

*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, 5° piso, de la Capital Federal, domicilio electrónico: 20137350646, en la causa N° FLP 14000003/2003/9/1/CFC6, 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 declarar abstracta la cuestión planteada en la presente incidencia.

II.- Reseña de los hechos.

La incidencia tuvo origen en la recusación del juez Ernesto Kreplak por parte del imputado Jaime Lamont Smart. Fundó su pedido en el hecho de haber presentado una denuncia contra él ante el Consejo de la Magistratura por prevaricato. Aquella denuncia fue presentada el 11 de febrero de 2016. A juicio de la defensa, la denuncia era anterior al proceso, como

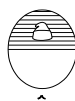
requiere el inciso 9° del art. 55 del C.P.P.N. para la procedencia de la recusación.

El magistrado rechazó su apartamiento porque la denuncia ante el Consejo de la Magistratura había sido rechazada *in limine*. Sostuvo que, de hacerse lugar a lo peticionado, la mera interposición de una denuncia, aunque infundada, bastaría para impedir la intervención de los jueces naturales.

Además señaló que tanto el inicio del proceso, como su designación como subrogante del Juzgado Federal n° 1 de La Plata, fueron anteriores a la formulación de la denuncia.

El 8 de septiembre de 2016, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata resolvió no hacer lugar al pedido de recusación del juez Kreplak. Para así decidir, los jueces que la integran consideraron dudoso que la mera interposición de una denuncia por prevaricato ante el Consejo pueda ser considerada como la “promoción del juicio político” cuando resulta ser rechazada *in limine* en términos que revelan la total falta de sustento de aquella. Al igual que el magistrado recusado, la Sala señaló que el inicio de la causa principal databa del año 2003, es decir que es anterior a la denuncia. Lo mismo ocurre con la designación del juez Kreplak a cargo del Juzgado Federal n° 1.

Contra esa resolución, la defensa interpuso recurso de casación, cuya denegación motivó la presentación de una queja que fue abierta por esa Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal y el recurso de casación concedido.



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

El recurrente sostuvo que, para la procedencia de la recusación, la ley no hace distinciones respecto del rechazo de la denuncia. Considera que basta con su presentación.

Por otro lado, refirió que para la recusación de los magistrados por alguna de las partes, el proceso debe contar con algún imputado o querellante. Según la defensa, a los efectos del inciso 9° del art. 55, la promoción de juicio político debía ser anterior a la incorporación del denunciante al proceso, lo que se verificaría en el caso.

Finalmente, el recurrente mencionó la existencia de otra recusación en trámite.

En el dictamen n° 11.129, postulé el rechazo del recurso de casación. Invoqué jurisprudencia de la propia Sala III, de acuerdo a la cual “la simple denuncia no puede constituir por sí sola causal de recusación... pues ello implicaría otorgarles a las partes un mecanismo para separar a los jueces naturales de la causa, con su sola presentación, aunque carezca de toda seriedad o fundamento, razón por la que el motivo invocado (denuncia ante el Consejo de la Magistratura, desestimada días antes de la resolución de la Cámara Federal de Casación Penal) no puede prosperar...” (CFCP Sala III, “Ahumada Saavedra, Raúl A. s/recusación”, Causa n° 10718, Reg. n° 704.09.3, rta. el 3/06/09). Explicué que era irrazonable que alguien pudiera albergar temor de parcialidad con fundamento en motivos manifiestamente improcedentes.

En cuanto al requisito temporal, dije que a fin de evitar que el imputado pudiera apartar a los jueces naturales a la espera de encontrar otro que

le resulte más favorable a sus pretensiones, la ley establece que la denuncia preceda a la causa y que este requisito no se verificaba, por lo que la recusación debía ser rechazada.

III.- Resolución recurrida.

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

“El señor juez doctor Juan Carlos Gemignani dijo:

“Que en atención a lo resuelto en el día de la fecha en el expediente FLP 14000003/2003/13/1/CFC7, caratulado “SMART, Jaime Lamont s/ recurso de casación“, debe estarse a lo allí dispuesto, de manera que la cuestión planteada en la presente incidencia ha devenido abstracta, lo que así corresponde declarar. Sin costas.

“El señor juez doctor Carlos Alberto Mahiques dijo:

“Que adhería al voto del Dr. Gemignani.

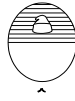
“El señor juez doctor Eduardo Rafael Riggi dijo:

“Que adhería al voto del Dr. Gemignani.

“Por ello, el Tribunal RESUELVE:

“DECLARAR ABSTRACTA la cuestión planteada en la presente incidencia. Sin costas (artículos 471, 530 y 531 –a contrario sensu- del Código Procesal Penal de la Nación)”.

A fin de cumplir con el requisito de autosuficiencia, mencionaré que en el expediente FLP 14000003/2003/13/1/CFC7 al que se hace referencia en la resolución transcrita se resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Smart y apartar al juez Ernesto Kreplak.



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

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.

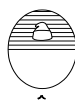
b) Sentencia definitiva.

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. La solución del caso se encuentra directamente vinculado al principio de mejor administración de justicia, toda vez 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 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



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

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 Nacional 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).

Además debemos recordar que en los casos en los que se imputan delitos de lesa humanidad se encuentra comprometida la

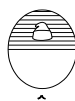
responsabilidad internacional del Estado Argentino, que debe garantizar el juzgamiento de todos los hechos de esas características, de acuerdo con el derecho internacional vinculante para nuestro país (del caso “Velásquez Rodríguez”, Corte IDH, para acá; Fallos: 328:2056 “Simón”; 330: 3248 “Mazzeo”; 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).

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 omite 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.

La resolución recurrida tiene como particularidad que, en gran medida, su validez depende de la suerte que corra aquella dictada en el expediente FLP 14000003/2003/13/1/CFC7. A fin de dar cumplimiento al requisito de autosuficiente, transcribiré aquí los fundamentos del recurso extraordinario interpuesto contra aquella:

“En la resolución recurrida, el magistrado que votó en primer término sostuvo que, antes de recibirle declaración indagatoria, el juez



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

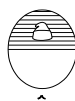
Kreplak había dado por probados ciertos hechos ya transcritos más arriba, y que estas actitudes denotaban una posición frente al imputado marcadamente alejada de la objetividad que todo proceso exige. El resto de los integrantes de la Sala III compartieron aquellos argumentos. Esto es un error. La declaración 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 prejuizgamiento. La provisionalidad de la acusación surge claramente de su atribución “prima facie”, es decir, a primera vista. De los pasajes transcritos 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 meritarse 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 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



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

de juicio, es razonable sospechar que su opinión está inclinada en favor de la condena.

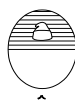
“Distinto es el caso del juez Kreplak, quien como juez de la etapa instructoria, está encargado de la investigación, la recopilación de pruebas y el resguardo de las garantías. Decidir de manera definitiva sobre la responsabilidad del imputado no está entre sus facultades. Pero esto no significa que 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).

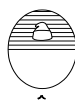
“Por otro lado, observo que las referencias al otorgamiento de la prisión domiciliaria en distintas causas no guardan relación con la materia debatida en este incidente. Cuando un magistrado concede o rechaza una prisión domiciliaria, lo hace independientemente de su opinión sobre la responsabilidad 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 decirnos 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”.

No obstante estos argumentos, advierto que para declarar abstracto el objeto de este expediente, la Sala III invirtió arbitrariamente el orden de los expedientes FLP 14000003/2003/9/1/CFC6 y FLP 14000003/2003/13/1/CFC7. De esa manera, los magistrados evitaron expedirse sobre los argumentos manifiestamente improcedentes que recusante expuso en este incidente. Así se contravino la jurisprudencia de la Corte Suprema que exige que “cuando las recusaciones introducidas por las partes son manifiestamente inadmisibles, deben ser desestimadas de plano” (Fallos 340:810, 340:863, 339:270, 330:2737, 329:3127, entre muchos). Además, la Sala ignoró su propia jurisprudencia -invocada por esta parte al emitir opinión sobre el recurso de casación de la defensa- según la cual la simple denuncia no



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

puede constituir por sí sola causal de recusación pues ello implicaría otorgarles a las partes un mecanismo para separar a los jueces naturales de la causa, con su sola presentación, aunque carezca de toda seriedad o fundamento (CFCP Sala III, “Ahumada Saavedra, Raúl A. s/recusación”, Causa n° 10718, Reg. n° 704.09.3, rta. el 3/06/09).

El planteo del recurrente ni siquiera se ajustaba al requisito temporal que exige que la recusación sea formulada con anterioridad al inicio de la causa. Recordemos que la recusación es de fecha 11 de febrero de 2016 y que la causa fue iniciada en 2003. En este sentido, nuestro la Corte Suprema afirma que “para que la formulación de una denuncia dé sustento a la recusación de un magistrado, o a su excusación, se requiere que aquélla sea efectuada con anterioridad al inicio del proceso en el que éste interviene, ya que de adoptarse un temperamento contrario, resultaría fácil para un litigante de mala fe apartar indebidamente al magistrado del conocimiento de la causa” (Fallos 330:2574).

De haberse adentrado al estudio de los agravios del recurrente, hubiese resultado manifiesto que la defensa de Smart está intentando apartar al juez natural de la causa a la espera de que sea designado otro más favorable a sus pretensiones y que el expediente FLP 14000003/2003/9/1/CFC6 -del cual depende la suerte de éste- sólo es parte de este esfuerzo.

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.