órgano.

b) Sentencia definitiva.

Nuestro Máximo Tribunal tiene dicho que si bien las impugnaciones vinculadas con las causales de recusación remiten al examen de temas de hecho y derecho procesal, ajenos, en principio, a la vía extraordinaria federal, ésta procede en supuestos donde se controvierte la inteligencia del art. 18 de la Constitución Nacional y de los tratados incorporados a ésta, en tanto las cuestiones de recusación se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos de la defensa en juicio (Fallos 330:1457, 329:2631, 328:1491, entre otros). Esto es lo que se verifica en autos, toda vez que se encuentra en juego la interpretación y el alcance que debe atribuirse a la garantía de juez imparcial. Además, la solución del caso se encuentra directamente vinculado al principio de mejor administración de justicia, ya que puede afectar la validez de actos válidamente realizados (art. 62 CPPN). Ello, sumado al hecho de que el objeto de este proceso comprende graves violaciones a los derechos humanos ocurridos hace más de 40 años, justifica que la sentencia recurrida sea equiparable a sentencia definitiva.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha equiparado las sentencias definitivas con los pronunciamientos que deciden una cuestión, “por tratarse de la ocasión pertinente para la tutela del derecho que se estima



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

vulnerado” (Fallos 311:80, 256:263, entre otros). En tales supuestos, que deben determinarse casuísticamente, el recurso extraordinario se abre paso pese a no haber sentencia definitiva en sentido estricto, ya que de retrasarse esa tutela jurisdiccional el interesado perdería la ocasión para ejercer idóneamente su facultad, derecho o garantía. Podría quizás haber algún tipo de reparación en el futuro, pero ésta no sería la oportuna, sino tardía, ineficaz, y entonces, la resolución del caso se hace similar a sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario. Para el caso bajo estudio, resulta determinante tener presente que las víctimas llevan décadas esperando que el estado cumpla con su obligación internacional de investigar, juzgar y castigar las graves violaciones a los derechos humanos que se imputan a Smart. Los imputados son personas de muy avanzada edad. Lo resuelto por la Sala III puede acarrear más demoras que obstaculicen la imperiosa necesidad de que estas causas avancen hacia una sentencia que ponga fin al proceso.

En este sentido la Corte Suprema tiene dicho que: “...a los fines del art. 14 de la ley 48, la sentencia ha de reputarse definitiva, aunque sin serlo en estricto sentido procesal, cuando media en el caso cuestión federal bastante y se produce un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias del hecho que lo condicionan, podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales en que se funda el recurso, por ser de insuficiente, imposible o tardía reparación posterior...” (Fallos: 257:301, 265:326, 271:406, 272:188, 304:1817, 308:1107, entre muchos otros).

Por otra parte, lógico es que, si esta Cámara Federal de Casación Penal sólo está llamada a intervenir en la revisión de sentencias definitivas o resoluciones equiparables a tales; lo resuelto por ella también habrá de ser considerado una sentencia definitiva o resolución equiparable a tal

y por lo tanto pasible de ser recurrida de modo extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación; art. 14 de la ley 48; y Fallos: 234:52; 275:18; 280:228; entre otros). Al declarar la admisibilidad del recurso interpuesto por la defensa, la Sala III tuvo por acreditada la naturaleza definitiva del fallo recurrido, por lo que una lógica elemental indica que en esta oportunidad se mantendrá en esa postura y concederá el presente recurso.

c) Cuestión Federal.

Como se adelantara en el acápite anterior, en este incidente se encuentra controvertido el alcance que debe otorgarse a las garantías constitucionales de juez natural y juez imparcial (arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional, art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Como explicaré más adelante, también se debate la interpretación del precedente “Llerena” de la Corte Suprema, ya que considero que la Sala ha hecho una aplicación equivocada de su doctrina.

Además debemos recordar que, en los casos en los que se investigan delitos de lesa humanidad, se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino, que debe garantizar el juzgamiento de todos los hechos de esas características, de acuerdo con el derecho internacional vinculante para nuestro país (del caso “Velásquez Rodríguez”, Corte IDH, para acá; Fallos: 328:2056 “Simón”; 330: 3248 “Mazzeo”; causa “Piñeiro”, P.448 –XLV–, del 19/05/10; causa V.261 –XLV– “Vigo”, del 14/09/10; causa J.35 –XLV– “Jabour”, del 30/11/10; causa G.21 –XLVI– “Guil” del 12/04/11; entre otras).



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Por otro lado, en el caso se verifica un supuesto de arbitrariedad de sentencia, dado que la resolución de la Sala III se apartó manifiestamente de las normas aplicables al caso, lo que equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos (Fallos 324:547, 323:192, 320:2841. 319:2676, entre muchos) y omitió el tratamiento de argumentos expresamente invocados por esta parte, que resultaban conducentes para la solución del conflicto (Fallos 339:1489, 339:1530, 339:1483, 339:814, entre otros). A fin de evitar repeticiones innecesarias, desarrollaré estas causales en el fundamento del recurso.

V.- Fundamento del recurso.

En la resolución recurrida, el magistrado que votó en primer término sostuvo que, antes de recibirla declaración indagatoria, el juez Kreplak había dado por probados ciertos hechos ya transcriptos más arriba, y que estas actitudes denotaban una posición frente al imputado marcadamente alejada de la objetividad que todo proceso exige. El resto de los integrantes de la Sala III compartieron aquellos argumentos. Esto es un error. La declaración indagatoria debe estar necesariamente precedida de indicios suficientes para estimar cometido un hecho punible, por una parte, y sospecha sobre la autoría o participación culpable en ese hecho del imputado (Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal. T. III, Del Puerto, 2011, p. 410). Esto es lo que conformará el supuesto de hecho del cual podrá defenderse el imputado en su declaración indagatoria. Por lo tanto, es inevitable que la declaración indagatoria esté precedida de afirmaciones esencialmente provisorias respecto de la materialidad del hecho y la participación del imputado.

La confusión del Tribunal radica en considerar que el juez “tuvo por probado” aquello que luego enuncia. La naturaleza de la declaración indagatoria impide que el juez pueda afirmar un hecho como probado. Todas las expresiones que la Sala consideró alejadas de la objetividad exigible al juez revisten un carácter muy provisorio y endeble, capaz de variar con el avance de la pesquisa. Poseen un nivel de certeza inferior al de un auto de procesamiento. De todas formas, al tratarse de una hipótesis, puede formularse como una afirmación, pero esto no nos autoriza a considerarlo como un prejuzgamiento. La provisionalidad de la acusación surge claramente de su atribución “prima facie”, es decir, a primera vista. De los pasajes transcriptos por la Sala no surgen expresiones que permitan razonablemente sostener que estamos ante un adelantamiento indebido de juicio de culpabilidad.

El razonamiento de los magistrados es en realidad una crítica a la figura del juez de instrucción, pues los mismos argumentos que utilizaron podrían ser aplicados a los autos que fundamentan órdenes de allanamiento, de requisa, extracción compulsiva de sangre, secuestros, etc. En todos ellos, el juez debe meritar la prueba y llegar a cierto grado de certeza en cuanto a la materialidad del hecho y la responsabilidad del imputado en él. Esto no implica adelantar un juicio indebidamente. Lejos de producir un perjuicio, es un límite a la arbitrariedad del juzgador, ya que se le exige que, antes de habilitar una medida intrusiva, exprese aquellas razones la justifican. De allí que Smart carezca de agravio cuando reclama que se lo cite por simple decreto, pues equivale a ponerse en una situación peor frente al arbitrio del juez.

El error de los magistrados se manifiesta cuando invocan el fallo “Llerena” de la Corte Suprema. Los hechos de aquel precedente comprendían la circunstancia de que juez correccional llamado a dictar



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

sentencia en una causa en la que ya había actuado como juez durante la instrucción. El juez de instrucción debe, necesariamente, tomar decisiones que habilitan -o interrumpen- el avance del proceso. Esto conlleva a que se forme una opinión sobre el mérito de la acusación. Esta contaminación del juicio es un inconveniente si esa misma persona debe luego decidir sobre la culpabilidad del imputado, pues es evidente que si durante la instrucción consideró que había mérito para permitir que la causa avance hasta la etapa de juicio, es razonable sospechar que su opinión está inclinada en favor de la condena.

Distinto es el caso del juez Kreplak, quien como juez de la etapa instructoria, está encargado de la investigación, la recopilación de pruebas y el resguardo de las garantías. Decidir de manera definitiva sobre la responsabilidad del imputado no está entre sus facultades. Pero esto no significa que deba abstenerse de emitir todo tipo de juicios de certeza o probabilidad. Son muchas las situaciones en las que el juez de instrucción debe manifestar si considera que la prueba reunida hasta el momento permite afirmar con cierto grado de certeza la responsabilidad del autor. Como adelanté, las críticas de la Sala III son, en realidad, un rechazo a la figura del juez de instrucción, previsto en nuestro ordenamiento procesal y cuya constitucionalidad no fue cuestionada. Por eso considero que la Sala III hizo una aplicación equivocada del precedente “Llerena”. En el caso bajo estudio nos falta aquel dato objetivo que permita razonablemente temer la parcialidad del juez.

Sobre este punto es importante recordar que la recusación formulada por la defensa de Smart rechazaba el hecho de que el juez haya fundado la necesidad de citarlo a prestar declaración indagatoria, lo que resulta manifiestamente improcedente. Solicitaba que la citación se hiciera por simple decreto. Sobre este punto advertí que el imputado carecía de agravio, ya que la

descripción del hecho imputado es una garantía en su favor. Cuanto más clara, detallada y precisa, más simple resultará el ejercicio de su defensa.

En toda declaración indagatoria es conveniente que se abarquen todos los hechos que razonablemente se presenten como ilícitos para evitar que se afecte el principio de congruencia en actos posteriores. Se enuncia aquellos hechos de los se acusa al imputado y se le da la oportunidad de repeler esa acusación. Por lo demás, los defectos en el estilo o la innecesaria adjetivación no son encomiables pero atendibles frente a la suma gravedad de los hechos imputados, que agotan la capacidad de injusto en nuestro derecho y repugnan a toda la humanidad.

En estas condiciones, la Sala extendió incorrectamente los supuestos en los que resulta procedente recusar al juez con motivo en temor de imparcialidad, en tanto no se verifican hechos objetivos del procedimiento que sustenten el temor de parcialidad, conforme la doctrina emanada del fallo “Llerena” de la Corte Suprema (Fallos 328:1491).

Todo esto había sido explicado en el dictamen n° 11.131. No obstante ello, la Sala ignoró estos argumentos que resultaban conducentes para resolver el caso. Del fundamento del fallo recurrido no surgen razones que permitan refutar la postura de esta parte. Esto constituye un supuesto de arbitrariedad de sentencia (Fallos 339:1489, 339:1530, 339:1483, 339:814, entre otros). Es necesario que el tribunal dé respuesta a los planteos de las partes, para que la sentencia constituya una derivación razonada del derecho vigente y de las constancias de la causa. Así, la Corte Suprema afirmó que corresponde hacer lugar a la tacha con sustento en la doctrina de la arbitrariedad cuando el fallo prescinde de dar respuesta a los planteos oportunamente introducidos (Fallos: 339:459).



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Advierto que el argumento relativo a la denegación de la prisión domiciliaria por parte del juez Kreplak (ya transcripto supra), no había sido introducido por el recusante en su planteo. Se trata de un gran *obiter dictum* de los jueces de la Sala III que los hace incurrir en una real situación de parcialidad frente al estricto conflicto que debieron resolver (distinto del objeto principal de la causa). La Sala III se coloca en posición de valorar las resoluciones dictadas por otras salas en abono de un argumento subjetivo, la causa del temor, que ni el propio titular invocó (la parcialidad por que el juez de primera instancia le había denegado la prisión domiciliaria).

Por otro lado, observo que las referencias al otorgamiento de la prisión domiciliaria en distintas causas no guardan relación con la materia debatida en este incidente. Cuando un magistrado concede o rechaza una prisión domiciliaria, lo hace independientemente de su opinión sobre la responsabilidad del imputado. Ésta tiene requisitos propios que no se vinculan con la culpabilidad: razones de edad, de salud, personas incapaces a cargo, riesgos procesales, etc. Si, por alguna razón, el magistrado decidió no hacer lugar al pedido de arresto domiciliario, esa decisión nada nos dice sobre su opinión respecto de la responsabilidad del imputado. Si al decidir de ese modo yerra, existen remedios procesales para corregirlo.

Dado que los motivos de recusación reposan sobre el temor de parcialidad del juez sobre la intervención de Smart en distintos hechos delictivos, la Sala no estaba habilitada a traer de oficio otros hechos no incluidos en el planteo de recusación. Lo que haya argumentado el juez respecto de otros hechos imputados a Smart en otras causas no guarda ninguna relación con la alegada parcialidad en esta causa. Las causales de recusación en este caso no son personales (como podrían ser la amistad o el odio, etc.) sino

referidas al posicionamiento del juez frente a los hechos que se investigan en la causa.

El temor es un estado subjetivo y sólo la parte que lo alega puede decírnos cuáles son los hechos objetivos que la llevan a impulsar el apartamiento del juez. Por el contrario, la introducción de oficio de causales de temor de parcialidad, sí constituye un hecho objetivo fácilmente verificable que puede generar temor de parcialidad. Es que en realidad los argumentos empleados en la resolución impugnada ponen de manifiesto que son los jueces de la Sala que la suscriben quienes albergan preconceptos respecto de la intervención del juez Kreplak en todas las actuaciones que vinculan a Smart. Pero este asunto excede el objeto de este recurso.

VI.- Petitorio.

Por todo lo expuesto, solicito:

1. Se tenga por interpuesto en legal tiempo y forma el recurso extraordinario deducido.
2. Se conceda dicho recurso y eleve los autos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que deje sin efecto la sentencia por esta vía impugnada.

Proveer de conformidad, será justicia.