

Poder Judicial de la Nación

C. 46922 “Incidente de recusación del Dr. Daniel E. Rafecas, promovido por el Sr. José María Núñez Carmona”

Jdo. 3 Sec. 5

Reg. 353

//////////nos Aires, 26 de abril de 2012.

I)

Interviene esta Alzada como consecuencia del pronunciamiento del Dr. Daniel Eduardo Rafecas, titular del Juzgado nro. 3 del fuero, por el cual rechaza la recusación formulada por José María Núñez Carmona (cfr. art. 61 del CPP).

Para así resolver, el magistrado abordó y contestó, una por una, las críticas contra él dirigidas. Respecto de los comentarios publicados por el diario “Perfil”, reconoció las incomodidades que podían ocasionar a los justiciables la exposición de aristas de sus procesos en los medios de comunicación masiva, mas reparó en que el recusante no había explicado de qué manera esa publicación demostraba una pérdida de imparcialidad en su perjuicio, sobre todo cuando sus dichos estuvieron dirigidos a relativizar las aseveraciones periodísticas que se efectuaban en contra de ciertas personas. Esas manifestaciones –“estrictamente efectuada(s) a título informativo”, en palabras del juez- no implicaron prejujuamiento. En cuanto a la trascendencia pública de ciertas diligencias procesales, el magistrado recondujo la atención a lo obrado en el plano jurídico y a los mecanismos procesales previstos para atacar las decisiones adoptadas a la hora de acceder o denegar las medidas requeridas por el Fiscal. Con relación al testimonio de Laura Muñoz, el juez, posicionado y autodenominado como *juez de garantías*, remarcó la inexistencia de medidas a él solicitadas por el Fiscal que se hayan basado o fundamentado en aquel testimonio. En ese rumbo, recordó que los desaciertos, vicios o errores de las decisiones o resoluciones judiciales no eran configurativos de causal recusatoria

USO OFICIAL

sino que, en todo caso, debían ser atacados por las vías procesales pertinentes. En cuanto a las comunicaciones con Danuzzo Iturraspe y al hecho de que habría sido abogado de Nuñez Carmona desde hacía varios años, el magistrado dijo que ello no le constaba y que se acercó a su despacho “por motivos personales (debido a que se habría ventilado su nombre en un rol puramente formal y secundario en una sociedad que en los medios periodísticos aparecía relacionada con alguno de los hechos objeto de esta causa) y que, luego, ese acercamiento derivó en una suerte de función de *lobby* que fue desarticulada por el suscripto, a punto tal que entre las alegadas impresiones intercambiadas con éste expresamente figuraría una advertencia de mi parte en cuanto a que éstas –y lo destaco nuevamente- ‘no debían tomarse como directivas’”. Agregó que las conversaciones se produjeron dentro de un ámbito privado -por ello evaluaría si impetraba o no una posible acción judicial por “violación a la privacidad de las comunicaciones”- cuando la causa se encontraba en una etapa embrionaria y preliminar. En respuesta a la interpretación de que el intercambio con Danuzzo Iturraspe se realizó para llevar al recusante a cometer yerros procesales, adujo que se trataba de una “grosera especulación” pues su postura allí era la misma que había evidenciado el diálogo con la periodista del diario Perfil y con la posterior denegación del registro a su domicilio, además de que remarcar que su interlocutor no era parte en la causa –ni las representaba- sino tan sólo un extraño. Para fortalecer esto último, expresó que el legislador había previsto taxativamente quiénes podían considerarse *interesados* en los términos del inciso 10 del artículo 55 del código de forma (cfr. art. 56 CPP). Respecto de la filtración de información de la causa a los medios de comunicación, negó toda responsabilidad y se apoyó en las explicaciones vertidas por el Fiscal en su escrito obrante a fs. 837/9. Como colofón, el magistrado estableció un paralelismo con la causa 9.900/00 caratulada “Cantarero, Emilio Marcelo y otros s/ cohecho”, de gran trascendencia pública y también instruida por su juzgado, donde también se efectuaron cuestionamientos a su imparcialidad.

El recusante informó por escrito ante esta Alzada (cfr. art. 61 CPP).

II)

Poder Judicial de la Nación

Preliminarmente corresponde aclarar que la doctrina jurisprudencial sobre la cual el magistrado concluye que la recusación es un mecanismo de excepción, con el derivado de que debe seguirse un criterio *absolutamente restrictivo* para su procedencia, responde a una postura que fue matizada sensiblemente, en particular, a partir del fallo *Llerena* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 328:1491). Ese mismo año, esta Sala resolvió el caso *Rosatti*, donde se dijo: “*La garantía de imparcialidad del juzgador, intrínsecamente relacionada con la de debido proceso, ha experimentado una evolución significativa a partir de su inclusión expresa en el bloque constitucional. Así se desprende de los artículos: 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 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.- De tal modo, no sólo se ve reafirmada por esas cláusulas (antes de la última reforma constitucional se derivaba de los artículos 18 y 33 C.N) sino que su elevación al rango de garantía de derecho internacional ubica a nuestro país como sujeto obligado y pasible de responsabilidad con ese alcance.- La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se hace eco de este avance y deja en claro ciertas pautas que no pueden ser ignoradas a la hora de abordar el instituto de la recusación (v. L. 486. XXXVI, “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones – arts. 104 y 89 del Código Penal – Causa N° 3221-”, rta. 17/5/05).- Partiendo de distinguir los dos aspectos de la garantía – el objetivo y el subjetivo-, se define al primero como el temor de parcialidad que puede sentir el justiciable frente a hechos objetivos, más allá de la persona en sí del juzgador. El interés particular de este último, su convicción, atañe al plano subjetivo.- La importancia de la distinción radica en que el temor de parcialidad se concibe como algo independiente de la honorabilidad, honestidad o desempeño concreto de los jueces. Y ello se explica a partir de que el centro de gravedad, el eje del asunto, gira en derredor del justiciable como titular de la garantía. Entender la recusación como un derecho de quien es juzgado es un presupuesto necesario para cualquier análisis sobre la materia.- Esta misma Sala ya había distinguido las dos caras y definido al aspecto objetivo como aquel que refería a si el juez ofrece las garantías suficientes para*

excluir cualquier duda sobre su imparcialidad, llegando a afirmar que “todo juez en relación con el cual puede haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer en el caso” (CCCF, Sala I. c. 35051 “Gauna, Fernando s/ recusación”, rta. 6/5/03, reg. 331).- Pero lo relevante es que ahora con toda claridad lo enuncia el más Alto Tribunal desde el lado de la garantía del justiciable, lo que implica reconocer una pauta de interpretación amplia. En este sentido, el fallo “Llerena” lo hace explícito al apoyarse en Ferrajoli cuando explica que mientras “si para la acusación esta recusabilidad tiene que estar vinculada a motivos previstos por la ley, debe ser tan libre como sea posible para el imputado. El juez, que...no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial” (del considerando 24).- El temor de parcialidad se convierte, como describe Maier, en un motivo genérico de exclusión del juez, que da cuenta de un sistema abierto en contraposición a la doctrina que bregaba por una interpretación taxativa o restrictiva de las causales incluidas en los códigos de procedimiento (Maier, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal. II. Parte general. Sujetos procesales”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004, pág. 559).- Así lo había formulado, también, el Procurador General de la Nación en el precedente “Zenzerovich”, al sostener que “Los Tribunales han entendido que la enumeración de las causales de inhibición y recusación son taxativas y de interpretación restrictiva. Por el contrario, nosotros entendemos que la enumeración hecha en la ley no reviste esas características sino que debe permitirse a los interesados demostrar la existencia de un temor razonable por la posible parcialidad de un juez, apoyado en razones analógicas que fundan seriamente su pretensión” (Fallos 322: 1941).- Estamos, pues, frente a una toma de posición clara, que abandona la interpretación restrictiva de las causales que permiten la aplicación del instituto cuando se trata de atender a la tranquilidad del justiciable de contar con un tribunal imparcial. Una larga trayectoria en ese sentido de la Corte Europea de Derechos Humanos (Delcourt – 17/1/70-, Piersack- 1/10/82-, De Cubber – 6/10/84), que fuera luego fuente de su similar a nivel interamericano (Schmidt – 13/11/85)-), es definitivamente incorporada a

Poder Judicial de la Nación

nivel nacional.- El límite, obviamente, está en la demostración de la existencia de signos objetivos que generen dudas razonables sobre el proceder imparcial. Roxin lo enuncia de la siguiente manera: “Un juez que no está excluido de pleno derecho, puede ser recusado por temor de parcialidad, cuando exista una razón que sea adecuada para justificar la desconfianza sobre su imparcialidad...no se exige que él realmente sea parcial, antes bien, alcanza con que pueda introducirse la sospecha de ello según una valoración razonable” (Roxin, Claus, “Derecho Procesal Penal”, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2000, Págs. 42/43).- Una “Preocupación legítima” (CCCF, Sala I, c. 28.100 “Moreno Ocampo, L. s/recusación”, rta. 22/1/96, reg. 1050), “fundamentos serios y razonables” (CCCF, c. 29.365 “Cavallo, Domingo F. s/ recusación”, rta. 10/05/99, reg. 318), y “una valoración razonable”, son todas fórmulas que apuntan a lo mismo: que el temor esté justificado” (c. 38429, rta. 27/10/05, reg. 1223).

La misma línea jurisprudencial fue reflejada en *Mitre y Saguier*, precedente en el que dijimos: “A diferencia de lo que ocurre con la imparcialidad personal o subjetiva, la que se presume mientras no se demuestre lo contrario (conf. casos del T.E.D.H. mencionados y “Albert” y “Le Compte”, del 10/2/1983, Boletín... cit., p. 904), en lo que hace a la perspectiva objetiva “...se debe determinar si... hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia.” (del caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica” de la C.I.D.H.; en similar sentido del T.E.D.H. en “Delcourt”, del 17/1/1970, Boletín...cit., p. 183, en “Piersack” y en “De Cubber”). No debe perderse de vista que, tal como señalara Bauman, “...no se trata de que el juez sea parcial; es suficiente que existan motivos que justifiquen la desconfianza sobre la imparcialidad del juez. Las razones no deben llevar concretamente a esta desconfianza, siendo suficiente que sean idóneas para insinuar esta conclusión.” (Bauman, Jürgen, *Derecho Procesal Penal*, traducción: Conrado A. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 157; con similares palabras, Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, traducción: Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 43)” (c. 43089, rta. 30/7/09, reg. 702).

Tales citas bastan para ilustrar que la imparcialidad, comprendida como garantía del justiciable, impide sostener un criterio *absolutamente restrictivo* para evaluar la procedencia de la recusación.

Por lo demás, no es posible pasar por alto que el precedente *Schalscha* (c. 30621, rta. 15/4/1999, reg. 254), en el que se apoya el Dr. Rafecas para defender una tesis restrictiva, se refiere a la inadmisibilidad de los pedidos de apartamiento basados en cuestionamientos al contenido de las resoluciones o a sus defectos formales, es decir, a supuestos evidentemente distintos al que ahora es objeto de estudio.

Dicho esto, es preciso determinar si aquí estamos frente a una preocupación legítima en base a fundamentos serios y razonables que indiquen que el temor de parcialidad está justificado, o bien frente a un intento ilegítimo de remover a quien fuera legalmente designado para investigar los hechos denunciados.

III)

Es correcto no identificar las expresiones publicadas por el diario *Perfil* con la causal de prejuzgamiento prevista como motivo de apartamiento. Dejando a un lado el hecho de que el recusante nada objetó dentro de las 48 horas que estipula el ritual para recusar por causal sobreviniente –en este caso, los dichos ante la prensa- (cfr. art. 60 CPP), lo cierto es que el magistrado no adelantó juicios ni exhibió una voluntad de comprometer a José María Nuñez Carmona ni a otros imputados (v. c. 44.410 “Incidente de recusación planteado por los Dres. Santiago Feder y Ricardo Rosental, defensores de Mauricio Macri”, rta. 14/4/11, reg. 347). Lo actuado en el expediente respalda esa afirmación.

Del mismo modo, también es correcto reconducir las críticas asociadas a lo obrado en el expediente, a las peticiones, recursos y otras herramientas que las partes poseen para manifestar su desacuerdo con la actuación de quien instruye o resuelve medidas jurisdiccionales. En esto, el juez parece referirse a los interrogantes acerca de la validez del testimonio de Laura Muñoz, en tanto claro está que la defensa poseía mecanismos para requerir su exclusión como prueba. Lo mismo puede decirse respecto de aquellas decisiones jurisdiccionales que a criterio del recusante se basaron en esa declaración. La

Poder Judicial de la Nación

recusación no es la vía para anular ese testimonio, excluirlo de la prueba o cuestionar la validez de los actos que pudieron basarse en él.

Tampoco cuanto se dice acerca de la responsabilidad del juez en torno a no haber preservado debidamente el secreto de las actuaciones es suficiente para apartarlo, pues, sin perjuicio de las explicaciones brindadas por el fiscal Carlos Rívolo (v. fs. 837/839), no hay ligazón directa entre ese reproche y la pérdida de imparcialidad denunciada.

Sólo hasta aquí se comparte el razonamiento del juez.

En lo que atañe a la forma en que procedió y se vinculó con Ignacio Danuzzo Iturraspe mientras representaba a la jurisdicción en esta causa, los motivos del recusante cobran particular fuerza. Contrariamente al lugar secundario que el Dr. Rafecas asigna a las conversaciones mantenidas a través del sistema *WhatsApp* y también, aparentemente, en su juzgado, su contenido revela más que un simple intercambio de opiniones con un extraño a la causa. Ciertamente es que ese contenido no salió a la luz por voluntad del magistrado; también lo es que las comunicaciones privadas gozan de tutela constitucional (cfr. art. 18 CN). Sin embargo, a los fines de esta incidencia no puede dejar de ser tenido en cuenta, en tanto recusante y recusado se refieren a él y dado que nuestra tarea no es juzgar la actuación del magistrado sino establecer si existen razones fuertes que permitan acoger el pedido de apartamiento, como consecuencia de hacer valer la garantía en el sentido antes mencionado.

En primer lugar no es posible considerar a Danuzzo Iturraspe un extraño ajeno al proceso. Como el mismo Dr. Rafecas lo reconoce, el abogado estaba mencionado como integrante de una sociedad que había aparecido relacionada –aclara, “en los medios periodísticos- con algunos hechos objeto de la causa. Y según lo manifestó el propio letrado al Consejo de la Magistratura, él era abogado de José M. Nuñez Carmona desde 2008 y había concurrido a ver al magistrado al empezar la causa para iniciar de ahí en más un diálogo acerca de las distintas cuestiones que se estaban investigando y acerca del desarrollo procesal de la encuesta (v. fs. 17 del expte. 74/2012 del Consejo). En síntesis, el intercambio no ocurrió entre el juez y un extraño, sino entre el juez y un abogado de su confianza íntimamente allegado a uno o más imputados

(sin descartar que él mismo podía aparecer de algún modo mencionado en la investigación).

De la mano de lo anterior, tampoco puede ser asimilado a meras opiniones sin razón aparente o a comentarios casuales un diálogo de varios días de duración, dedicado exclusivamente a aquella temática, más allá del tono íntimo y coloquial utilizado o de la relación de amistad preexistente. Yendo una vez más a los dichos de Danuzzo Iturraspe ante el Consejo, de allí puede leerse que el juez le transmitía cuanto menos su opinión autorizada (v. fs. 18 del expediente citado).

Como se observa, la prueba ofrecida por el recusante es la que le da sustento a la sospecha de parcialidad. Ella controvierte las explicaciones del juez y lo posiciona concretamente en una de las causales que el legislador concibió como suficiente para justificar el apartamiento: el haber dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso a alguno de los interesados (cfr. art. 55, inciso 10, del CPP).

Está claro, entonces, que Danuzzo Iturraspe era mucho más que un “extraño en este proceso”, como lo denomina el juez. Él, por lo pronto, representaba a un *interesado* en el proceso y por ello es procedente la causal.

Cuando el artículo 56 del código de rito dice que se considerarán *interesados* el imputado, el ofendido o damnificado y el civilmente demandado, no está negando la posibilidad de que los consejos o manifestaciones extrajudiciales se formulen a través de terceros, particularmente, letrados que puedan asistirlos. Esa es la interpretación que mejor resguarda el derecho –cfr. art. 2 CPP- y la que distingue razonablemente los casos de vinculación del juez con los interesados, de aquellos de vinculación directa de él con el proceso, dentro de los cuales se incluye el “haber dado recomendaciones acerca de la causa antes o después de comenzada, aconsejando o manifestando su opinión sobre el asunto a alguno de los interesados” (Clariá Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Buenos Aires, 1998, pág. 297). Es de toda lógica que una vez en marcha una causa judicial, tales actos impropios se canalicen por medio de quien conoce la técnica y puede interpretar mejor aquellos consejos u opiniones. De acuerdo a lo testificado por Danuzzo Iturraspe, las manifestaciones del juez no respondían a saciar su simple curiosidad sobre

Poder Judicial de la Nación

el caso sino a utilizarlo de vía para que cierta información llegase a Nuñez Carmona y, posiblemente, a otros imputados. La finalidad -ya sea *ayudarlos, transmitirles tranquilidad* o llevarlos a cometer *yerros procesales*- no es un dato que importe a la hora de encuadrar su conducta dentro de los supuestos del artículo 55 del digesto.

En cuanto a esto último, de todos modos, corresponde mencionar que da pábulo a la sospecha del recusante –que unió la conversación a la comisión de eventuales yerros procesales-, la singular manifestación del fiscal Rívolo, efectuada en el expediente con fecha 11 del corriente mes, es decir, con posterioridad a la presentación del Consejero Hernán Ordiales -9 de abril-, pero adelantándose llamativamente al pedido de recusación aquí analizado -16 de abril- (sin tener siquiera conocimiento, como él admite, del tenor de las conversaciones mantenidas con Danuzzo Iturraspe). La lectura de ese escrito fomentó, en el incidentista, la razonable preocupación de haberse alterado la figura triádica del proceso pues, amén de observar que el titular de la acción penal habría aprovechado la ocasión para procurar su propia defensa –aspecto sobre el que no cabe hacer comentarios- (v. punto “V” del escrito de recusación y punto “II” de la presentación del fiscal obrante a fs. 837/839 del expte. ppal.), vió en él una posible actuación coordinada entre esa parte y el juez que, entre otras cosas, explicaría por qué el acusador no exigió su apartamiento pese a la noticia de que habría informado detalles de la causa, o aconsejado, a un abogado ligado a su contraparte.

Aun cuando expresamente el Dr. Rafecas aclaró que sus comentarios “no debían tomarse como directivas” –según sus palabras-, no es esa la exigencia de la norma al establecer la causal. A ella le bastan los consejos y opiniones pues el acento está puesto en la trascendencia de que éstos provengan del propio juez de la causa, incluso sin importar su buena fe.

Obviamente no exime del mandato de inhibirse por tales procederes la mera circunstancia de haber delegado la instrucción en el fiscal (cfr. art. 196 y ccdtes.CPP). No se deja de ser juez al delegar en el titular de la acción penal la instrucción de la causa. Por el contrario, los rasgos de imparcialidad se acentúan y sus deberés también, ya que no lleva en sus espaldas la difícil tarea de investigar y al mismo tiempo preservar su juicio. Por ello,

actuar como juez de garantías no lo posiciona en un mejor lugar para resistir la recusación; en rigor, es al revés. También por ello, no es ajustado el paralelismo entre esta causa con la investigación conducida por el Dr. Rafecas y conocida publicamente como “*el caso de los sobornos del Senado*” –c. 9.900/00-, porque allí el magistrado actuaba como juez de instrucción, condición especialmente valorada por el tribunal de alzada al contestar los planteos recusatorios (“*Por último, no puedo dejar de señalar que el alegado ‘direccionamiento’ del proceso por parte del juez de grado en cuyo contexto pidió el recusante que se analizara la presente, encuentra explicación –antes que en la sospecha de parcialidad subjetiva invocada- en la difícil situación en que el propio CPPN coloca a un mismo magistrado al asignarle simultáneamente la doble función de investigar y juzgar (cuanto menos provisoriamente el mérito de la prueba reunida en un sumario), situación que ha sido señalada –al menos- como problemática en relación con las garantías orgánicas que pretenden mantener la figura triádica del proceso, y así, la imparcialidad del juzgador tanto subjetiva como objetiva*” –del voto del Dr. Eduardo G. Farah en c. 39.536 “Flamarique, Alberto s/incidente de recusación”, rta. 4/7/07, reg. 707-).

En consecuencia, acreditada por circunstancias objetivas una causal expresamente prevista por el legislador, que da sustento serio y razonable al temor exteriorizado por el recusante, resulta obligado el apartamiento del Dr. Rafecas, sin que sea necesario abordar otras razones invocadas por el recusante.

IV)

En virtud de las consideraciones precedentes, el Tribunal

RESUELVE:

HACER LUGAR a la recusación del juez Daniel Eduardo RAFECAS, formulada por el Dr. Diego Pirola, abogado defensor de José María Núñez Carmona.

Regístrese, comuníquese mediante oficio al Sr. juez recusado y remítase el presente incidente junto con los autos principales a la Secretaría General de la Cámara a fin de que se desinsacule el magistrado que deberá intervenir en el proceso, quien deberá cumplir con las notificaciones de rigor.

Sirva el presente de atenta nota de envío.



Poder Judicial de la Nación

FDO. Eduardo R. Freiler, Jorge L. Balletero, Eduardo G. Farah. Ante mí:
Sebastián N. Casanello, Secretario de Cámara.

USO OFICIAL