

CAyT

Juzgado N° 2
Secretaría N° 4

Expte. 182908/2020-1

INTERPONE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Señor Juez:

Diego Sebastián Farjat, abogado de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, conforme personería acreditada en autos, con el patrocinio letrado del Señor Director General de Asuntos Institucionales y Patrimoniales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, **Dr. Fernando José Conti**, manteniendo el domicilio legal en la calle Uruguay N° 458, P.B. (Departamento de Oficios y Cédulas), en autos caratulados: **”OBSERVATORIO DE DERECHO INFORMATICO ARGENTINO O.D.I.A. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO –OTROS” Expte. 182908/2020-1** a V.S. respetuosamente digo:

I.- OBJETO

Que, en legal tiempo y forma vengo a interponer recurso de inconstitucionalidad contra la resolución de fecha 22 de diciembre de 2021, notificada a esta representación con fecha 23 de diciembre de 2021, dictada por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, mediante la cual rechazó la recusación articulada por el G.C.B.A. contra el magistrado Roberto Andrés Gallardo.

Por los argumentos que se expondrán, solicito se conceda el presente recurso de inconstitucionalidad, ordenándose la elevación de las presentes actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de que, oportunamente, se deje sin efecto la decisión recurrida.

II.- ANTECEDENTES

a) Conforme surge de las constancias de estas actuaciones, se ha iniciado acción de amparo con el objeto que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución N° 398/MJYSGC/19 y de la Ley N° 6339, en cuanto implementó el “SISTEMA DE RECONOCIMIENTO FACIAL DE PRÓFUGOS” (en

adelante “SRFP”), y modificó la Ley N° 5688 artículos 478, 480, 484, 490 y las incorporaciones de los artículos 480 bis y 490 bis, por ser contraria – a entender de O.D.I.A. - a los artículos n° 14, 14bis, 18, 19, 33, 43, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; artículos n° 14, 16, 18, 34, 36, 38, 39, 61 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y a numerosos pactos internacionales.

Asimismo, requirieron el dictado de una medida cautelar consistente en que se disponga la suspensión del SRFP hasta que se resuelva la cuestión de fondo.

Con fecha 29 de diciembre de 2020, el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 11, Secretaría N° 21, decidió rechazar in limine la acción de amparo deducida.

Habiendo la actora interpuesto recurso de apelación, la Sala I de la Cámara de Apelaciones del Fuero resolvió revocar la resolución de primera instancia y, en consecuencia, remitir los autos a la Secretaría General a efectos de que, se asigne nueva radicación a las actuaciones para que continúen su trámite.

A través del pertinente sorteo, resultó desansiculado el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario n° 2, a cargo del Dr. Roberto Andrés Gallardo.

Advirtiéndole que se encontrarían en juego derechos de incidencia colectiva, el referido magistrado ordenó medidas de publicidad a fin de que quienes se considerasen con derecho, se incorporen al proceso.

Posteriormente, en los términos del art. 14 de la ley 2.145, ordenó correr traslado al GCBA de la medida cautelar solicitada por la parte actora en su escrito inicial.

Esta representación contestó el traslado conferido, requiriendo el rechazo de la petición cautelar de la actora y de los Sres. Paula Castillejo Arias y Víctor Leopoldo Castillejo Rivero.

El Sr. Fiscal emitió su dictamen propiciando el rechazo de la medida cautelar, atento la ausencia de verosimilitud del derecho del pedido efectuado.

Ante ello, el Sr. Juez de primera instancia ordenó una serie de medidas a diversos organismos. A saber:

Se ha ordenado al Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA que en el plazo de cinco (5) días:

a) remita el convenio suscripto con la Defensoría del Pueblo de la CABA conforme lo dispuesto en el art. 3 de la resolución 398/2019;

b) informe si realizó algún estudio de impacto sobre los datos personales previo al dictado de la resolución 398/2019;

c) informe acerca del registro al que alude el art. 490 de la ley 5.688 cómo está compuesto, su funcionamiento, dispositivos y/o medidas de seguridad, y cualquier otro dato de utilidad;

d) acompañe, respecto a la información aludida en el art. 490 de la ley 5.688, el informe que presentó a la Defensoría del Pueblo y a la Comisión Especial de Seguimiento de los Sistemas de Video Vigilancia. Hágase saber que de contener información sensible cuya publicidad no se encuentre normativamente autorizada, deberá presentarlo en la sede del Tribunal en sobre cerrado;

e) remita el Protocolo de Actuación mediante el que el Ministerio de Justicia y Seguridad facilita el acceso a los ámbitos institucionales propios a la Defensoría del Pueblo de la CABA;

f) informe la fecha exacta en la que se implementó el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos, si se vio afectado por alguna suspensión –en dicho caso indique los motivos y el período– y el estado actual de operatividad;

g) informe la cantidad exacta de detenciones sucedidas por falsas alarmas desde la implementación Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos, conforme lo narrado por el propio GCBA en su presentación actuación n° 2306959/21;

h) informe si de la implementación, al Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos se le realizaron modificaciones, mejoras o ajustes, en tal caso, las describa e informe cuales fueron los resultados obtenidos.

Por otro lado, ha ordenado a la Comisión Especial de Seguimiento de los Sistemas de Video Vigilancia de la Legislatura de la CABA que en el plazo de cinco (5) días:

a) indique cuáles fueron los objetivos propuestos y las medidas adoptadas luego de su creación;

b) indique si recibió por parte del Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA la información referida en el art. 490 de la ley 5.688, en cuyo caso, deberá presentarla e informar qué acciones realizó en base a ella;

c) informe cómo se encuentra actualmente integrada y si se convocó a participar a especialistas y organizaciones de la sociedad civil conforme arts. 9 y 490 bis de la ley 5.688;

d) remita toda la información que posea relativa al funcionamiento del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos;

e) indique si elaboró algún informe sobre el impacto de la ley 6.339 (modificatoria de la 5.668) o del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos sobre los datos personales.

Por último, ha ordenado realizar una constatación en el Centro de Monitoreo Urbano (CMU) para EL DÍA MIÉRCOLES 3 DE NOVIEMBRE DE 2021 A LAS 9:30 HORAS, en el Centro de Monitoreo Urbano (CMU) sito en Av. Guzmán 396, de esta Ciudad en el que se requiere la presencia de la máxima autoridad del área.

Por tal motivo, esta representación recusó al magistrado de grado por entender que estaba vulnerada la garantía de imparcialidad.

A su turno, el juez recusado produjo el informe previsto en el artículo 16 del Código de rito, por medio del cual negó hallarse incurso en la causal objetiva alegada por el GCBA.

Finalmente, la causa pasó a estudio de la Sala I, quien resolvió no hacer lugar a la recusación interpuesta.

Es contra dicho pronunciamiento, vengo a interponer el presente recurso de inconstitucionalidad y a solicitar que, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen, se lo declare formalmente admisible y se haga lugar a la recusación que nos ocupa.

III.- ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Tal como se demostrará a continuación, se cumplen en el caso todos los requisitos de admisibilidad previstos en la ley 402.

a) Superior tribunal de la causa.

El recurso de inconstitucionalidad resulta formalmente admisible por cuanto la sentencia que por el presente se cuestiona, fue dictada por el tribunal superior de la causa, esto es, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

b) Sentencia definitiva.

También se cumple acabadamente en el caso con el requisito referido a que la sentencia apelada sea definitiva o equiparable a tal. Porque si bien es cierto que la sentencia en sí misma no es la que pone fin al pleito, debe entenderse que por la cuestión que ésta decide, se produce en el caso un verdadero “agravio irreparable”, lo cual motiva que la sentencia apelada sea un pronunciamiento de imposible o insuficiente reparación ulterior (cfr. Palacio, Lino E. “El recurso extraordinario federal”, p. 76).

En este aspecto corresponde destacar que la jurisprudencia ha considerado –con acierto- que las decisiones judiciales sobre recusación son normalmente equiparables a la sentencia definitiva, por cuanto lo decidido tiene por efecto permitir o no la tramitación de un proceso judicial por ante un juez determinado. Así, se ha entendido que, ya que en estos casos están directamente en juego las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio de los derechos, corresponde que la cuestión sea dirimida en la misma oportunidad procesal en que se la invoca. De lo contrario, se dejaría a la parte en un verdadero estado de indefensión, atento a que sería imposible para un tribunal de alzada extirpar de los múltiples actos procesales que hacen al proceso, todos los vicios a los que conduce la falta de imparcialidad.

Así lo ha entendido en numerosas ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en jurisprudencia directamente aplicable al sub lite.

En el caso “Olivencia”, la Corte hizo lugar al recurso remitiéndose a los fundamentos del Procurador, quien recordó que el Tribunal ha hecho excepción a la regla de la sentencia definitiva siempre que se comprueba, por los antecedentes de la causa, que ésta es la oportunidad para la adecuada tutela del derecho de defensa en juicio del apelante cuya salvaguardia exige asegurar “una inobjetable administración de justicia”. A juicio del Procurador “si lo que se intenta someter a la revisión del a quo son las condiciones que aseguran la imparcialidad de los magistrados que deben llevarlo a cabo, el agravio que la decisión causa a los apelantes es insusceptible de reparación ulterior y resulta así equiparable, en este aspecto, a la sentencia definitiva” (CSJ caso “Olivencia”, exp. O 172 XXXVII, del 27/05/2004).

Este valioso criterio, explica la Corte, tiene su razón de ser en el mismo hecho del planteo de la recusación, puesto que cuando se cuestiona la parcialidad objetiva del juzgador en un momento determinado del proceso, ello implica “por su naturaleza” una “consideración inmediata en tanto constituye la única oportunidad para su adecuada tutela”, por cuanto el “planteo supone que el proceso no progrese ante la misma juez sospechada de parcialidad” (CSJ caso “Llerena”, exp. L. 486. XXXVI, del 17/05/2005).

De otra forma, es decir, de tener que diferirse la solución con posterioridad al juicio y agotados los recursos pertinentes, “se produciría una dilación indebida del proceso así como un dispendio jurisdiccional innecesario”, por lo tanto, resolvió que la oportunidad para decidir un planteo de recusación “resulta ser ésta en que se la invoca, toda vez que si no la posterior revisión de lo decidido dejaría de ser eficaz” (CSJ caso “Llerena”, cit., y Fallos 313-584, voto del juez Fayt).

Teniendo en cuenta la actual jurisprudencia de la C.S.J.N., y en particular aquella emanada con posterioridad al caso “Llerena”, puede afirmarse que es regla que las cuestiones vinculadas con la recusación de los magistrados resultan equiparables a las sentencias definitivas ya “que por su

naturaleza exigen una consideración inmediata en tanto constituye la única oportunidad para su adecuada tutela” (CSJ, caso “Pontoriero”, Fallos 329-2631).

En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina, que ha llegado a afirmar que la Corte a partir del caso “Llerena” convirtió en regla “lo que venía siendo una excepción: la resolución que rechaza una recusación es sentencia definitiva contra la cual puede articularse el remedio federal” (Ríos, Carlos Ignacio, “El temor de parcialidad como causa de recusación”, LL 2005-E, p. 102). En tales condiciones, y a partir de la línea jurisprudencial inaugurada en el caso “Llerena”, se llega a la conclusión de que la admisibilidad formal de los recursos de inconstitucionalidad o el recurso extraordinario está “condicionada al resto de los requisitos para su procedencia, pero ya no podrá argumentarse, para denegarlo, la falta de sentencia definitiva” (Ríos, ob. cit., p. 104).

c) Cuestión constitucional.

Por último se señala que en el caso se cumple con el requisito de procedencia sustancial, en tanto existen en el caso cuestiones constitucionales suficientes, que se vinculan de forma directa e inmediata con la resolución del caso. Sin perjuicio de que estas cuestiones serán desarrolladas con amplitud más adelante, corresponde en este punto su simple enunciación, a saber:

1. En la causa se ha controvertido la interpretación e inteligencia del art. 18 de la Constitución Nacional y los artículos 13 y 134 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, así como normas concordantes contenidas en tratados internacionales de jerarquía constitucional, y la resolución del caso ha sido adversa al derecho fundado por mi parte en aquellas normas.

2. Se configura también un caso constitucional por cuanto la sentencia apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente y

es técnicamente arbitraria ya que, fundamentalmente, no se aplicaron al caso normas que regulan expresamente la materia debatida (TSJ, caso "Kuzis", 05/10/2005) y porque carece de adecuada fundamentación (TSJ, caso "M., H. N." del 03/05/2006).

Como dijo el Tribunal Superior de Justicia in re "Dorelle", existe en la especie cuestión constitucional suficiente en razón que se encuentra en juego la garantía de ser juzgado por un tribunal imparcial. Ello así pues la mera duda del justiciable respecto de que el Tribunal actuante no es imparcial en la decisión a adoptar tiene incidencia directa e inmediata sobre el derecho de defensa en juicio, como así también hace a los principios de certeza y seguridad jurídica, rectores en materia de justiciabilidad.

IV.- GRAVEDAD INSTITUCIONAL

Por razones de prudencia procesal, y sin perjuicio de lo dicho hasta ahora sobre la procedencia formal del recurso de inconstitucionalidad aquí interpuesto, cabe agregar que concurre en el caso lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación califica como "gravedad institucional".

En efecto, con arreglo a la doctrina iniciada en el célebre caso "Jorge Antonio" (CSJ Fallos 248-189), la presencia de cuestiones de la naturaleza indicada decide la procedencia formal de recursos de excepción, con prescindencia de los óbices (o "ápices") procesales frustratorios que puedan surgir del régimen estricto establecido por las leyes procesales (CSJ, Fallos 313-516 y 863, 314-258, 1714 y 1874; etc.). En igual línea se ha expresado el propio Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, admitiendo expresamente su procedencia en el ámbito local (TSJ caso "GCBA v. Inversora Dock Sud S.A." del 06/11/2006) y con los mismos contornos que ha delineado la jurisprudencia de la Corte (TSJ caso "Mancuso" del 05/04/2006, voto del juez Casás).

A partir del leading case “Jorge Antonio”, la jurisprudencia de la Corte registra una nutrida e ininterrumpida línea de casos en los que se ha resuelto que la gravedad institucional actúa como motivo autorizante de la admisibilidad del recurso extraordinario aun cuando las sentencias apeladas no configuren estrictamente sentencia definitiva (CSJ Fallos 290-266, 295-95, 300-88), sin que exista obstáculo para que se dejen de lado “los moldes procesales que circunscriben la jurisdicción apelada” (Fallos 300-1110, caso “Mozzatti”. En idéntico sentido, Sagüés, Néstor P. “Recurso extraordinario”, t. II, p. 343).

Una familia de casos entre los que se destacan los conocidos precedentes “Rivero Pacheco” (CSJ Fallos 294-430) y “Aída Fernández” (CSJ Fallos 295-376) autoriza a afirmar que mediando interés o gravedad institucional suficiente la Corte entiende que hasta se puede prescindir del requisito de cuestión constitucional (cfr. Carrió, Genaro “Nuevas fronteras del recurso extraordinario” en “Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al doctor Augusto M. Morello”, p. 219). Porque tal como lo explica Sagüés “la gravedad institucional pasa a revestir, prácticamente, condición análoga a una cuestión federal”. (aut. cit., ob. cit., p. 343).

Dentro de esta uniforme línea jurisprudencial, es de especial importancia para la decisión del sub lite lo resuelto por la Corte Suprema en el célebre caso “Penjerek” (CSJ Fallos 257-132) en donde precisamente se discutía la procedencia formal de un recurso extraordinario interpuesto contra una sentencia en donde se rechazó un planteo de recusación con causa.

En aquella oportunidad, la Corte entendió que, a pesar de no tratarse de una sentencia definitiva, debía declararse de todos modos admisible el recurso dada “la difusión y notoriedad que ha alcanzado este proceso: la prensa le ha dedicado una atención extraordinaria, y la opinión pública ha sido conmovida”.

Naturalmente, no se trataba simplemente de notoriedad por la notoriedad misma. La repercusión pública a la que aludía la Corte era un índice de lo que era verdaderamente grave, esto es, que existía en la comunidad la “duda” de que las partes de un proceso judicial gozarán de la garantía de la imparcialidad. Así, dijo el Procurador, a cuyo dictamen remitió la Corte, que “cobra en este caso grave trascendencia institucional, porque puede traducirse en menoscabo de la confianza que el pueblo deposita en el Poder Judicial”. Este estado de conmoción pública derivada del cuestionamiento de parcialidad de un juez, es lo que obliga a la intervención del tribunal superior, a fin de dar a la cuestión una “consideración inmediata” y “adecuada a su naturaleza”.

Luego, la Corte agregó en el mismo sentido una reflexión que estaba en el corazón de la cuestión constitucional planteada, y que es expresamente aplicable a estos autos: “no es dudoso que las cuestiones de recusación se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es un de los elementos de la defensa en juicio”.

Con posterioridad al caso “Penjerek” la Corte continuó delineando esta valiosa doctrina y fue definiendo con mayor precisión todavía el contenido del concepto de “gravedad institucional”. Así, el detenido examen de la jurisprudencia de la Corte permite afirmar que, además de lo ya dicho, existe gravedad institucional cuando el caso “compromete las instituciones básicas” del Estado (CSJ Fallos 289-36, 292-229, 307-973) y, más específicamente, cuando está en tela de juicio el desempeño de un magistrado judicial (CSJ Fallos 259-307), la suspensión o remoción de magistrados (CSJ Fallos 263-15, 264-7), la organización y funcionamiento de los poderes que integran el gobierno (CSJ Fallos 303-1041, 302-742), la buena marcha de las instituciones (CSJ Fallos 300-417) o las situaciones susceptibles de “afectar una irreprochable administración de justicia” (CSJ Fallos 260-114).

Puede verse, pues, sin dificultad, que todos estos conceptos son de inmediata aplicación al sub lite. La cuestión de autos afecta las bases mismas del Estado local y la buena marcha de sus instituciones.

En tales condiciones, no sólo resulta directamente aplicable al caso la doctrina de la Corte Suprema y el Tribunal Superior de Justicia sobre “gravedad institucional” -que habilita por sobre cualquier reparo formal la admisión de este recurso- sino que es evidente que se ha planteado un verdadero conflicto entre los poderes de la Ciudad en los términos del art. 113 inc. 1 de la CCABA. Ello, por cuanto está en tela de juicio la imparcialidad de un integrante del poder judicial.

Por todo lo expuesto, deviene imprescindible que el Tribunal Superior de Justicia intervenga apelando a su indiscutible autoridad institucional y ponga un “necesario quietus en lo que atañe al punto debatido” (CSJ, Fallos 315-1209), declarando admisible el recurso interpuesto y, en su momento, acogiendo el planteo de recusación formulado por mi parte, a fin de reestablecer la confianza pública en que el servicio de justicia es transparente y que el caso de autos será sin dudas resuelto por un juez imparcial.

V.- AGRAVIOS

a. La sentencia cuestionada no analiza, en forma alguna, las cuestiones introducidas en la recusación planteada. En rigor la decisión es infundada.

El Dr. Gallardo ha sido recusado por mi mandante con fundamento en lo dispuesto por el artículo 11 de rito del CCAyT. Entre los motivos de la recusación se alegó que se encontraba gravemente afectada la garantía de imparcialidad del magistrado tutelada constitucionalmente (arts. 18, 75 inc. 22 y concordantes de la C.N. y 13 inc. 3 y concordantes de la C.C.A.B.A.).

Pese a que el legislador presume que, frente a determinados hechos, la imparcialidad de un Juez debe presumirse y no requiere ninguna otra exteriorización de tal imparcialidad ni que haya que esperar a que la misma se exteriorice en actos jurisdiccionales, la Excma. Cámara ha decidido rechazar la recusación articulada.

Se ha explicitado que al dictar la resolución de fecha 27 de octubre de 2021, el magistrado estaba supliendo la actividad que le compete a los litigantes, confundiendo su rol de director del proceso con el de parte.

Lo desproporcionado de su accionar manifiestamente contrario al GCBA queda evidenciado por las medidas que decidiera adoptar sin que ninguno de las partes las solicitara, que le impiden un análisis equilibrado y equidistante de la cuestión debatida.

La Sra. Fiscal ante la Cámara, quien propició hacer la recusación planteada (actuación N° 2800030/2021), ha entendido que debía hacerse lugar a la causal invocada por esta representación.

En su dictamen ha expuesto que: "Si bien una primera lectura de la situación planteada llevaría a rechazar la recusación articulada, pues ella vendría a canalizar impropriamente el disenso de la demandada con las medidas probatorias adoptadas por el magistrado interviniente, cuestión que, en su caso, debería articular a través de los recursos procesales disponibles, entiendo que las manifestaciones efectuadas por el Dr. Gallardo en el punto V de su informe, ameritan arribar a una conclusión distinta.

En efecto, los términos del informe elaborado por el magistrado evidencian un manifiesto malestar respecto de la actuación del demandado, la que no duda en calificar como abusiva, maliciosa y temeraria e incluso peticiona la aplicación de oficio de las sanciones previstas en el art. 39 del CCAyT.

Esta situación crea un entorno que, al menos, siembra razonables dudas acerca de la presencia de rigurosa imparcialidad para conducir los siguientes pasos de la causa y su correcta dilucidación, puesto que las manifestaciones vertidas por el magistrado de grado, hayan sido motivadas o no por una conducta reprochable de la demandada, en la práctica pueden llegar a lesionar la garantía constitucional a ser juzgado por un juez imparcial e independiente (Fallos 319:758; 328:1491; 330:1457; 330:251, entre otros).

En virtud de lo expuesto, **no hacer lugar a la recusación - más allá de la interpretación restrictiva que rige a este instituto y de lo que pudiera opinarse acerca de las medidas concretas que motivaron el planteo, que no son materia aquí de juzgamiento-, podría llegar a tensionar la garantía del debido proceso, respecto de la cual la imparcialidad es condición necesaria...**” (La negrita no pertenece al original).

Es del caso destacar también que la decisión de fecha 27 de octubre de 2021 dictada en los autos principales había sido adoptada sin apoyo normativo alguno y se traduce en un improcedente e injustificado apartamiento de los mecanismos establecidos en el Código de Rito.

La sentencia recurrida no ha mencionado, ni considerado, ni menos aún refutado siquiera los argumentos vertidos en el escrito de recusación ni las consideraciones efectuadas por la fiscal de Cámara.

En el caso se ha denunciado la violación a normas de diverso rango constitucional. Sin embargo la sentencia en crisis no ha analizado las circunstancias del caso a la luz de la sana doctrina señalada por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia.

Es del caso recordar que la recusación es una de las formas con las que el legislador ha hecho efectiva una de las garantías esenciales

consagradas en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 13 de la Constitución de la Ciudad, y normas concordantes de jerarquía internacional, que no es otro que el principio de imparcialidad de los jueces, presupuesto esencial para la efectiva vigencia del debido proceso y la defensa en juicio.

Y así lo ha entendido invariablemente la Corte Suprema, y lo ha reiterado en fecha reciente en el caso “Melman” (CSJ exp. M. 2331, L. XLII, del 04/12/2007): “en estas cuestiones está en juego la inteligencia del art. 18 CN, de los tratados internacionales incorporados a ésta y el instituto de la recusación -cuya vinculación ha reconocido la Corte-; pues no es dudoso que las cuestiones de recusación se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos de la defensa en juicio (Fallos 198:78; 257:132 y 313:584, disidencia del juez Fayt)”.

La sentencia de que recorro directamente omitió la aplicación al caso de lo expresamente preceptuado por el art. 11 en los referidos incisos del CCAyT, que no es otra cosa que una causal legal y objetiva que conduce “jure et de jure” a presumir la parcialidad de un juez (cfr. C. Nac. Cont. Adm. Fed. en pleno, “Inversai S.A.”, 10/7/84, voto de los Dres. Galli, Miguens y Sens-trari) y soslayó que la Procuración General tiene el deber de invocarla, a fin de llevar a cabo una adecuada defensa de la Ciudad y los intereses públicos comprometidos (conf. art. 134 CCABA).

Es claro que los jueces no deben distinguir donde el legislador no lo hizo.

Es del caso recordar aquí la sabia enseñanza de Cesare Bec-caria "Donde las leyes son claras y precisas, el oficio de un juez no consiste en otra cosa que en la verificación de un hecho" (De los delitos y de las penas).

Es ni más ni menos que lo que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación "La primera pauta de interpretación de la ley es dar

pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya primera fuente es la letra de la ley... "(Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales, 13-11-1990).

Es claro que lo que el Legislador ha querido es evitar la posibilidad de que el Juez de la causa sea parcial y ha señalado expresamente circunstancias en la que es humano que quien debe juzgar no sea imparcial (parentesco, carácter de deudor acreedor o fiador o defensor de alguna de las partes). Extralimita su función el Tribunal que limita la decisión del Juzgador y la "interpreta" de forma tal que la desvirtúa limitándola indebidamente.

La jurisprudencia ha resuelto que "lo decisivo en materia de garantía de imparcialidad es establecer si, desde el punto de vista de las circunstancias externas (objetivas), existen elementos que autoricen a abrigar dudas con relación a la imparcialidad con que debe desempeñarse el juez, con prescindencia de qué es lo que pensaba en su fuero interno" (CSJ caso "Alonso", exp. A. 2155. XLI, 31/8/2006). Por lo tanto, puede afirmarse que lo que hace realmente a la garantía del debido proceso y la defensa en juicio es la existencia de un "tribunal insospechado" (CSJ caso "Alonso", cit.).

A partir de esta jurisprudencia, entonces, queda en evidencia que la inteligencia que ha hecho la Sala I no se adecua ya al estado de evolución de la jurisprudencia de la Corte que exige, como exigencia del debido proceso y adecuado servicio de justicia despejar, en todos los casos, cualquier atisbo de parcialidad.

Así lo resalta la más calificada doctrina, que ha analizado el caso "Llerena", directamente aplicable al caso. Respecto de este fallo se ha dicho que "una antigua e invariable tradición jurisprudencial ha venido sosteniendo que las causales de apartamiento son taxativas y que las recusaciones deben admitirse en forma restrictiva. Pero en "Llerena" la Corte abandona el criterio de la taxatividad, cuando admite una recusación en el temor a la parciali-

dad, o sea, una circunstancia no prevista por la ley” (Ríos, Carlos Ignacio “El temor de parcialidad como causa de recusación”, LL 2005-E, p. 101). A su vez, en el caso “Llerena” se avanza “hacia una interpretación amplia” y no restrictiva (cfr. Ríos, ob. cit., p. 101), porque como se ha dicho, la Corte dijo en aquel caso “que no existe óbice alguno para que como regla procedimental en consonancia con la garantía, se interprete el temor de parcialidad como un motivo no escrito de recusación del juez”.

Esta tendencia, por lo demás, es la que se ha adoptado en sede internacional, en lo más prestigiosos tribunales de derechos humanos. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió el 1/10/1982 en el caso “Piersack” (TEDH, Serie A, Nº 53), en donde ha dicho que todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer en el caso, ya que lo que esté en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos de una sociedad democrática. También en el caso “De Cubber” el mismo tribunal afirmó que “incluso las apariencias pueden revestir importancia” (TEDH, sentencia del 26 de octubre de 1984, Serie A, Nº 85).

Este valioso enfoque es, además, compartido en todos sus términos por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, que ha resuelto que cuando “se trata de la sospecha objetiva de parcialidad” la justicia debe satisfacer la apariencia de justicia” (Corte Suprema EE.UU., 349 USS. 133, citada por Paúl B. Lewis, “Systemic Due Process: Procedural Concepts and the Problem of Recusal”, en Kansas Law Review, vol. 38-1990, p.384); resulta entonces correcto afirmar que la exigencia de imparcialidad -o el defecto de parcialidad- consiste antes bien en el “parecer” que en el efectivamente “ser” (TEDH, “Piersack”, del 1/10/82 y “De Cubber”, TCEs-paña, sentencia n. 145/88 del 12/7/88)” (TSJ caso “Araldi”, 10/08/2001, voto del juez Maier).

Por tanto, a partir del criterio expuesto, se advierte que el marco de interpretación constitucional del caso es sustancialmente diferente a lo

sostenido por la Sala en cuestión, y obliga, en consecuencia, a admitir una amplitud proporcionada a los importantes principios en juego. En tal sentido la previsión contenida en el art. 11 de rito del CCAyT se presenta como una reglamentación adecuada de la problemática planteada, que permite asegurar de forma objetiva y eficaz, y a partir de una presunción “jure et de jure”, la garantía de imparcialidad.

Así, a diferencia de lo sostenido por la Sala I, la aplicación al caso de la citada norma no puede plantear objeción constitucional alguna. Por el contrario, como lo ha señalado la doctrina, la consagración legal de esta presunción con fuerza “jure et de jure” es absolutamente pertinente, por cuanto “la pendencia de un proceso origina un estado emocional que autoriza a sospechar de la imparcialidad del juez” (Díaz, Clemente A.- “Instituciones de derecho procesal”, Abeledo Perrot, t. II, vol. A. p. 324). Y en igual sentido, ha dicho Alsina que “sea que el juez actúe como actor o demandado, cualquiera sea la naturaleza del juicio, la circunstancia de que hubiera sido necesaria la intervención judicial, demuestra la existencia de un conflicto de intereses que puede comprometer la ecuanimidad del fallo” (Alsina, Hugo, “Tratado teórico práctico de derecho procesal, civil y comercial”, Abeledo Perrot, t. II, p. 298).

Podrá exigirse, eso sí, que el pleito pendiente sea serio y fundado, es decir, que se verifique si existe una causa suficiente para demandar al magistrado o si se trata de un mero artilugio procesal. Sin embargo, esta posibilidad no ha sido afirmada en concreto y mucho menos probada.

De este modo, queda expuesto que no hay en el caso reparo constitucional alguno que obligue a interpretar el art. 11 y concordantes del CCAyT del modo en que lo hizo la Sala.

Por último, cabe destacar que no es la primera vez que el juez Gallardo es cuestionado por su accionar contrario al GCBA.

En efecto, ha sido recusado en diversas causas y en algunas se ha hecho lugar a los planteos efectuados. Es decir, la postura del GCBA no es antojadiza. El magistrado ha tenido sobradas actitudes que permiten dudar de su imparcialidad.

En efecto, la Sala II de la Cámara del Fuero ha admitido recientemente la recusación articulada contra el juez Gallardo en el marco de la causa “FERNÁNDEZ, GUSTAVO DAMIÁN Y OTROS c/ GCBA Y OTROS s/ OTROS PROCESOS INCIDENTALES – AMPARO – USUARIOS Y CONSUMIDORES” (Expte. Inc 769846/2016-85).

Asimismo, se pueden citar como ejemplos la recusación efectuada en la causa caratulada "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en GCBA/ s/ Recusación" Expte. 11072/14, el TSJ, con fecha 4/7/16.

Para decidir hacer lugar a la recusación, el más Alto Tribunal Local sostuvo que “...A partir de lo expuesto, asiste razón al GCBA cuando plantea la falta de imparcialidad del magistrado recusado.

Es que, en este caso, cabe advertir que la intervención judicial en cuestión no se debió a la necesidad de adoptar una medida cautelar, solicitada por parte legitimada, que haya demandado el escrutinio preliminar y provisional sobre la apariencia del derecho invocado; sino de diligencias decretadas unilateralmente por el magistrado en el marco de un proceso voluntario promovido por el propio GCBA.

De todas maneras, cualquiera sea el acierto o error de las medidas adoptadas durante la tramitación del presente proceso (...) de las constancias de la causa surge que el juez Gallardo ciertamente -al menos sin margen de dudas desde el momento en que suscribió el informe transcrito precedentemente- toma una actitud y revela pareceres que pueden razonablemente

ser entendidos por quien los conoce, como indicadores de una opinión preconcebida.

Ello da derecho a la parte a requerir la intervención de un juez en quien no pueda ver motivos para sentir alarma. En tales condiciones, resulta procedente la recusación planteada”.

En idéntico sentido, la misma Sala I, en las causas 42453/2, 43587/2, 43589/2 y 43596/2, todas ellas de iguales aristas a la presente, o en palabras de la CSJN “sustancialmente análogas” ha resuelto admitir la recusación planteada por el GCBA, ello en concordancia con el dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara, a cuyos fundamentos se remito.

La Sra. Fiscal, emitió opinión a través del Dictamen N° 784, señalando: ...”De la sucesión de pasos procesales antes relatados, todos ellos adoptados a instancias del trámite impuesto por el a quo, es dable colegir que el actuar del juzgado dificultó el ejercicio del derecho de defensa de la parte, a poco que se repare en que pese al intento del GCBA de cuestionar la mentada medida por vía del recurso de apelación de fs. 31, la constatación in situ de los cadáveres involucrados se llevó a cabo a las 10:15 hs. del día siguiente en que éste se notificara (conforme se pudo observar de las copias adjuntadas en los autos “GCBA c)/ recusación (art. 16 CCAYT)”, EXP 43589/2 también en vista ante esta Fiscalía). Ello permite dudar de la imparcialidad de la actuación del magistrado recusado, máxime cuando en oportunidad de efectuar el informe previsto en el art. 16 del CCAYT, no esgrimió razón alguna que esclareciera tal proceder. b. 2. A mayor abundamiento, y sin desconocer las atribuciones con las que cuentan los jueces para el esclarecimiento de los hechos sobre los que tienen que juzgar, no puede dejar de resaltarse que la inspección en cuestión no fue solicitada por el Sr. Asesor Tutelar actuante en esta causa, sino en los autos 42492/1, y que el a quo de oficio decidió hacerla extensiva al sub examine, aludiendo a ciertas irregularidades que habrían sido detectadas tres años antes durante una inspección ocular llevada a cabo en el marco de una causa

diversa a la presente. Todo ello, daría lugar a pensar que el magistrado ya ha asumido una posición respecto a estas actuaciones a partir de constataciones que habría realizado en otras análogas al sub examine. En resumen, no se trata de desconocer las atribuciones con las que cuenta el Dr. Gallardo como director de este proceso sino de poner de manifiesto que el modo en que aquellas han sido ejercidas en esta causa da lugar a concluir que existen razones que comprometen la imparcialidad del magistrado y que aconsejan su apartamiento de ella. V. En estos términos, opino que correspondería admitir la recusación articulada y, en consecuencia, disponer que las presentes actuaciones continúen su trámite ante el magistrado subrogante...”.

Por ello, a la luz de las constancias de la causa y de los hechos relevantes que fueron denunciados por esta parte al momento de formular el planteo recusatorio, corresponderá hacer lugar al presente planteo y elevar las actuaciones al conocimiento del Tribunal Superior de Justicia.

VI.- MANTIENE PLANTEO DEL CASO FEDERAL

Para el hipotético caso de no hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto dejo planteado, desde ya, la cuestión federal prevista por el art. 14 de la ley 48, ya que se estarían violando expresas garantías constitucionales consagradas en los arts. 18 de la Constitución Nacional, de conformidad con lo precedentemente desarrollado en esta presentación.

VII.- PETITORIO

En virtud de todo lo expresado a V.E. solicito:

- 1). Se tenga por presentado este recurso de inconstitucionalidad en legal tiempo y forma y se corra traslado por el término de ley.
- 2). Se conceda este recurso y se disponga la elevación de los autos al Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, para su tratamiento.

3). Se tenga presente el mantenimiento del planteo de la cuestión federal.

4). Oportunamente, se revoque la sentencia apelada y se ordene el apartamiento del Dr. Roberto Andrés Gallarda de los procesos judiciales que motivaran la recusación articulada.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA