



FUNDAMENTOS DEL VOTO DISIDENTE DE LOS DOCTORES: *LEÓNIDAS MOLDES,*

En Buenos Aires, a los 6 días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, sesionando en la Sala de Plenario del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación "Dr. Lino E. Palacio", con la Presidencia del Dr. Miguel A. Piedecabras, los señores consejeros presentes, y

VISTO:

El expediente N° 30/2015, caratulado "Carrió Elisa María Avelina c/Dr. Rafecas Daniel Eduardo (Juez Federal) y sus acumulados n° 148/2016 y 163/2016, de los que

RESULTA

I. El presente sumario se inicia con la presentación formulada por la Diputada Nacional Elisa María Avelina Carrió contra el Dr. Daniel Eduardo Rafecas, titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 por mal desempeño en sus funciones, en la que solicita se disponga la apertura del procedimiento de remoción, se ordene su suspensión y oportunamente se proceda a la acusación en los términos del art. 115 de la Constitución de la Nación Argentina.

En la misma la Dra. Carrió afirma que existen elementos para asegurar que el Dr. Rafecas ha incurrido en negligencia en el ejercicio del cargo, a la vez que le imputa la concreción de actos de arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones (art. 25 incisos 4° y 5° de la Ley 24.937).

Sostiene que "el magistrado ha desestimado sin más la

gravísima denuncia efectuada por el Dr Alberto Nisman (...) [en] la causa N°777/2015 caratulada 'Fernández de Kirchner Cristina y otros s/encubrimiento' (...), sin dar lugar a la mínima investigación de los hechos denunciados y mediante un posicionamiento arbitrario, predominantemente político, impropio de un Juez de la Nación".

Seguidamente, bajo el título "Antecedentes y conducta observada por el magistrado. Manifestaciones políticas en su decisorio y cierre injustificado de una causa con trascendencia institucional", la Diputada Carrió alega que el Magistrado, con su resolución desestimatoria por inexistencia de delito del 26 de febrero de 2015, abortó toda posibilidad de investigación de la denuncia efectuada por el fiscal Nisman.

En consecuencia, sostiene que la decisión de proceder al cierre del sumario, sin realizar ninguna de las medidas que habían sido propuestas en el requerimiento de instrucción por el Fiscal Pollicita -quien se hiciera cargo de la investigación -, coartó la posibilidad de contar con información esencial para el esclarecimiento del caso.

Sobre la cuestión, la diputada afirma que "el magistrado (...) ha imposibilitado que la Justicia Federal continúe tras las pruebas e indicios existentes a fin de llegar a la verdad material de los hechos [esgrimiendo] como fundamento del decisorio, manifestaciones que (...) alertan y preocupan (...) por su alto contenido político que lo alejan de la actividad propiamente jurisdiccional, y denotan una total carencia de independencia e imparcialidad para decidir en el caso".

Pone de resalto la Dra. Carrió que el alto contenido de opinión política plasmado en la fundamentación de la resolución dictada por el Dr. Rafecas, "lejos está de un ejercicio decoroso e independiente de la magistratura" y que, además, todo indica que ha sido influenciado por un interés



personal, parcializando lo hechos para beneficiar a una de las partes del proceso.

En cuanto a la inexistencia de delito que funda el fallo desestimatorio que nos ocupa, la diputada Carrió refiere que "la afirmación acerca de que [la creación de una Comisión de la Verdad] es un acto preparatorio sin relevancia penal requiere de mayor información de la que se [tenía] en orden a los acontecimientos denunciados por el Dr. Nisman e importa[ó] un recorte del ámbito de prohibición del delito de encubrimiento por favorecimiento personal a través de exigencias no contenidas en el tipo penal. Por otra parte, también [fue] precipitado el cierre del legajo, desde el punto de vista de que obsta a la búsqueda de las evidencias acerca de la finalidad perseguida por las personas que intervinieron en la creación de la Comisión de la Verdad".

Señala que "las negligencias y arbitrariedades cometidas por el Dr. Rafecas (...) van más allá del aspecto "opinable" de una resolución jurisdiccional (...) son prueba indiscutible de su mal desempeño y, en efecto, aparecen claramente enderezadas y concatenadas entre sí para (...) impedir que se instruya una causa judicial con el fin de lograr la impunidad de los sujetos involucrados."

Finaliza diciendo que "estamos frente a la actuación de un juez que omite actuar conforme a derecho, toda vez que ha incumplido con su deber de investigar para alcanzar la verdad material de los hechos denunciados".

II. El 28 de abril de 2015, la Comisión de Disciplina y Acusación resolvió notificar al Dr. Daniel Eduardo Rafecas en los términos del Art. 11 del RCDA, quien se presenta a fs.98/98 vta., a los efectos de contestar el traslado

USO OFICIAL

conferido.

En su presentación del 1° de julio de 2015 el magistrado denunciado acompaña copias certificadas de piezas procesales de la causa N°777/2015 y manifiesta que "entiend[e] que la sola lectura de los fundamentos tanto de la segunda instancia como el de Casación, sumado a lo allí decidido, [le] ahorran más agregados o comentarios" y solicita se desestime la denuncia.

III. Con fecha 21 de junio de 2016 el Diputado Nacional Waldo Wolff realiza la presentación que diera inicio al expediente 148/2016, caratulado "Wolff Waldo c/ Dr. Rafecas Daniel (Juzg. Crim. Correcc. Fed. N°3)", en el cual acusa al magistrado por mal desempeño en virtud de la realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones (art. 25 inc. 4 de la ley 24.937, modificada por la ley 26.855) y la posible comisión de delitos de acción pública.

Relata el denunciante que con fecha 26 de febrero de 2015 siendo él vicepresidente de la DAIA fue citado, junto al presidente [Sr. Julio Schlosser] y el secretario de dicha institución [Sr. Jorge Knoblovits], al despacho del Dr. Rafecas, y que en dicha ocasión, el magistrado les manifestó que iba a desestimar "in limine" la denuncia presentada por el fiscal Dr. Alberto Nisman, fundando su decisión en la inexistencia de delito en razón de que el instrumento objeto de la denuncia -conocido como "Memorándum de Entendimiento con Irán"- no estaba vigente.

Refiere asimismo que el Dr. Rafecas exhibió y puso en conocimiento de los presentes la existencia de dos escritos firmados por Nisman que fueron encontrados en la caja fuerte de la Fiscalía -remitidos con un testimonio escrito de la Secretaria Dr. Soledad Castro-, con la misma fecha y totalmente opuestos el uno del otro, en uno ponderando la



actuación del Poder Ejecutivo y en el otro criticándolo de manera denodada, diciéndoles "A que Nisman le creo?", para luego hacer ingresar a uno de sus secretarios y firmar el fallo delante de los presentes.

Sostiene el Sr. Wolff que el juez Rafecas fue "definitivamente parcial y actuó en connivencia con quienes se mostraron muy interesados en que la causa (...) no se abriera a investigación", desestimando la denuncia y no produciendo ninguna de las más de cuarenta medidas de prueba solicitadas por el fiscal Pollicita en su requerimiento de instrucción, y direccionando los fundamentos de su sentencia en función de los dos documentos encontrados en la caja fuerte de la fiscalía.

El denunciante reflexiona luego sobre la "casualidad" de escuchar la misma expresión que el magistrado denunciado había manifestado ante ellos días antes en su despacho.

Afirma el diputado que el magistrado manipuló en su decisorio el testimonio firmado por la Dra. Soledad Castro respecto a la supuesta contradicción entre los dos documentos firmados por Nisman, fraccionándolo en párrafos de manera tal que, al leerlos en el orden planteado en el fallo, hicieran creer lo contrario a lo manifestado en la declaración original.

Relata que luego de haber comprendido la maniobra de descrédito se comunicó con la Dra. Soledad Castro y le preguntó sobre su declaración y sobre los supuestos dichos de la Dra. Castro sobre el estado de salud mental del fiscal Nisman, transmitiéndole ella que "nunca podría haber expresado ningún concepto de ese tenor (...) y que no pensaba en absoluto lo afirmado por el Juez".

En otro orden de ideas, el Lic. Wolff refiere que con

fecha 2 de marzo de 2015, al finalizar la entrevista con Nelson Castro para su programa en la señal televisiva "Todo Noticias" en la cual había expresado su opinión en torno al fallo desestimatorio, la manipulación de las constancias del expediente y la tergiversación los dichos de la Dra. Soledad Castro, recibió una llamada a su celular, que era del Dr. Rafecas. Manifiesta que en dicha llamada el magistrado lo intimidó y hostigó para que deje de criticar su fallo en los medios, y antes de cortar, una persona que estaba a su lado lo amenazó.

Por último, sostiene el legislador que con posterioridad a ese hecho procedió a hacer la respectiva denuncia por amenazas, tras lo cual "en notas periodísticas de esos días, el juez Rafecas reconoció que me llamó a mi teléfono después del programa [donde fue entrevistado por Nelson Castro], (...) afirmando que nuestra conversación fue en buenos términos".

Finaliza su denuncia expresando que el magistrado denunciado "ha abusado de la función judicial (...) como una herramienta para falsear circunstancias de una causa en trámite ante su tribunal al servicio de no abrir la investigación (...) y contribuir con la operación de desprestigio del fiscal Nisman emprendida desde las más altas esferas del gobierno anterior (...) destaca[ndo] que el mal desempeño del juez denunciado (...) deriva del conjunto de circunstancias concomitantes relatadas (...) absolutamente desviadas de la rectitud con la que debe desempeñarse un juez (...)".

A fojas 172 con fecha 14 de Julio de 2016 la Comisión de Disciplina y Acusación resolvió la acumulación de estos actuados al expediente 30/2015 y notificar al Dr. Daniel Eduardo Rafecas de ello en los términos del art 11 del RCDA

IV. Se presenta Dr. Daniel Eduardo Rafecas a fs. 238/244 vta. y contesta el traslado conferido. En su descargo realiza



una manifestación y niega los planteos realizados en la denuncia, concluyendo que por lo expuesto debe desestimarse la misma.

Concretamente refiere el magistrado que el Diputado Nacional Waldo Wolff "[lo] ha estado acusando públicamente -y ahora también ante este Consejo- de "tergiversar" la voluntad del [Fiscal Nisman] con relación a los dos dictámenes (...) fechados en diciembre de 2014 y enero de 2015 ".

Respecto de ello, afirma que no los empleó como prueba para fundamentar la desestimación, sino que la mención que hiciera de ellos en la resolución desestimatoria consta en la parte final como "un componente ciertamente llamativo del proceder del Sr. Fiscal denunciante".

Asimismo manifiesta que la versión de que los documentos estaban desactualizados o desfasados es una versión parcial y subjetiva del diputado Wolff, que por el contrario del propio texto de los documentos surge la contemporaneidad de los mismos con la época de confección y presentación de la denuncia penal, concluyendo que "es absolutamente lógico afirmar, como sostuv[o] en el fallo que se cuestiona, que el hallazgo de ambos documentos firmados en todas sus fojas por el Dr. Nisman (...) se encontraban actualizados (y no "desfazados") a la fecha de la firma de los mismos y debieron ser entonces necesariamente contemporáneos con la preparación y redacción de las 281 páginas de la denuncia penal que luego fuera desestimada por el suscripto, por la Sala I de la Cámara Federal (...) y también en la instancia de Casación Federal." (fs.239)

Sostiene que la versión brindada por la Dra. Soledad Castro en cuanto a que habría recibido indicaciones de parte

del Dr. Nisman a fines de 2014 de extraer toda alusión positiva al acuerdo no le quita certeza a la cuestión denunciada toda vez que los dos documentos fueron actualizados, impresos, fechados y sellados al menos entre noviembre y diciembre de 2014 y que ello es más que suficiente para justificar la forma en que quedaron plasmadas las citas textuales de los documentos y las explicaciones que brindó a los tres dirigentes de DAIA en su despacho el día en que firmó la sentencia.

Argumenta que "en [su] experiencia (...) cuando un Fiscal General le pone la firma a un documento público (...) se lo sella, y se le coloca la fecha, ese funcionario, en ese momento, se está haciendo cargo de cada palabra de ese documento al que le estampa su firma. Y si hay algo que ya no comparte, (...) es sin más destruido (...) y no, como ha sucedido en este caso, guardado en la caja fuerte acompañado de certificados y oficios, también sellados, fechados y firmados por ese mismo Fiscal General, para ser presentados (...)". (fs.239)

Respecto de la reunión en su despacho, el juez afirma que le llama la atención que un gesto que creyó necesario para ilustrar a los representantes de DAIA y explicarles personalmente los alcances de lo decidido en relación a la denuncia del Dr. Nisman sea manipulado y convertido en algo negativo con fines políticos y mediáticos. Asimismo refiere sentirse perseguido y hostigado personalmente y funcionalmente. (la negrita nos pertenece)

Manifiesta que dada la relación de tantos años que lo unía con la DAIA le pareció "prudente y necesario, [e] inevitable, invitar a alguna autoridad de la [misma] a que acuda a la sede de [su] tribunal, sin compromiso, para explicarles lo resuelto y darles una copia de la misma." Agrega que el día de la convocatoria los hizo pasar, les hizo



saber acerca de la resolución a adoptar, sus argumentos y alcances, luego ingresó el Secretario del Juzgado con la causa y firmó en ese momento el fallo. (fs.239 vta, 240)

Añade que "les explic[ó] a los tres dirigentes que (...) más allá de que no fuera un elemento de prueba para desestimar la denuncia, había agregado algunas consideraciones, a raíz del hallazgo en la caja fuerte de la UFI AMIA de los dos documentos ya mencionados, y que del estudio de su contenido y la forma en que estaban preparados, los mismos se contradecían con el contenido de la denuncia (...) y que ello resultaba muy llamativo, desconcertante y algo absolutamente inusual en Tribunales." (fs.240)

Señala que es falso que haya sostenido que el fallecido Alberto Nisman tenía problemas psiquiátricos y que ello le habría sido corroborado por la Dra. Soledad Castro. Niega también que haya dicho que la Dra. Castro le llevó en persona el oficio con los dos dictámenes de la UFI AMIA.

En cuanto a la llamada telefónica, confirma que efectivamente mantuvo una áspera conversación con el diputado Wolff cuando éste lo acusó días después de la reunión en su despacho, en un programa de televisión, de tergiversar la documentación, sin embargo niega que le haya faltado el respeto, insultado o amenazado, ni él ni nadie más.

Seguidamente refiere a los motivos de la desestimación que dictó en la causa N°777/2015, argumentando que toda vez que la "Comisión de la Verdad" nunca se constituyó ni el Acuerdo con Irán llegó a concretarse, la hipótesis delictiva adolece de una falla, esto es la ausencia de comienzo de ejecución; sostiene que no hubo prueba para asegurar que el ex Canciller Timerman presionara a Interpol para dar de baja

las "notificaciones rojas" y que incluso el Secretario General de Interpol Ronald Noble desestimó aquella acusación y sostuvo lo contrario; añade también, que se abordaron y descartaron también las restantes argumentaciones planteadas, entre ellas las escuchas telefónicas, que interpreta desvirtuaron aún más la hipótesis del fiscal, en especial respecto del ex Ministro Timerman. Con lo que concluye que ninguna de las dos hipótesis de delito sostenidas por el fiscal Pollicita en su requerimiento se sostiene, y llevan a la solución de la inexistencia de un delito.

V. La presentación del Sr. Ramón César Hernández que diera origen al expediente N°163/2016, caratulado "Hernández Ramón Cesar c/ Dres. Rafecas Daniel y Ercolini Julián (Jueces Federales)".

De la misma surge que el Sr. Hernández viene a denunciar al Dr. Rafecas por no haber investigado los hechos denunciados por el Dr. Alberto Nisman, y haber "desestim[ado] con insólita rapidez, muy a pesar de la gravedad de los mismos" incurriendo con ese proceder en Traición a la Patria.

El 2 de diciembre de 2016 se dispuso la acumulación de las actuaciones al expediente de referencia y la notificación de ello en los términos del Art. 11 del Reglamento de la Comisión de Disciplina y Acusación al Dr. Rafecas.

VI. La presentación de fecha 8 de febrero de 2017 del Dr. Daniel Eduardo Rafecas, en la que viene a ampliar su descargo y realizar consideraciones acerca de las testimoniales producidas en la instrucción del presente.

En la mencionada presentación, el magistrado reitera las consideraciones que efectuara en su presentación del 1° de agosto de 2016 en cuanto a la temporalidad de los documentos firmados por el Fiscal Nisman y afirma que "ni Castro, ni los dirigentes comunitarios Schlosser y Knoblovits, ni (...) Wolff, ni el Fiscal Ricardo Sáenz, ha podido cuestionar o al menos



justificar o matizar este punto que desmorona la cuestión central de esta acusación y que la deja huérfana y prácticamente vacía de contenido.”

Seguidamente refiere el juez denunciado a la declaración testimonial prestada por el Dr. Armando Víctor Manuel Antao Cortez, poniendo énfasis en la respuesta dada a la pregunta acerca de si el Dr. Nisman dejaba documentos firmados, entendiéndose que “ante la irregularidad en el proceder del Fiscal, el Secretario se lo cuestiona, le pide explicaciones sobre su actuación. Y Antao Cortez, da cuenta de la respuesta que, en su momento, recibió del citado Fiscal (...) el perfeccionamiento de la voluntad de ese documento se daba cuando él lo presentaba, no le daba importancia si estaba o no firmado (...).”

Respecto a la reunión en su despacho con los dirigentes comunitarios que afirma fue un gesto que creyó necesario efectuar, repite los argumentos vertidos en su descargo y añade sobre la cuestión de si dijo o no dijo que el Dr. Nisman tenía problemas psiquiátricos, que de las declaraciones testimoniales resultan cuatro versiones diferentes, la de Wolff, la de Schlosser “(que no dijo que Castro le dijo al Juez lo de los problemas psiquiátricos, sino que el Juez dijo que la versión de los problemas psiquiátricos había llegado al Juzgado por comentarios de Castro, y por ende al Juez ese rumor le habría llegado por comentarios de terceras personas)”, la de Knoblovits “(que no refirió para nada a Castro, sino que se podía inferir que el Juez le adjudicaba al doctor Nisman un estado psiquiátrico de gravedad)” y la de él, que niega terminantemente haber efectuado algún comentario o frase o siquiera palabra que

podiera deshonrar o desmerecer la figura del fallecido Fiscal. Por ello concluye que esa versión quedó huérfana de prueba y que "tan solo quedan en pie, brumosas e imprecisas referencias suscitadas en el marco de una conversación informal y ajena al expediente, de las cuales se intentan recortar palabras o frases fuera de contexto, sin ninguna viabilidad probatoria." (la negrita nos pertenece)

Asimismo, confirma el Dr. Rafecas que efectivamente firmó la resolución de desestimación ante el actuario en su escritorio en presencia de los dirigentes de DAIA, y sobre ello explica que su idea era tenerla firmada antes de la reunión, pero que como por detalles y correcciones no pudo estar lista, decidió no hacer esperar a los convocados, y en consecuencia cuando el Secretario se presentó en su despacho decidió firmarla y continuar la reunión.

A continuación se detiene en la declaración testimonial brindada por el Fiscal General Ricardo Sáenz en la audiencia del día 6 de diciembre de 2016, manifestando que de lo que se trata es de una interpretación diferente del delito de encubrimiento, que no comparte, pero que se trata de una diferencia de criterio acerca de la cuestión técnica y dogmática penal.

Sobre ello argumenta que "si el Juez se convence -como ha sido [su] caso acerca de que los hechos denunciados no constituyen delito alguno, procede su desestimación (cfr. Art. 180 3er párrafo, CPPN), de otro modo, el Juez (...) estaría incumpliendo con sus deberes. (...) un Juez no puede abrir una causa contra un ciudadano, una entidad, una empresa o un gobierno 'para ver que pasa' (...) ello es ciertamente peligroso para todos, e incompatible con el debido proceso legal en un Estado de Derecho."

Agrega, que en lo que se refiere a la velocidad en dictar la resolución, el plazo del art. 161 CPPN ya estaba



vencido y que la "fortuita circunstancia" de la apertura de las sesiones en el Parlamento no tuvo que ver con el desenlace del proceso.

Finalmente, el magistrado efectúa consideraciones sobre la resolución de la Cámara de Casación Penal que dispuso reabrir la denuncia y apartarlo de la instrucción de la causa, afirma el Dr. Rafecas que "nada surge de allí que pueda resultar de interés para este proceso administrativo (...) pues se trata de consideraciones (...) en términos jurídicos y técnicos (...)" y que las referencias de arbitrariedad, parcialidad o actuación prematura "son las habituales en este tipo de autos revocatorios", y no pueden emplearse para perseguir por mal desempeño al o los magistrados cuyas resoluciones resultaron revocadas.

VII. La presentación del 10 de noviembre de 2017 efectuada por el Dr. Daniel Eduardo Rafecas en la que efectúa manifestaciones en los términos del Art. 11 del RCDA y acompaña documentación.

Sostiene el magistrado, bajo el título "El contenido de sentencia como valla infranqueable para la persecución al juez" que entiende pertinente reiterar la doctrina de este Consejo de la Magistratura acerca de los límites en la revisión administrativa de los fallos de los jueces, efectúa un razonamiento acerca de la facultad de interpretación que realizan los jueces al aplicar el derecho al caso concreto concluyendo que en definitiva lo que decidió en la causa que instruyó formaba parte del ámbito de reserva propio de la actividad jurisdiccional.

Para reforzar esta idea manifiesta que ninguna decisión judicial que sea conforme a alguna de las interpretaciones

del derecho positivo podrá ser susceptible de sanción administrativa, y mucho menos, integrar el delito de prevaricato judicial. En este orden de ideas refiere a un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en el que se sostuvo la imposibilidad de atribuir responsabilidad a un juez frente a "la mera discordancia que pudiera presentarse acerca del sentido de la prueba, ni el eventual error que lo jueces pudieran tener acerca de su contenido...".

Asimismo reitera manifestaciones en cuanto al plazo para resolver, manifestando que "lejos del '*tiempo récord*' en resolver, al contrario, [él] no pudo cumplir con el plazo de tres días que el Código Procesal Penal de la Nación establece como regla aplicable para este caso (...) el desenlace de un proceso en esta instancia embrionaria, no puede compararse con los tiempos normales de un proceso penal (...) los tiempos acotados de aquellos procesos en donde una denuncia finalmente no prospera por aplicación del art. 180 último párrafo del código de forma (...) deben compararse con otros casos que hayan tenido el mismo derrotero (...)."

Finalmente refiere a la nota periodística del diario "Clarín" que ventila una entrevista a Alan Bogado, y que se encuentra agregada a las presentes actuaciones, negando las dichos del entrevistado por falsas y calumniosas. Nos remitimos a ellas en honor a la brevedad.

VIII. El 7 de diciembre del corriente se llevó a cabo la audiencia pública prevista en el art. 20 RCDyA, a la cual compareció el magistrado. Asimismo, en dicha oportunidad, presentó un nuevo descargo en el que puntualizó que dentro de nuestro Estado de Derecho se reconoce un inexorable disenso de criterios, que busca ser superado de forma pacífica. Sostiene que dichas diferencias se observan a lo largo del proceso jurisdiccional no sólo entre las partes, sino que



también abarcan los sucesivos tribunales que intervienen en su revisión, que arribaran a la última verdad jurídica del caso a través del debate jurisdiccional, que no prescinde de la diferencia de opiniones, sino que por el contrario, se cimienta y enriquece a partir de ella, concluyendo que esa diversidad de criterios forma parte de nuestro debate democrático.

Manifiesta que en el Dictamen de citación está planteado de manera que hace considerar sí, la verdad jurídica alcanzada por el tribunal superior del caso concreto, permite una automática atribución de responsabilidad institucional o incluso desacreditación moral a los tribunales inferiores que hubieran sostenido criterios distintos en el curso del proceso. Mientras que, desde su punto de vista, el fallo del tribunal superior, queda limitado en principio a la revocación o anulación del efectuado por el inferior, sin proyectar responsabilidad disciplinaria sobre este último, debiendo el a quo acatar el fallo revisor.

Con respecto al caso concreto, el magistrado expresa que en ningún momento desobedeció los fallos de los Tribunales Superiores y que la decisión que mantuvo la desestimación de la denuncia se fundó en el fallo previo dictado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

Asimismo, afirma que no se apartó de la solución que los precedentes daban a cuestiones similares, donde según la ley y lo avalado por reiterada jurisprudencia, la denuncia que no constituya delito veda la producción de pruebas que se propongan, por la lógica razón de encontrarse vedada la posibilidad de aplicar la ley penal sustantiva; y que un

actuar contrario significaría una contradicción insuperable que sí sería pasible de una acusación por mal desempeño.

Por otra parte, según su entender, los fallos cuestionados no evidencian un desconocimiento del derecho aplicable al caso, arbitrariedad u otro factor de reproche administrativo y que tal conclusión se debe extraer del fallo dictado por la Sala I de la Casación Federal. Que si bien dicho tribunal al realizar la revisión de los fallos cuestionados los analizó y descalificó con argumentos revocatorios, en ningún momento consideró que su actuación hiciera necesarias otras consecuencias jurídicas que pudieran motivarlos a actuar siguiendo el imperativo del art. 15 inc. "d" de la Ley N° 24.937.

De todo ello, concluye que la decisión adoptada al desestimar la denuncia registrada bajo el N° 777/2015, "no constituye una derivación jurídica insólita o descabellada para los hechos de la denuncia, sino por el contrario, formas plausibles de aplicación del Derecho" y que más allá de las diferencias que se pueda tener con las mismas deben ser reconocidas como criterios posibles de razonar el Derecho aplicable al caso, que de ninguna forma podrían generar responsabilidad disciplinaria.

Con respecto a la reunión que llevó a cabo en su despacho público con representantes de la AMIA y la DAIA al momento de firmar el primero de los fallos cuestionados, según su criterio, era indispensable. Ello en razón de los intereses colectivos que representaban y que podrían entenderse afectados por los hechos denunciados, como así también por la política de transparencia y acercamiento a la comunidad que el suscripto pone permanentemente en práctica en el ejercicio de su función.

Finalmente, ofrece como prueba las declaraciones públicas efectuadas a ese momento por el presidente de la



DAIA, las cuales se contradicen con las que se efectúan negativamente en el presente por el denunciante Wolff en el presente expediente.

A modo de colofón, hace un repaso por los diversos puntos sostenidos a lo largo de su descargo y pone de resalto que la presente imputación es una severa limitación para la independencia de criterios jurídicos que se debe proteger inter-institucionalmente.

Agrega que la "expectativa social generada" sobre el caso, no puede implicar de manera automática y oportunista la desaparición de una de las alternativas regladas para poner fin al proceso, tal como lo es el art. 180 párrafo 3° del Código Procesal Penal. Pretender ello, "se muestra como una conclusión que resulta contraria a toda lógica jurídica, a toda moral en el ejercicio de la administración de Justicia, y una imposición arbitraria sobre la libertad de consciencia con la que los Magistrados deben aplicar la Ley".

Finalmente, señala que el dictamen de citación se basa en un fallo de la Casación que no formuló a lo largo del expediente reproche disciplinario alguno y que la sola posibilidad de convertirse en una acusación por parte de la Comisión, colocaría a la actividad de los jueces ante una encrucijada, pues su estabilidad dependerá en definitiva de fallos que en el futuro dicten sus superiores, afectándose de ese modo la serenidad y libertad de consciencia de los Magistrados, actuales y futuros.

Es por todo ello, que solicita a la Comisión el archivo de las presentes actuaciones.

IX. Habiéndose colectado las pruebas y oído al magistrado denunciado corresponde resolver las denuncias sin

más trámite.

CONSIDERANDO:

1º) CUESTIONES PRELIMINARES:

Que el objeto de las denuncias reseñadas se concentran - principalmente - en cuestionar el contenido y la decisión del Juez Daniel Eduardo Rafecas en la causa N° 777/15 caratulada: "*Fernández de Kirchner Cristina y otros s/Encubrimiento*", mediante la cual se desestimó el 26/02/15 la denuncia presentada por el Dr. Alberto Nisman, Fiscal General titular de la Unidad Fiscal de investigación del atentado sufrido por la sede de la AMIA.

Que se pretende atacar un pronunciamiento jurisdiccional por la desestimación de una denuncia, extremo que no resulta materia novedosa a esta Comisión de Disciplina y Acusación. Por el contrario, la disconformidad con las sentencias lleva muchas veces a pensar que este Consejo de la Magistratura actúa como una instancia revisora cuando el ordenamiento interno y el convencional no lo prevén de esa forma.

Esta circunstancia obliga a realizar de modo introductorio unas breves consideraciones respecto de la naturaleza jurídica de los pronunciamientos dictados por los magistrados y del funcionamiento del sistema de justicia vigente.

I.a. La sentencia judicial

Recordemos que en los países donde como el nuestro existe una división tripartita del gobierno, la función jurisdiccional se halla fundamentalmente asignada a uno de los poderes del Estado: el Judicial.

Dentro de la estructura jurisdiccional el juez es la persona investida del poder jurisdiccional del Estado que se encuentra encargada de dirimir los conflictos de derecho que se presenten a su conocimiento, de acuerdo a las reglas de



competencia y resolver todas las demás situaciones jurídicas que le encomienda la legislación, ya sea de modo personal o emitiendo opinión en un colegio (conf. Falcón, Enrique M. Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T° I, pág. 178, Editorial Rubinzal Culzoni).

Desde hace mucho tiempo la doctrina mayoritaria ha sido conteste en definir a la sentencia como el acto jurisdiccional emanado de juez competente, que está fundado en derecho y decide un conflicto, por modo que obliga a las partes. Si se penetra en la substancia de ese acto se advierte que laten en él dos elementos, uno racional y otro de autoridad o jurisdiccional.

El elemento racional aparece en los considerandos de la sentencia sin los cuales ésta carecería de validez. Trasunta el razonamiento seguido por el magistrado para llegar a la conclusión que se estima correcta y atiende al fundamento en que se sustenta el orden normativo aplicado.

El elemento autoridad, o jurisdiccional, resalta en la parte dispositiva de la sentencia que impone con la fuerza de un Poder del estado (el Judicial) la decisión que el órgano al que pertenece ese poder (el Juez) ha definido declarando la solución de derecho que corresponde aplicar al caso dado. (conf. Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, T° I, pág. 83, Editorial Perrot, Buenos Aires 1991).

Cuadra decir que bajo el prisma de su naturaleza jurídica, la sentencia es concebida como un acto jurídico (conf. art. 944 del Código Civil de Vélez Sarsfield y actual art. 259 del Código Civil y Comercial de la Nación) que tiene la peculiaridad de emanar de un órgano jurisdiccional que

ejerce un poder del Estado.

Existen distintos criterios para elaborar una sentencia judicial pero un elemento común resulta del nuevo art. 3 del Código Civil y Comercial, que contempla particularmente que el Juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, es decir, el deber de seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial.

La sentencia debe ser fundada porque ha de justificar la razonabilidad de la orden frente a los justiciables, en el sentido que es derivación razonada del derecho vigente y no el mero producto de la voluntad discrecional del juez. Es una garantía contra la eventual arbitrariedad y porque es medio que posibilita su impugnación. Esto último es evidente en nuestro sistema cuando se declara desierto el recurso, por insuficiencia de la expresión de agravios. (conf. Colombo - Kiper. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T° II, pág.163, Editorial La Ley).

Todos los códigos procesales penales son específicos en cuanto a la estructura que debe tener la sentencia, enumerando con detalle los elementos que deben integrarla. La argumentación ha de considerar los aspectos de hecho y de derecho de los distintos extremos propuestos a la decisión, pero la determinación del hecho que se estima acreditado debe ser precisa y circunstanciada, de manera que quede bien establecida la base fáctica de la decisión de condena o absolución. En consecuencia, la fundamentación del fallo se integra por los siguientes elementos: a) el análisis crítico de las pruebas de autos para determinar la existencia del hecho y la participación del imputado, b) el hecho que el Tribunal deja fijado, c) el examen técnico - jurídico del caso para su enfoque en el derecho positivo vigente, d) las conclusiones de hecho y de derecho a que el Tribunal arriba.



(conf. Clariá Olmedo, "Derecho Procesal Penal", T° III, pág. 165 y sgtes, Editorial Rubinzal Culzoni).

El art. 123 del Código Procesal Penal de la Nación establece que las sentencias y los autos deberán ser motivados, bajo pena de nulidad.

La exigencia de la fundamentación de las sentencias tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso.

I. b. La interpretación del Juez y la libertad de criterios.

No hay duda que establecida en un caso concreto la norma jurídica incumbe a los jueces la obligación de aplicarla.

Pero la aplicación de una norma exige su previa interpretación para determinar si el caso concreto que se examina debe incluirse o no en aquélla. Esta tarea es la función más alta del juez y la más ardua por las dificultades graves que se presentan al establecer el alcance del precepto jurídico, sobre todo cuando resulta oscuro o ambiguo (conf. Llambías, ob cit, pág. 97).

Como reiteradamente lo viene sosteniendo este Consejo, en similar línea jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo atinente a la aplicación e interpretación de normas jurídicas en un caso concreto es resorte exclusivo de los jueces de la causa, sin perjuicio de los recursos que la ley procesal concede a las partes para subsanar errores o vicios en el procedimiento o para obtener reparación a los agravios que los pronunciamientos dictados pudieran ocasionarles. Así, no es posible intervenir sobre la

base de resoluciones cuyo mayor o menor acierto puede resultar materia opinable, pues lo contrario "implicaría cercenar la plena libertad de deliberación y decisión de los jueces en los casos sometidos a su conocimiento, vulnerándose el principio de independencia del Poder Judicial como uno de los pilares básicos de nuestra organización constitucional."

La tarea de interpretar es la función más alta del juez y como tal supone en él una amplia libertad de criterio y apreciación que no ha de ser conmovida sin una grave afectación a la independencia de los magistrados en materia de contenido de sus sentencias.

En ese sentido, la ley n° 24.937 y sus modificatorias aseguran imperativamente la independencia de los jueces en materia de contenido de las sentencias (cfr. art. 14, apartado "b", segundo párrafo).

Así se ha dicho - en forma uniforme - que la libertad de criterio de los jueces y la institución constitucional de órganos jurisdiccionales distintos y autónomos para la aplicación de la ley de fondo con arreglo a las leyes que le asignan competencia, justifica la posibilidad de resoluciones dispares, con lo que, en principio, la prescindencia de consideración de un precedente jurisprudencial que hubiera establecido una solución distinta en caso anterior al reputado similar al resuelto en la causa, no invalida la sentencia suficientemente fundada, como acto judicial, ni la circunstancia de que existan precedentes contradictorios respecto de la interpretación de normas de derecho común, importa una imputación atendible de arbitrariedad; ni lo es tampoco la invocación de jurisprudencia contradictoria a la solución de la causa; tampoco, la mera circunstancia de haberse apartado el a quo de sus propios precedentes o contradecir opiniones doctrinarias (CSJN, Fallos 261:301, 268:135, 266:206, 300:1170, 274:450, entre otros; reseñados



por Colombo - Kiper, ob cit, pág. 170).

I.c. La vía recursiva

A partir de lo señalado adquiere relevancia el instituto procesal de los recursos. Los fundamentos de la doble instancia son abordados por la doctrina en general como la forma de control jurídico ante la eventual falibilidad del primer juez, que como ser humano puede equivocarse. También son seres humanos quienes dictan la sentencia de segunda instancia, sin embargo, al tratarse, en general, de un tribunal colegiado, dicha pluralidad aseguraría al justiciable un nuevo debate sobre los temas que han sido motivo de agravio. La doble instancia como propósito de propender a la mayor seguridad posible, no lo es tanto porque intervengan más magistrados o invariablemente sean más idóneos los miembros del tribunal de alzada, sino porque la posibilidad del doble examen, por sí misma, es garantía de acierto. (conf. Falcón, ob cit. T° VIII, pág. 22).

Las consideraciones señaladas respecto de la naturaleza jurídica de la sentencia judicial y de la libertad de criterios que asiste al juez en el proceso de formación de la decisión resultan elementos de relevancia a los efectos de analizar las denuncias promovidas en las que se critica, especialmente, el contenido y las valoraciones efectuadas por el juez en su sentencia desestimatoria, la cual imposibilitó, a entender de los denunciados, que la Justicia Federal continúe tras las pruebas de los indicios existentes a fin de llegar a la verdad material de los hechos.

Dicha imputación contrasta con el hecho de que - a fin de cuentas - la Cámara Federal de Casación Penal, en el fallo

dictado el 29 de diciembre de 2016 en la causa N° 777/15 resolvió, entre otras medidas, "DEJAR SIN EFECTO la desestimación de la denuncia dispuesta en autos y, a fin de garantizar la imparcialidad del juzgador, APARTAR al Juez Nacional en lo Criminal y Correccional Federal actuante así también a los magistrados integrantes de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que convalidaron la desestimación de la denuncia y REMITIR las actuaciones al a quo para que tome nota de lo aquí resuelto y para que un nuevo juez, mediante sorteo de rigor, continúe con el trámite de las actuaciones con la celeridad que el caso impone".

Vale señalar que esta decisión se produjo a partir de que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad resolvió, con fecha 27 de septiembre de 2016, confirmar la resolución del juez a quo del 5 de agosto de 2016 que había rechazado el pedido de reactivación de las actuaciones efectuado por la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA), en su carácter de pretensa querellante.

Por tanto, cabe preguntarse ¿La resolución desestimatoria decidida por el Juez Rafecas estaba dentro de las facultades que el Código Procesal Penal de la Nación le otorgaba? ¿Constituye una decisión posible dentro del sistema de justicia?

2º) EL FALLO DICTADO

Que el 26 de febrero de 2015 en el marco de la causa N° 777/15 caratulada: "Fernández de Kirchner Cristina y otros s/ Encubrimiento", el Juez Eduardo Daniel Rafecas, propició "la desestimación de la denuncia por la ausencia de adecuación del hecho denunciado en algún tipo penal (art. 180, tercer párrafo del CPPN)."



En ese orden de ideas sostuvo que "en torno a los pretendidos efectos y alcances de la creación de la 'Comisión de la Verdad' (...) choca de frente con un lineamiento basal de Derecho Penal democrático, cual es, que la maniobra haya tenido siquiera un comienzo de ejecución...".

Asimismo, agregó que "(...) todas las supuestas gestiones, tratativas y negociaciones que la denuncia le adjudica a distintas personas que no integran organismos públicos -reflejadas en las escuchas telefónicas aportadas-, quedan -en el mejor de los casos- circunscritas a la antesala del comienzo de ejecución que requiere -como se adelantó- el Derecho Penal para su intervención en el marco de las hipótesis delictivas sostenidas y, en modo alguno, los elementos de juicio reunidos (...) permiten circunscribirlos o conectarlos con un pretendido plan criminal urdido desde el seno de las más altas autoridades de la República Argentina que intervienen en la formación de la voluntad del Estado en el plano de la celebración de acuerdos internacionales con otros países". Desde su punto de vista, este accionar desplegado por los particulares "no logran siquiera aproximarse con seriedad al estado de actos preparatorios que, eventualmente, pudieran tener comienzo de ejecución", en tanto que, "no han tenido eco ni recepción alguna en el accionar real y formal llevado adelante por las máximas autoridades de la República Argentina...".

En relación con la conformación de la "Comisión de la Verdad", que para el Ministerio Público Fiscal conformaría la primera hipótesis delictiva, ya que encuadraría en un encubrimiento, el Magistrado refirió que "adolece de una notoria e inevitable falla. Esa falla es la ausencia de un

comienzo de ejecución del delito, a partir del hecho irrefutable, de que aquel Acuerdo, que contiene en su seno la conformación de la Comisión de la Verdad, nunca entró en vigencia".

A mayor abundamiento sostuvo que "aquel Acuerdo, que se había firmado a fines de enero de 2013, tuvo una expectativa de gestación (...) de unas pocas semanas, ya que Irán, según el propio denunciante, abandonó todo interés en el asunto tras el comunicado oficial de Interpol un mes y medio después, (...) [y] desde aquel entonces no hubo avance alguno (...) ¿Cómo puede un instrumento jurídico que nunca cobró vida constituir un favorecimiento real, una ayuda material concreta prestada -en este caso- a prófugos de la justicia argentina?. Si un acto jurídico -en este caso, de Derecho Internacional- por la propia dinámica de las negociaciones y de la diplomacia entre dos Estados, finalmente queda trunco y no surte efectos (...) ¿puede así y todo generar consecuencias jurídicas? La respuesta es que no. Y mucho menos, en el ámbito penal".

Y amplió "con este panorama, ensayar aun así una hipótesis de delito de encubrimiento, realmente, carece de todo asidero. Tanto desde el punto de los hechos, como especialmente, desde el Derecho".

Respecto a la baja de las "notificaciones rojas", el Juez Rafecas descartó toda connotación delictiva sobre el punto y sostuvo "no cabe ninguna duda que la cuestión central, desde la perspectiva delictiva, es la de que el gobierno argentino, por decisión de la Presidenta de la Nación, en el marco de las negociaciones con el régimen iraní, habría ofrecido como prenda, para atraerlos a la mesa, favorecer a los acusados de esa nacionalidad con pedidos de captura vigentes en la causa AMIA, comprometiéndose el Canciller argentino a realizar gestiones a tal efecto ante



INTERPOL para dar de baja las notificaciones rojas que impedían toda movilización de dichos acusados fuera de Irán. (...) Cabe resaltar que, con relación a esta grave y directa acusación, formulada -repito- no una sino quince veces a lo largo del escrito, no se ha visto acompañado de ninguna prueba o indicio que la respalde. No hay documento alguno, ni testimonio alguno, ni escucha alguna, que sostenga este punto, ciertamente crucial, del escrito del -por desgracia fallecido- Dr. Nisman, en contra del Canciller Timerman y su presunta actitud frente a Interpol. Esto es especialmente alarmante en aquellos casos en donde el Dr. Nisman señaló, con fechas incluidas, las veces en que Timerman viajó a la sede mundial de Interpol a entrevistarse con Noble, en mayo y noviembre de 2013. ¿Con qué elementos de prueba contó el denunciante para asegurar que en aquellos encuentros el Canciller argentino presionó a Interpol para que den de baja las notificaciones rojas? No los hay."

El Magistrado, para sostener su posición, tuvo en cuenta los dichos de Ronald Noble, Secretario General de Interpol, en los que afirmaba que el gobierno argentino habían mantenido una conducta constante, persistente e inquebrantable para lograr que Interpol emita, mantenga vigentes, no suspenda o remueva sus notificaciones rojas.

En definitiva sostuvo que "(...) no hubo cambios en la situación de las órdenes de captura con alertas rojas de Interpol, y que la posición del gobierno argentino, en torno de la persistencia de la vigencia de las órdenes de captura de los prófugos iraníes, se mantuvo inmovible desde 2007 hasta la fecha".

Por lo cual, concluyó en que "ninguna de las dos

hipótesis de delito sostenida por el Fiscal Pollicita en su requerimiento, se sostienen mínimamente, la primera ("Comisión de la Verdad"), porque el presunto delito nunca se cometió; y la segunda (baja de las "notificaciones rojas"), porque la evidencia reunida, lejos de sostener mínimamente la versión del fiscal, la desmiente de un modo rotundo y lapidario, llevando también a la misma conclusión de la inexistencia de un delito".

Por último, el Juez Rafecas tuvo en cuenta que se agregaron al expediente documentos firmados por el Dr. Nisman, que le fueron remitidos por las - a ese entonces - autoridades a cargo de la UFI AMIA. Sobre las mismas manifestó que "como si todo lo hasta aquí expuesto no fuera más que suficiente para rechazar, como denuncia de delitos de acción pública, la presentación que originase este expediente, con fecha 23 de febrero ppdo., se recibió por Secretaría un oficio, remitido por las actuales autoridades a cargo de la UFI AMIA, con documentación anexa, para ser presentada en estas actuaciones. Dicha documentación comienza con un acta, labrada el 20 de febrero ppdo. por la Dra. Soledad Castro, Secretaria de dicha Unidad Fiscal. Allí, la Actuaría informa acerca de:

La existencia de un conjunto de documentos que había dejado firmado el Dr. Alberto Nisman, con conocimiento -al menos- de los cinco Secretarios Letrados que cumplen funciones en esta Unidad Fiscal -Dres. Sebastián Ferrante, Vanesa Alfaro, Fernando Comparato, Armando Antao Cortez y Fernando Scorpaniti- y de quien suscribe (...) el Fiscal Alberto Nisman pretendía solicitar al Poder Ejecutivo Nacional que, por medio de los canales correspondientes, requiera al Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, que active los mecanismos compulsivos que a tal efecto (...) y conmine a la República Islámica de Irán a



que detenga con fines de extradición [a los imputados].

La UFI AMIA entregó copias certificadas de estos dos últimos documentos, firmados en todas sus hojas y al pie de la última página por el Dr. Alberto Nisman, Fiscal General. Conforme lo que diera fe la Dra. Castro, el extinto Sr. Fiscal, entonces, firmó los mismos entre diciembre y enero pasados, es decir, de modo absolutamente contemporáneo con la preparación, redacción, firma y presentación del escrito con que se dieran inicio estas actuaciones.

Por ello, tratándose de la misma persona que firma aquellos documentos y esta presentación, esto es, el Fiscal General Dr. Nisman, en el desempeño del mismo cargo, es decir, la Unidad Fiscal AMIA, y para las mismas fechas, era esperable que todos estos textos, en su contenido y alcances, guarden absoluta coherencia e integración, los unos con los otros.

Sorpresivamente, esto no ha sido así.

En los dos documentos (idénticos) recientemente presentados, el Dr. Nisman no sólo que no hace ningún tipo de alusión a la inminente o consumada presentación de la denuncia en contra de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo Nacional, sino que, a lo largo de sus páginas, presenta una postura diametralmente opuesta, en el sentido de que realiza consideraciones sumamente positivas de la política de Estado del gobierno nacional, desde 2004 hasta la actualidad, destaca todos los discursos de los dos sucesivos presidentes, todos los años, ante la ONU.

Ante lo expuesto, estimo prudente no formular aquí comentarios. Simplemente, me queda por afirmar, que si cabía alguna duda acerca de lo que corresponde hacer con la

presentación que origina estas actuaciones, este último acontecimiento la despeja."

El Magistrado resolvió desestimar la presentación que diera inicio a la denuncia efectuada por el Dr. Nisman al considerar que en la misma se configuraba el supuesto de inexistencia de delito.

Por lo demás huelga señalar que en el legajo el Juez Rafecas incorporó otros precedentes dictados en las causas N° 4853/10, N° 17082/16, N° 18.583/16 y 17.183/16 en trámite por ante el Juzgado a su cargo, en los cuales desestimó las denuncias con similar interpretación de los alcances que prevé el tercer párrafo del art. 180 del Código de rito.

Interpretación con base legal que, por otra parte, resulta absolutamente posible y de la que participo en cuanto establece una facultad necesaria y valedera a los jueces de instrucción.

3°) LAS IMPUTACIONES SOBRE EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA.

Que se afirma en los escritos constitutivos de las denuncias que el proceder del magistrado fue parcial y que las decisiones jurisdiccionales fueron direccionadas para favorecer al Poder Ejecutivo Nacional, con la evidente intención de obtener respaldo ante la "débil" situación del Dr. Rafecas en este Consejo de la Magistratura, en virtud de la existencia de dos (2) denuncias pretéritas por parte de un Senador Nacional y del entonces representante del Poder Ejecutivo ante este Consejo.

Dejan entrever, además, que ese actuar del magistrado estuvo motivado exclusivamente en una presunta sumisión a la voluntad del Poder Ejecutivo, quitándole autonomía al resto de las imputaciones que giran en torno al modo y la forma de resolver el pedido de requerimiento del Sr. Fiscal Pollicita. El artículo 180 del Código Procesal Penal de la Nación -



vigente al momento de los hechos - dispone: "El juez que reciba una denuncia la transmitirá inmediatamente al agente fiscal. Dentro del término de veinticuatro (24) horas, salvo que por la urgencia del caso aquél fije uno menor, el agente fiscal formulará requerimiento conforme al artículo 188 o pedirá que la denuncia sea desestimada o remitida a otra jurisdicción. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el juez de instrucción que reciba una denuncia podrá, dentro del término de veinticuatro (24) horas, salvo que por la urgencia del caso fije uno menor, hacer uso de la facultad que le acuerda el artículo 196, primer párrafo, en cuyo caso el agente fiscal asumirá la dirección de la investigación conforme a las reglas establecidas en el título II, del libro II de este Código o pedirá que la denuncia sea desestimada o remitida a otra jurisdicción.

Será desestimada cuando los hechos referidos en ella no constituyan delito, o cuando no se pueda proceder. La resolución que disponga la desestimación de la denuncia o su remisión a otra jurisdicción, será apelable, por quien pretendía ser tenido por parte querellante."

Es regla medular que el juez no puede promover proceso por iniciativa propia. La acción debe ser instada por el fiscal, o, en su caso, por las fuerzas de seguridad.

En esta inteligencia, el artículo transcrito fija como primario deber del juez, luego de la recepción de la denuncia, su inmediata transmisión al agente fiscal para que éste formule requerimiento o pida su desestimación por no constituir delito el hecho que contiene o la declaración de incompetencia del juzgado (conf. Navarro - Daray, "Código Procesal Penal de la Nación", T° 2, pág. 73, Editorial

Hammurabi).

De ello se sigue que el juez tiene la facultad funcional de analizar la razonabilidad y legalidad de la denuncia, esto es de juzgar, como primera tarea, si los hechos referidos en ella constituyen delito.

Esto es lo que aconteció en el sub lite y es de notar que un mes después de que el Juez Rafecas desestimara la denuncia, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal se expidió en la causa de marras con los votos de los Dres. Jorge L. Ballestero y Eduardo R. Freiler, con la disidencia del Dr. Eduardo G. Farah, confirmando la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito.

Para cuando el expediente llega a la Cámara Federal de Casación Penal a fines de diciembre de 2016, dicho Tribunal contaba con dos hechos arrimados por la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA) en su carácter de pretense querellante: a) La firmeza que ha adquirido la declaración de inconstitucionalidad del "Memorandum"; b) la grabación de una conversación telefónica entre el entonces canciller, Héctor Timerman, y el ex presidente de la AMIA, Guillermo Israel Marcos Borger.

A su turno, el Juez Rafecas había concluido que ninguna de las dos hipótesis de delito alegadas por el Fiscal Pollicita en su requerimiento se sostenían, la primera, referida a la "Comisión de la Verdad" porque el presunto delito nunca se cometió; y la segunda, "baja de las notificaciones rojas", porque la evidencia reunida "desmiente la versión" del fiscal, llevando también a la misma conclusión de la inexistencia de delito.

Es de notar que el Máximo Tribunal penal de la Nación Argentina finalmente resolvió de acuerdo al pedido de los apelantes, previo agotamiento de los recursos procesales



pertinentes, sin que, como describe el magistrado en su descargo, se haya propuesto la sanción de nulidad respecto de su actuación ni la remisión a este Consejo de testimonios para la investigación por mal desempeño.

Actualmente la denuncia presentada por el Dr. Nisman se encuentra en trámite.

4°) EL MARCO LEGAL DE APLICACIÓN.

Que descripto el trámite dado a la causa 777/15 y reseñadas los elementos de juicio necesarios para decidir el asunto, corresponde precisar las reglas que constituyen el modo constitucional y legal en que habrán de examinarse las imputaciones contenidas en las acusaciones vertidas y las pruebas colectadas a este legajo.

Que para ello resulta relevante remitirse al precedente del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación en el caso "*Doctor Ricardo Bustos Fierro s/pedido de enjuiciamiento*", del 26 de abril de 2000, cuyos considerandos 3° a 18° se transcriben a continuación. Se sostuvo respecto de la independencia del juzgador y el contenido de las sentencias:

"3°) *Que a tales efectos han de tenerse en cuenta las normas pertinentes de la Constitución Nacional: Art. 1: "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución"; Art. 110: "Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta..."; Art.115: "Los jueces de los tribunales inferiores serán removidos por las causales expresadas en el art. 53...", el que en forma taxativa prevé como causales de remoción el mal*

desempeño, delito en el ejercicio de la función y crímenes comunes."

"Por su parte, la ley 24.937 de organización y funcionamiento del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, modificada parcialmente por la 24.939 (t.o. decreto 816/99), dictada por mandato constitucional (Art. 115), en su artículo 14 apartado B, expresa que "queda asegurada la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de las sentencias."

"Más allá de la ubicación del art. 14 apartado B de la ley citada, incluida respecto del ejercicio de potestades disciplinarias, resulta evidente que tal precepto cobra mayor vigor cuando se trata de la remoción de un magistrado, puesto que si sus decisiones jurídicas no pueden ser valoradas para sancionarlo, menos aún podrían constituir una causal de remoción. De ser así se afectaría la garantía de inamovilidad de los jueces que es condición primaria y esencial de tal independencia del Poder Judicial y de la administración de justicia imparcial, así como un elemento imprescindible de la forma republicana de gobierno (conf. doctrina de este Jurado en el caso "Dr. Víctor Hermes Brusa s/ pedido de enjuiciamiento, 30 de marzo de 2000, considerando 28, "in fine")."

"4°) Que en el juicio político se juzga institucional y administrativamente la conducta o la incapacidad de los jueces, pero no la dirección de sus actos o el criterio que informa sus decisiones en la interpretación de la ley (Sánchez Viamonte, Manual de Derecho Constitucional, Ed. Kapelusz, 1958, pág. 280)."

"Asimismo, no se concibe un Poder Judicial independiente, dentro de la relatividad del concepto de independencia de los poderes gubernamentales, sin que todos sus miembros, absolutamente todos, gocen de la inamovilidad



de sus cargos mientras observen buena conducta. Desde que la separación de los poderes constituye el rasgo distintivo de la forma republicana de gobierno y para que dicho principio no sea una mera ficción se requiere la independencia de cada uno de los poderes, particularmente del judicial, de lo que deriva como lógica consecuencia que la inamovilidad de los jueces mientras dure su buena conducta, garantía elemental de la independencia de aquéllos, es condición esencial de la estructuración política republicana (conf. Segundo Linares Quintana, "La inamovilidad de los magistrados judiciales y la forma republicana de gobierno", Ed. Jurídica Argentina, Bs. As. 1942, pág. 17)."

"En similar sentido Alfredo Palacios, en ocasión del juicio político de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló con acierto que: "...así como ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por opiniones que emita en desempeño de su mandato; ni el Poder Ejecutivo puede atribuirse funciones judiciales, recíprocamente los magistrados no pueden ser enjuiciados por las doctrinas o convicciones que sustenten en sus fallos porque entonces desaparecería totalmente su independencia y quedaría abolido el principio de la separación de poderes." (Alfredo Palacios, "La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado", Ed. Jus, Buenos Aires, 1947, pág. 252)."

"5°) Que la independencia del órgano judicial tiene su expresión más acabada en el plano funcional en el ejercicio estricto de la potestad jurisdiccional y en el respeto a la libre determinación del juez. Esa independencia comienza a formularse como una zona de reserva de los jueces y

tribunales en el ejercicio de la función de juzgar; la pretensión de Montesquieu al diseñar la doctrina de la división de poderes se orienta en ese sentido. La independencia judicial, desarrollada en sus orígenes en referencia al ejercicio de la función jurisdiccional, también abarcó la independencia de criterio del magistrado, ello con la finalidad de asegurar la garantía de la inamovilidad en las funciones mientras dure la buena conducta."

"Institucionalizada la doctrina de la separación de Poderes, la inamovilidad se convirtió en un elemento esencial de la independencia del órgano judicial."

"6°) Que, a su vez, el Artículo III, sección 1, de la Constitución de los Estados Unidos, antecedente del art. 110 de la Constitución Nacional, establece que "Los jueces de la Suprema Corte y de los tribunales inferiores conservarán en sus funciones mientras dure su buena conducta...". Al respecto se ha señalado que cuando el comportamiento del juez deja de ser bueno queda implícito que su derecho a mantenerse en la magistratura ha cesado, y que ello habilita al Congreso a removerlo si su conducta, aunque no criminal, interfiere con la administración de justicia o indica un serio abandono de los deberes propios del cargo. Así, la independencia del Poder Judicial se corresponde con la buena conducta del magistrado. La división de poderes garantiza su mantenimiento en el cargo en tanto conserve su buena conducta; la eventual remoción, en caso contrario, no altera el principio enunciado (conf. fallo de este Jurado en el caso "Dr. Víctor Hermes Brusa, s/ pedido de enjuiciamiento, 30 de marzo de 2000, considerando 34 y la doctrina allí citada)."

"7°) Que el conocido sistema de frenos y contrapesos concebido para limitar el ejercicio del poder, adoptado en nuestro país según los lineamientos de la Constitución Norteamericana, sufrió una serie de modificaciones en la



reforma constitucional de 1994. Esas innovaciones tuvieron la finalidad de atenuar el régimen presidencialista, fortalecer el Congreso y asegurar más aún la independencia del Poder Judicial de la Nación. Es interesante recordar la opinión vertida al respecto por el actual Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica William Rehnquist. Dice Rehnquist que una de las tantas señales de genio que ostenta la Constitución de Estados Unidos es el razonable equilibrio en la estructura del Poder Judicial, evitando, por un lado, su subordinación a los poderes supuestamente más vigorosos, legislativo y ejecutivo y, por el otro, evitando el total aislamiento de la institución respecto de la opinión pública (Rehnquist, William H. "The Supreme Court, How it was, How it is", pág. 235, ed. Quill William Morrow, New York, 1987)."

"8°) Que, concordemente, en el informe de la "American Bar Association" del 4 de julio de 1997, referente a los "problemas relacionados con la independencia de criterio de los jueces", se formularon "Recomendaciones". Entre éstas, que "El desacuerdo con una decisión determinada de un juez no es una base apropiada para iniciar el procedimiento de acusación. Los funcionarios públicos deberán abstenerse de amenazar con la iniciación del procedimiento de acusación basado en sus percepciones de la interpretación -efectuada por el magistrado- acertada o equivocada de la ley, en una resolución determinada". Se dijo que el hecho de que en doscientos años ningún juez fue acusado y removido sólo en base a una decisión judicial aislada e impopular, debería ser instructivo no sólo para el Congreso sino también para los jueces federales. A pesar de propuestas ocasionales en el

Congreso para la acusación de jueces en base a sus decisiones, ningún juez ha sido jamás removido solamente por ese motivo. El artículo III, Sección I, independencia, ha protegido a los jueces de esos ataques. Así como es inapropiado para un miembro del Congreso amenazar a un juez de acusación y remoción por hacer un fallo impopular, el juez está resguardado con la necesaria independencia para resistir al juicio."

"9°) Que la Corte Suprema expresó en forma reiterada que la independencia del Poder Judicial es uno de los pilares básicos de nuestra organización institucional. Por ello los constituyentes se preocuparon de asegurar la inamovilidad de los jueces creando la garantía de que "conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta" (Fallos: 274:415)."

"El concepto de "mal desempeño" en términos constitucionales guarda estrecha relación con el de "mala conducta" en la medida que, en el caso de magistrados judiciales, el artículo 53 de la Constitución Nacional debe ser armonizado con lo dispuesto por el artículo 110 para la permanencia en el cargo. La inamovilidad de los jueces asegurada por el artículo 110 de la Constitución Nacional cede ante los supuestos de mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones o crímenes comunes, dado que al resultar esencial en un sistema republicano el debido resguardo de los intereses públicos y privados confiados a la custodia de los jueces y el prestigio de las instituciones, debe evitarse el menoscabo que pueden sufrir por abuso o incumplimiento de los deberes del cargo."

"La garantía de inamovilidad de los magistrados judiciales, presupuesto necesario de la independencia e imparcialidad en la función de administrar justicia, exige que aquéllos no se vean expuestos al riesgo de ser enjuiciados sino por causas realmente graves, que impliquen



serio desmedro de su conducta o de su idoneidad en el cargo (doctrina del Alto Tribunal citada por este Jurado en el caso "Brusa")."

"10°) Que en consecuencia, el fin último de la independencia de los jueces es lograr una administración imparcial de justicia, fin que no se realizaría si los jueces carecieran de plena libertad de deliberación y decisión en los casos que se someten a su conocimiento. Es obvio que este presupuesto necesario de la función de juzgar resultaría afectado si los jueces estuvieran expuestos al riesgo de ser removidos por el solo hecho de que las consideraciones vertidas en sus sentencias puedan ser objetables, en tanto y en cuanto -por supuesto- ellas no constituyan delitos reprimidos por las leyes o traduzcan ineptitud moral o intelectual que inhabilite para el desempeño del cargo (Corte Suprema, Fallos: 274:415)."

"Asimismo, es obvio que el posible error de las resoluciones cuestionadas en materia opinable, con prescindencia del juicio que pueda merecer lo decidido respecto de su acierto, no puede determinar el enjuiciamiento del magistrado, sin que a ello obste la circunstancia de que el tribunal de grado haya declarado las nulidades mencionadas por el denunciante (Corte Suprema, Fallos: 271:175). Lo expuesto conduce a precisar el concepto de error judicial, según la opinión de los autores y la jurisprudencia." "EL ERROR JUDICIAL:

11°) Que la tarea de juzgar no se encuentra exenta de la posibilidad de error y negar esa hipótesis sería apartarse de la realidad. Con acierto se ha señalado que si cada juez se hallase sujeto al temor de responder patrimonialmente por la

más mínima equivocación, sólo un mendigo o un tonto aceptaría desempeñar ese cargo ("Miller v. Hope", House of Lords, April 1. 1824). La necesaria serenidad que debe presidir el proceso de juzgamiento se vería seriamente resentida si el magistrado o funcionario debiera temer por las represalias que, en forma de juicios de responsabilidad o de denuncias, pudieran adoptar quienes están disconformes con el fallo, aunque en él hubiese efectivos desaciertos. Así lo entendió desde antiguo la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica, al señalar con agudeza que: "Es un principio general de fundamental importancia de toda administración de justicia que un funcionario judicial, cuando ejerce las facultades que le han sido conferidas, tenga libertad para actuar de acuerdo con sus propias convicciones, sin miedo a sufrir consecuencias personales. La responsabilidad que lo exponga a responder ante cada persona que pueda sentirse agraviada por una de sus acciones, resultaría incompatible con el ejercicio de su libertad, y destruiría la independencia sin la cual ningún poder judicial puede ser respetable o útil". Dijo también que la situación de riesgo cobra mayor dimensión cuando en la causa se hallan en juego grandes intereses patrimoniales o el interés público en general, pues en tales casos "... la desilusión provocada por una decisión adversa, frecuentemente da rienda suelta a imputaciones de este tipo y -dada la imperfección de la naturaleza humana- esto difícilmente constituya un caso excepcional" ("Bradley v. Fischer" 80 U.S. (13 Wall.)335 -1871-)."

"12°) Que el delicado equilibrio que supone verificar la regularidad del desempeño de un magistrado frente a la innegable posibilidad de error en sus fallos, exige actuar con máxima prudencia al valorar la proyección de tales desaciertos y la atribución de intencionalidad en su comisión. Así, se ha dicho que "Siempre puede denunciarse que



existen motivos erróneos o corruptos, y si pudieran investigarse las motivaciones, los jueces estarían expuestos a demandas angustiantes, existan o no esas motivaciones" ("Bradley v. Fischer" cit. supra)."

"13°) Que por lo expuesto es de rigor ponderar la eventual existencia de error en el ejercicio de la función jurisdiccional, sin desatender que es ésta una hipótesis de tan frecuente concreción que ha sido prevista por el constituyente y por el legislador como fundamento de la estructura de un Poder Judicial en que tribunales de diferente grado estudian y reexaminan el mismo caso en forma sucesiva. Aun así, la certeza es imposible, pues como dijo en recordado fallo la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "...si para escapar al peligro del error posible hubiera de concederse recurso de las decisiones de la Corte, para escapar de idéntico peligro, habría que conceder recurso de las decisiones del tribunal que pudiera revocar las decisiones de la Corte, y de éste a otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un tribunal en que no fuera posible el error. Habría que establecer, por consiguiente, la eterna incertidumbre del derecho con la impotencia de los poderes sociales para poner fin a los pleitos; y por temor de un peligro posible se caería en un peligro cierto, y sin duda alguna más grave, de una permanente anarquía" (Fallos 12:134)."

"14°) Que como consecuencia de esa fragilidad en la obtención definitiva de la verdad legal, la Corte Suprema afirma que ésta se asienta en el carácter de cosa juzgada que ostenta un fallo que ya no puede ser modificado por las vías

legales pertinentes. En esas condiciones, el error judicial sólo se configura cuando el acto jurisdiccional ha sido declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de que ello ocurra goza de ese carácter inmutable que le es atribuido en interés de preservar el orden social y la seguridad jurídica (doctrina de Fallos 311:1007; 318:1990)."

"15°) Que asimismo, según el Alto Tribunal, cualquiera sea el acierto o el error de las resoluciones objetadas, ello deberá ser establecido dentro de los cauces procedimentales y por el juego de los recursos que la ley suministra a los justiciables. En este orden de ideas, resulta impensable que la potestad política que supone el juzgamiento de la conducta de los jueces esté habilitada para inmiscuirse en la tarea jurisdiccional de éstos y formular juicios al respecto (Fallos: 300:1326 y, en forma concordante, Fallos: 277:52, 278:34, 302:102, 303:695)."

"Asimismo sostuvo la Corte Suprema que "Lo inherente a las cuestiones procesales suscitadas en causas judiciales - como en el caso resulta la competencia del juez interviniente- es facultad propia de los magistrados que entienden en los respectivos procesos y los posibles errores o diferentes interpretaciones que sobre ella se hagan, encuentran remedio oportuno en los recursos previstos en las normas adjetivas aplicables al caso. Siendo así, no resulta idónea para apoyar una solicitud de enjuiciamiento la acusación referente a que se habría configurado un desconocimiento o no aplicación de la legislación vigente por el hecho de mantener el juez denunciado su competencia...Lo atinente a la aplicación e interpretación de normas jurídicas en un caso concreto es resorte exclusivo del juez de la causa sin perjuicio de los recursos que la ley procesal concede a las partes para subsanar errores o vicios en el procedimiento o para obtener reparación a los agravios que los



pronunciamientos del magistrado pudieran ocasionarles. No cabe pues, por la vía de enjuiciamiento, intentar un cercenamiento de la plena libertad de deliberación y decisión de que deben gozar los jueces en los casos sometidos a su conocimiento, ya que admitir tal proceder significaría atentar contra el principio de independencia del Poder Judicial que es uno de los pilares básicos de nuestra organización constitucional" (Fallos: 305:113)."

"En consecuencia, el presupuesto necesario de la función de juzgar resultaría afectado si los jueces estuvieran expuestos al riesgo de ser removidos por el solo hecho de que las consideraciones vertidas en sus sentencias puedan ser objetables, a excepción de que ellas constituyan delitos o traduzcan ineptitud moral o intelectual (conf. Corte Suprema, Fallos: 274:415)."

"16°) Que en la acusación se ha efectuado una valoración concreta de los aspectos del fallo que se consideran erróneos, desacertados o contrarios a la ley y a la Constitución, con expresión de los fundamentos jurídicos por los que se expresaron tales conclusiones. Desde esa perspectiva, resultaría estéril confrontar en este proceso eventuales diferencias con la interpretación del derecho formulada en la acusación, ya que ello implicaría ejercer una suerte de revisión jurídica del criterio que la funda, lo cual no se encuentra previsto en el marco constitucional y legal que rige ese procedimiento, no resulta propio de la actuación de un órgano que no ejerce funciones jurisdiccionales y sería inconducente a los fines perseguidos, en tanto reduciría el examen de la causal de mal desempeño a una hipotética diversidad de opiniones jurídicas

entre los dos órganos a los que la Constitución asigna el cometido de llevar el proceso de remoción de los magistrados federales."

"17°) Que, en esos términos, la acusación será examinada sin pormenorizar posibles discordancias con los enfoques jurídicos que le dan sustento, y con el estricto objetivo de determinar si el juez ha incurrido en mal desempeño al ejercer la actividad jurisdiccional que motiva este proceso de remoción, por ignorancia del derecho o por traducir su accionar un propósito prefijado, ajeno al leal desempeño de la función jurisdiccional."

"... 18°) Que en cuanto al objeto procesal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en forma reiterada que el enjuiciamiento de magistrados debe fundarse en hechos graves e inequívocos o en presunciones serias que sean idóneas para formar convicción sobre la falta de rectitud de conducta o de capacidad del magistrado imputado para el normal desempeño de la función y que está fuera de toda duda que "son los hechos objeto de la acusación" los que determinan la materia sometida al juzgador (doctrina de la causa "Nicosia" y jurisprudencia allí citada, Fallos: 316: 2940)."

En consonancia con lo señalado por el Jurado de Enjuiciamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la causa "Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo c/ Venezuela (2008)" ha dicho que "los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior. Ello preserva la independencia interna de los jueces, quienes no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones, el cual, en definitiva, sólo ejerce una función judicial



diferenciada y limitada a atender los puntos recursivos de las partes disconformes con el fallo originario". Se aclara que los jueces no deben responder políticamente por el contenido de sus sentencias, salvo supuestos excepcionales de desvío de poder (actitud deliberada) o error judicial inexcusable (culpa grave) que comprometa la idoneidad del juez. Y que en modo alguno son pasibles de responsabilidad política las cuestiones opinables sustentadas en alguna posición jurídica admisible hacen al ámbito de la independencia y libertad del juez.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley N° 23.054) estatuye que "No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones". (art. 70 inc. 2).

Por lo tanto, es evidente que el contenido de la sentencia sólo podría constituir el objeto de una denuncia ante este Cuerpo en supuestos excepcionales donde se compruebe que el magistrado actuó con dolo o incurrió en el delito de prevaricato (art. 269 y concordantes del Código Penal).

Es aceptado sin mayores objeciones que la prueba del dolo - como principio procesal - corresponde a quien lo invoca, porque además el dolo no se presume.

5°) CONSIDERACIONES PARTICULARES

V.a. La sentencia dictada.

Que de acuerdo a lo señalado en el acápite "Consideraciones Preliminares" surge claro y evidente que este proceso disciplinario no resulta la vía idónea para

efectuar valoraciones sobre el contenido de la sentencia desestimatoria al no revestir la Comisión de Disciplina y Acusación la calidad de tribunal revisor del pronunciamiento desestimatorio.

Que como derivación obligada de dicha prohibición constitucional sólo ha de ponderarse lo inherente a la actuación del magistrado denunciado en relación al cumplimiento de los deberos legales y reglamentarios que son propios del cargo que desempeña, máxime cuando se le achaca "tergiversar" elementos probatorios incorporados a la causa penal.

El texto del art. 180 del CPPN y los fundamentos utilizados en la sentencia de primera instancia dan cuenta que la resolución criticada se enmarca dentro de las facultades que el Código Procesal otorga a un juez. La posibilidad de dar curso para investigar la denuncia como su desestimación constituye una solución posible y autorizada expresamente por la legislación.

Por sobre este aspecto se pretende sugerir que la desestimación de la denuncia obedeció en realidad a un ardid que excede el error o negligencia grave en virtud de una falta de imparcialidad.

La prueba colectada en este legajo no alcanza para tener por acreditada la supuesta intencionalidad del juez en dictar una sentencia acorde con las apetencias políticas de los involucrados, sino que se intenta construir una narración sobre la base de conjeturas de contenido subjetivo que no dan sustento a la imputación. Esa circunstancia requería de prueba concluyente que no fue producida.

Se advierte un alto grado de disconformidad de los presentantes con las decisiones adoptadas por el juez, circunstancia que, por sí sola y tal como está planteada, no admite la posibilidad de continuar un proceso disciplinario



y/o de remoción ya que, en definitiva, se refiere a un trámite jurisdiccional cuyo conocimiento excede el ámbito de facultades del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación. Máxime cuando la causa 777/15 recibió el trámite pertinente por ante las distintas instancias previstas en la ley procesal.

El cuestionamiento articulado respecto al desempeño del Juez Rafecas se sustentó en la disconformidad con el modo en que el magistrado desestimó la denuncia presentada sobre la base de una facultad expresamente otorgada en la ley ritual. Además, si se repara en los términos del art. 279 del Código Civil y Comercial de la Nación se advierte que el objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, o contrario a la moral y a las buenas costumbres. Va de suyo, que frente a la presentación de la denuncia el magistrado optó por sostener su decisión sobre la falta de configuración de un ilícito, postura que fue confirmada por la alzada y luego también por un desistimiento por parte del Sr. Fiscal interviniente ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

Por otra parte, se tiene dicho que la mera atribución de "intenciones políticas" no puede configurar supuestos delitos, para ello es menester probar hechos violatorios a la Constitución cometidos con dolo... Una acusación fundada en que las decisiones... no concuerdan con el criterio del poder político demuestra desconocer la independencia del Poder Judicial, que se manifiesta precisamente cuando las declaraciones judiciales se oponen a las decisiones del poder político. (Considerando 42° del caso "Bustos Fierro").

El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación

en el caso "Doctor Axel López s/Pedido de enjuiciamiento", del 31 de mayo de 2015, centró como línea argumental para el rechazo del pedido de remoción, que no es la destitución del juez el remedio contra las malas decisiones cuando éstas se toman en el marco de la interpretación posible de la norma. En uno de los votos se dijo: *"Ahora bien, habida cuenta de que muchas decisiones judiciales pueden no ser las más justas o razonables para el caso. ¿Cuál es el modo para corregir las malas elecciones de los jueces? No hay otro modo que el control de las partes del proceso a través del proceso recursivo que permite que otros magistrados puedan revisar el criterio del juez cuya resolución se objeta."*

En pocas palabras, los denunciantes centraron su reproche en la decisión adoptada por el magistrado atribuyéndole una valoración equivocada de los elementos recolectados en el sumario y un criterio errado en cuanto a la admisibilidad de una denuncia, la que a la postre fue admitida conforme al fallo dictado por la Cámara Federal de Casación Penal.

El dolo se traduce en una conducta exterior que requiere de prueba directa y en el supuesto puntual, no se tiene elemento alguno que avale con certeza la tesis ensayada por los denunciantes.

Específicamente, en materia de Derecho Penal se explica que *"mientras en la mayoría de los hechos punibles lo único relevante en el ámbito del tipo subjetivo es el dolo, algunos requieren la concurrencia de elementos subjetivos de la autoría, por lo que en esos casos la tipicidad subjetiva no se agota en el conocimiento por el autor del tipo objetivo, pues se trata de delitos en los que la especial finalidad del autor resulta relevante para caracterizar el contenido de ilicitud de su comportamiento. La imputación subjetiva en esos casos incluye además ciertas intenciones o finalidades*



*específicas del autor” (Conf. Righi. Esteban, “Derecho Penal”, Parte General, pág. 288, Editorial Abeledo Perrot). Por ejemplo, el elemento subjetivo de la autoría está previsto en un tipo dependiente, como sucede con la norma que aumenta la punibilidad del homicidio cometido *para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados* (art. 80, inc 7 Código Penal).*

En la denuncia N° 30/2015 se afirmó que las irregularidades cometidas por el magistrado son “prueba indiscutible” de su mal desempeño y... *“aparecen claramente enderezadas y concatenadas entre sí para acreditar la existencia de alguna finalidad distinta de aquélla que impregna la administración de justicia; en este caso, impedir que se instruya una causa judicial con el fin de lograr impunidad de los sujetos involucrados”*. (el subrayado me pertenece).

No pudo comprobarse la veracidad de aquellas alegaciones frente al trámite que finalmente tuvo la causa N° 777/15. La prueba colectada en el legajo no resulta suficiente como para tener por demostrada la existencia de intenciones o motivaciones del magistrado para ocultar las posibles responsabilidades penales de los imputados. Y este aspecto si se quiere pensar mal del juez es imprescindible procurar acreditarlo.

Quede claro también que las reflexiones de doctrina y jurisprudencia penal son bien aplicables al caso, aun en este estadio de etapa previo a un juicio. La causal de mal desempeño mediante el empleo de una sentencia requiere la prueba plena de aquellas intencionalidades que he repetido hasta el cansancio.

En cuanto al modo de argumentar el fallo ha de tomarse como directiva orientadora el presupuesto contenido en el art. 3 del Código Civil y Comercial en cuanto a que la desestimación mereció una decisión razonablemente fundada. Es atinado remarcar que la Sala I de la Casación Federal no ordenó expedir testimonio de lo actuado ni copias certificadas de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3 del Reglamento de la Comisión de Disciplina y Acusación que establece: *"Cuando los Tribunales de Superintendencia tomaren conocimiento de un hecho u omisión imputable a un magistrado del Poder Judicial de la Nación que pudiere configurar falta disciplinaria o causal de remoción, notificarán al Consejo de la Magistratura todos los antecedentes en un plazo máximo de tres días"*.

Lo apuntando sobre una supuesta tergiversación en relación al alcance otorgado a los documentos firmados por el Dr. Nisman no resulta probado. Por el contrario es un tema controversial respecto del cual no se puede ser concluyente, en un sentido u otro, si estamos a lo declarado por el Dr. Armando Víctor Manuel Antao Cortez - quien se desempeña en la Unidad Fiscal AMIA en la Procuración General de la Nación - en la audiencia testimonial llevada a cabo en este sumario. Las consideraciones vertidas por el magistrado en su sentencia representan el presupuesto de todo juicio humano que permitió el control de la decisión por la vía recursiva. Quedó demostrado que por medio de los recursos de apelación pudo discutirse el acierto/error de la decisión como así también delimitar el alcance de las apreciaciones escritas por el Juez Rafecas.

Este largo derrotero procesal por el que transitó la causa resulta un hecho incontrastable para tener por acreditado que la resolución del caso (admisión de la denuncia) se produjo por los carriles previstos por el ley



procesal, extremo que invalida la discusión que sobre este tópico se pretende reeditar en el proceso disciplinario, más aun cuando no surge acreditado dolo en el proceder del juez. En consecuencia, las imputaciones sobre el contenido y la valoración de la sentencia judicial deben ser desestimadas.

Que, sin perjuicio que la denuncia no amerita ser continuada al ser evidente que no se comprobó dolo en la actuación del Dr. Rafecas, corresponde considerar las restantes imputaciones pese a que no se presentan como autónomas - al derivar de la imputación principal -, a los efectos de mantener incólume el principio de defensa en juicio y darle respuesta a los denunciados.

V. b. La citación a su despacho. El llamado telefónico.

En su último descargo ampliatorio el Juez Rafecas describió que se le cuestionó haber mantenido una reunión con los representantes de la AMIA y la DAIA en la sede el juzgado, al momento de firmar el primero de los fallos cuestionados, en la cual se los interiorizó en un lenguaje sin tecnicismos jurídicos de las razones que motivaron la decisión de no abrir una investigación, que a su entender, no tenía posibilidades de prosperar como demostración de una hipótesis delictiva.

Afirmó que la reunión era indispensable por múltiples razones, resaltando especialmente la política de transparencia y acercamiento a la comunidad que ponía en práctica en ejercicio de su función. Agregó que condujo la reunión por los canales de respeto y corrección, exactamente igual que otras audiencias que llevó adelante a diario en su despacho en el marco de las causas en trámite. Resaltó que de

las declaraciones efectuadas por los testigos no se desprende ningún indicio de desviación de poder ni de arbitrariedad en la decisión que se aprestaba a firmar.

Por otra parte, el magistrado reconoció al responder el art. 11 del Reglamento de aplicación que mantuvo una "áspera conversación" telefónica con el ex dirigente comunitario Waldo Wolf cuando éste lo acusó "falsamente" en un programa de televisión de faltar a la verdad, días después de una reunión en su despacho.

A fs. 279 del legajo obra copia de la Escritura N° 74, "Acta de manifestación: Waldo E. Wolff" del 13 de marzo de 2015 en la que consta que el aquí denunciante expresó que la conversación telefónica mantenida con el juez, "fue subida de tono, pero sin agravios".

Sobre el decoro de los magistrados se debe exigir un especial cuidado en la ponderación de los hechos lo cual lleva a atender particularmente cada caso concreto, sin perjuicio de ser riguroso en la apreciación del cumplimiento de los deberes constitucionales y reglamentarios de los magistrados.

Que la trascendencia de la causa N° 777/15 es de público y notorio conocimiento, pudiéndose mencionar que un grupo de personas requirió por medio de una solicitada paga en distintos diarios nacionales la remoción del juez.

El contexto en que desarrolló su tarea el Juez Rafecas, según sus palabras, "conforma una campaña de persecución y hostigamiento que me afecta personal y funcionalmente, que atenta también contra la investidura que represento, y que resulta impropia de un contexto democrático donde debe primar el respeto" (presentación del 8/2/17, punto II).

Desde esta perspectiva, las explicaciones brindadas por el Juez Rafecas resultan suficientemente fundadas como para proponer la desestimación de las denuncias sobre estos



puntos.

Finalmente, entiendo que sin perjuicio de que respecto del último de los cargos se estaría afectando el principio de congruencia por no constituir la imputación de origen en estos actuados, tengo para mí que la realización de especulaciones públicas en torno a la voluntad no emitida de los actuales integrantes de este Consejo de la Magistratura por el juez Rafecas deben ser apreciadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Constitución Nacional: "Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta...". En ese sentido debe primar el derecho de defensa -en este caso defensa material- por sobre cualquier norma de jerarquía inferior que regule los extremos del concepto de "buena conducta". Para ello se tiene en cuenta que su decir no se llevó a cabo de modo indecoroso, con agravios o descalificaciones hacia nadie o influencias en la labor de cualquiera de los miembros de este Cuerpo.

Así lo dicho en la entrevista radial se trata de la emisión de opiniones sobre asuntos propios que encuadran dentro del ejercicio regular de un derecho en los términos del artículo 10 del Código Civil y Comercial, sustentadas en la garantía de defensa en juicio consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

6°) CONSIDERACIONES FINALES

Es sabido que los jueces pueden actuar con acierto o error, ya que en su actuar asumen las condiciones inherentes a la naturaleza humana. Pero, ante cualquiera de las hipótesis, en resguardo del debido proceso y el derecho de

defensa, las normas adjetivas establecen diversos medios de impugnación y revisión. En efecto, las leyes son susceptibles de interpretaciones diversas, y aun la que pudiera parecer menos aceptable o minoritaria, no pueden avalar ni justificar por sí la aplicación de una sanción disciplinaria.

En la Resolución N° 184/00 de este Consejo en el marco del expediente 460/99, caratulado: "Bova Carmelo c/ Dres. Julio Víctor Reboredo - Jorge Jaime Hemmingsen - Alberto Ramón Durán" se dijo:

"... las facultades disciplinarias del Consejo de la Magistratura, al igual que las que antes ejercía la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se limitan al ámbito de lo estrictamente administrativo y su ejercicio no puede importar intervenir, directa o indirectamente, en la competencia jurisdiccional de un tribunal. En otros términos, el ejercicio de la potestad disciplinaria tiene por objeto que el Consejo de la Magistratura "logre disciplina en el cumplimiento de reglas ordenatorias para la administración del universo de conflictos, no para la decisión de un conflicto determinado ni, consecuentemente, para imprimir una determinada línea a los actos procesales" (Aída Kemmelmajer de Carlucci, "El Poder Judicial en la Reforma Constitucional en A.A.V.V.", Derecho Constitucional de la Reforma de 1994, T. II, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1995, pág. 275). En ese sentido, la doctrina ha destacado que "la jurisdicción disciplinaria está limitada a las faltas que se cometan en la sustanciación de los juicios, por infracción de alguna de las disposiciones de la ley procesal, y por consiguiente con relación al procedimiento y no al fondo del asunto". En consecuencia "el juez no podrá ser corregido disciplinariamente por haber desacertado en los fundamentos legales y [en la] parte dispositiva de la misma sentencia".



Es que, en rigor, "nuestra organización judicial, humana y previsor, reposa sobre la base del posible error judicial" y a ello "obedecen los diversos recursos que la ley acuerda contra las decisiones que se estiman equivocadas por las partes". Resulta de lo expuesto que "el error no puede inculparse porque es independiente de la voluntad humana", y por ello "la sociedad y la ley no podrían exigir(...) un juez infalible" (Adolfo E. Parry, "Facultades Disciplinarias del Poder Judicial", Ed. Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1939, pág. 337 y sgts.). El error en las decisiones judiciales está expresamente previsto en nuestro sistema jurídico, pues es ello lo que justifica la existencia de los medios de impugnación que permiten su revisión, a fin de repararlos. De otro modo, "los jueces(...) están sometidos, en cuanto funcionarios, a una potestad disciplinaria que debe operar en las relaciones de potestad..., pero no en las relaciones de autoridad". Por lo tanto, no pueden ser sancionados "por poseer una ciencia jurídica (un saber jurisprudencial) distinta de la de sus superiores. El juez es depositario de una determinada 'auctoritas' por cuyo ejercicio no puede ser sancionado. El sistema de recursos (de instancias jerárquicas) debe servir para modificar o anular la decisión del juez inferior, no para sancionar una postura distinta" (Iñigo del Guayo Castiella, "El control jurisdiccional de la potestad sancionadora de la Administración Judicial", publicado en "Poder Judicial", N° 27, España, pág. 55 y sgts.)"

El delicado equilibrio que supone verificar la regularidad del desempeño de un magistrado frente a las posibilidades de interpretación e inclusive de error en el

ejercicio de su labor jurisdiccional, exige actuar con máxima prudencia al valorar la proyección de tales posibilidades o eventuales desaciertos, así como la atribución de intencionalidad en su comisión.

Que en el marco de estas denuncias debe tenerse en cuenta que en las contestaciones realizadas por el Dr. Rafecas en los términos del artículo 11 del Reglamento de aplicación, invoca como defensa que el fallo fue dictado de conformidad a las facultades otorgadas por la ley.

En el legajo pudo comprobarse efectivamente que el expediente transitó los carriles procesales regulares concediéndose los recursos de apelación deducidos por los interesados.

En cambio, no se demostró la existencia de una conducta deliberadamente parcial del magistrado en la consecución de un resultado determinado.

Bajo dichas condiciones, lo que en definitiva se cuestiona es el criterio tenido en miras por el juez interviniente para decidir del modo en que lo hizo, vale decir, sus específicas y privativas facultades de juzgar el asunto llevado a su consideración.

En ese sentido, el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación limita sus facultades disciplinarias a cuestiones relacionadas con la eficaz prestación del servicio de justicia, no pudiendo ejercer, directa o indirectamente, la jurisdicción.

No hay duda que debe procurarse evitar que se utilice la solicitud de sanciones disciplinarias o incluso la amenaza de juicio político, como herramientas para condicionar el ejercicio independiente de la magistratura, lo cual constituye un avance indebido sobre las atribuciones constitucionales de los órganos judiciales. Consecuentemente, cuando la conducta que se pretende cuestionar es el pronunciamiento de un magistrado en el marco de un proceso,



la cuestión plantea un límite concreto: las sentencias judiciales son actos jurídicos producto de la actividad de un órgano jurisdiccional, cuya validez sólo puede ser cuestionada, en su caso, ante un órgano del mismo ámbito, sin que sean susceptibles de revisión en un juicio que es político. (Conf. Bidart Campos, Germán, "El Derecho Constitucional del Poder", Ediar, Buenos Aires, 1967, T. II, página 245, n° 871).

Que en otras palabras, las sanciones disciplinarias apuntan a que el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación "...logre disciplina en el cumplimiento de reglas ordenatorias para la administración del universo de conflictos, no para la decisión de un conflicto determinado, ni consecuentemente, para imprimir una determinada línea a los actos procesales".

Que en virtud de las consideraciones efectuadas precedentemente, y atento a que no se advierte ninguna irregularidad en la actuación del magistrado cuestionado que configure alguna de las causales de remoción previstas en el artículo 53 de la Constitución Nacional, ni falta disciplinaria establecida en el artículo 14 de la Ley N° 24.937 y modificatorias, corresponde desestimar las presentes actuaciones.

Por ello,

SE RESUELVE:

Desestimar la denuncia formulada contra el Dr. Daniel Eduardo Rafecas, Juez titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 de la Capital Federal.

**CONSIDERACIONES PARTICULARES EN RELACION CON EL
EXPEDIENTE 163/2016.**

VISTO:

El expediente N° 163/2016, caratulado "Hernández Ramón César c/ Dres. Rafecas Daniel y Ercolini Julián (jueces federales)" el que se encuentra acumulado a los expedientes 30/2015 y 148/2016, de los que,

RESULTA:

La denuncia presentada por el Sr. Ramón César Hernández contra el Dr. Daniel Rafecas, titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3, en la cual le imputa no haber investigado los hechos denunciados por el Dr. Alberto Nisman, y haber "desestim[ado] con insólita rapidez, muy a pesar de la gravedad de los mismos" incurriendo con ese proceder en Traición a la Patria (fs. 380) .

Asimismo, respecto del Dr. Julián Ercolini, titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 10, se agravia por la desestimación que dictara el magistrado en la causa N°2498/2015 en la que se investigaba la denuncia penal que le efectuó al Dr. Rafecas por los hechos antes mencionados. Manifiesta el denunciante que "el Dr. Ercolini, en lugar de investigar y determinar los gravísimos hechos denunciados (...), actuó corporativamente con su par, 'desestimando' y 'archivando' la denuncia en un tiempo récord (...) [argumentando] falsamente que el juez no puede 'investigar' si no hay requerimiento fiscal" (fs. 383).

Que en razón de haber presentado dictamen desestimatorio contra el Juez Daniel Eduardo Rafecas en los expedientes mencionados en ocasión de la reunión de la Comisión de Disciplina y Acusación del día 22 de febrero de 2018



corresponde resolver sin más trámite la acusación contra el Juez Julián Ercolini.

CONSIDERANDO:

1º) Que la presentación efectuada por el Sr. Ramón César Hernández contra el Dr. Julián Daniel Ercolini, titular del Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 10, tiene como objeto cuestionar la desestimación una denuncia penal -en la causa N° 2498/2015- en la que se investigaba al Dr. Rafecas por los hechos mencionados en la causa 777/2015, caratulada 'Fernández de Kirchner Cristina y otros sobre encubrimiento'.

En concreto, le imputa al Dr. Ercolini que en vez de "investigar y determinar los gravísimos hechos denunciados en los cuales habría incurrido el doctor Rafeca(s), actuó corporativamente con su par, 'desestimando' y 'archivando' la denuncia en un tiempo record, es decir, utilizando la perversa 'metodología' con la cual se 'blindó' con el manto de la impunidad al ejército de Narcomafioso y resabios de la dictadura, comandado por la 'Patrona del Mal', la señora Cristina Elisabet Fernández..." (fs. 383).

2º) Que la presente denuncia evidencia la discrepancia del denunciante con lo resuelto por el magistrado, lo cual no resulta idóneo para proseguir con la presente investigación, por cuanto como se ha sostenido en forma pacífica este Consejo carece de competencia para cuestionar la valoración de normas, hechos y pruebas realizadas por los magistrados, como lo he sostenido reiteradamente en los expedientes 30/2015, 133/17, 95/2016, entre muchos otros, en los cuales voté la desestimación de las denuncias al tratarse de imputaciones sobre el contenido y la valoración de una

sentencia judicial, fundamentos a los que me remito en honor a la brevedad y para mantener indemne el principio de congruencia.

3º) Que, en virtud de las consideraciones efectuadas precedentemente, y toda vez que la presente denuncia resulta improcedente, corresponde su desestimación.

Por ello,

SE RESUELVE:

Desestimar la denuncia formulada por el señor Ramón César Hernández.

TAL ES NUESTRO VOTO



Leónidas Moldes
Consejero