**RECUSA. SUBSIDIARIO PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD. SOLICITA FISCAL. RESERVA**

**Señor Juez Federal Subrogante:**

**Verónica HEREDIA**, abogada, Mat CSJN To 57 F0 942, dirección electrónica 27203819280, apoderada de **Sergio Aníbal MALDONADO**, querellante en estos autos **“NN S/ DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS – Art. 142 TER CP”** me presento y respetuosamente digo:

**I. OBJETO**

En tiempo y forma vengo a recusar a la señora Fiscal Subrogante Silvina Avila en los términos de los arts. 71, 58 y 55.1 CPrPN y, en caso de entender que no se encuentra incursa en dicha causal a fin de su inhibición, vengo a recusarla por temor de parcialidad en los términos de los arts. 18, 28, 75.22, Constitución Nacional [CN]; arts. 17 y 26 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [DADDH]; arts. 6 y 10, Declaración Universal de Derechos Humanos [DUDH]; arts. 7.5 y 8.1 en relación a los arts. 1.1, 2 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos [DADH]; arts. 9.3 y 14.3.c) en relación a los arts. 2, 5 y 6, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCyP]; el art. 4 in. 2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal - Reglas de Mallorca-.

Dejo planteada desde ya, y a fin de ser resuelta por el/la Fiscal Subrogante, la recusación de la señora secretaria Rafaela Ricono, en los términos de los arts. 71, 63, 58 y 55.1 CPrPN y, en caso de entender que no se encuentra incursa en dicha causal a fin de su inhibición, vengo a recusarla por temor de parcialidad en los términos de los arts. 18, 28, 75.22, CN; arts. 17 y 26 DADDH; arts. 6 y 10, DUDH; arts. 7.5 y 8.1 en relación a los arts. 1.1, 2 y 29, DADH; arts. 9.3 y 14.3.c) en relación a los arts. 2, 5 y 6, PIDCyP; el art. 4 in. 2 de las Reglas Reglas de Mallorca.

En caso que se entienda que no se encuentra contemplado en la legislación vigente la recusación de la secretaria de una fiscalía, vengo a plantear inconstitucionalidad por omisión legislativa, en los términos de los art. 1.1 y 2 de la CADH.

**II. PLAZO**

Formulo el planteo de recusación dentro de las 48 horas de haber tomado conocimiento de la causal de recusación, esto es, la resolución de nulidad adoptada por el señor juez en los autos **“Legajo de Investigación en autos: Beneficiario: MALDONADO, Santiago Andrés s/ Habeas Corpus” (Expte. Nº FCR 8233/2017/61)**, notificada a esta parte en 11 de mayo de 2018, a las 13.26hs.

En efecto, recién a partir de la notificación de la resolución de nulidad de la intervención de los teléfonos de Santiago, de testigos de la causa y del señor Sergio Maldonado, es que tomamos conocimiento que la señora Silvia Avila conoció y solicitó de tales violaciones constitucionales.

**III. FUNDAMENTOS**

Surge de la resolución de fecha 10 de mayo de 2018, que el juez Federal de Esquel, Dr. Guido Otranto, quien estuvo a cargo de los presentes autos como del habeas corpus a favor de Santiago –Expte. 8233/2017- hasta el 22 de septiembre de 2017 que fuera apartado de ambas causas por la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, dispuso las interceptaciones telefónicas de las líneas pertenecientes a A.M.G., a C.P., a M.S. y a Sergio Aníbal Maldonado, ello mediante las resoluciones de fecha 5 y 22 de septiembre del año 2017, y con la anuencia la Sra. Fiscal Federal Subrogante de Esquel Silvina Avila (cfr. fs. 69/70vta. y 178/179vta. del Legajo de Investigación Nº FCR 8233/2017/61).

“Que de esa manera, las comunicaciones telefónicas mantenidas por las personas citadas, estuvieron intervenidas hasta el día 30 de septiembre de 2017, momento en que” el señor juez subrogante se avoca al conocimiento de estos autos y, según afirma en su resolución, toma “contacto material con las actuaciones en la ciudad de Esquel”, dispone hacerlas cesar por los motivos explicitados en la Resolución N° 03/2017 agregada a fs. 293/294 del Legajo 61, “decisión ésta que, al no haber sido impugnada en los plazos legales correspondientes, ha sido consentida y, por ello, ha quedado firme”. Debe aclararse que jamás fuimos parte de ese Legajo ni fuimos notificados ni de las intervenciones telefónicas, ni de sus prórrogas y menos aún, de la Resolución No. 03/2017.

En la Resolución No. 03/2017, el señor juez subrogante sostuvo que *“En el proceso de habeas corpus, el objeto reside en encontrar a la persona física y si bien todos los medios de prueba pueden ser admitidos para dar con el paradero de ella, las medidas dispuestas en este legajo resulta inadecuada a los fines de este proceso.”*

*“En efecto, la interceptación de comunicaciones es una medida que afecta, indiscutiblemente, el derecho a la intimidad, por lo tanto, no sólo se requiere la existencia de una orden judicial y como tal, fundada, sino la particularidad de que no exista otra medida menos gravosa para la continuidad de la investigación en busca de la verdad. Destacándose así, la necesidad de la medida en análisis. Por ende, reviste una entidad tendiente a la persecución delictiva (Julio Maier, Derecho Procesal Penal).”*

*“En el procedimiento de habeas corpus que supone nada menos que amparar la libertad de la persona, las intervenciones telefónicas en curso exceden los propósitos de la presente acción.”*

*“Obsérvese además, que en el caso de Sergio Maldonado, se trata nada menos que de la víctima y en los restantes supuestos, a quienes han sido tenidos como testigos, igual entidad debería revestir”* la señora Stoconovaz *“[d]ado que, ningún otro carácter podría revestirse en el trámite que me ocupa”.*

Aclaró además que *“en primer término, debe tenerse presente que la intervención de las comunicaciones telefónicas, como diligencia probatoria, se encuentra contemplada en el art 236 del CPPN.; [e]n dicha manda procesal, se contempla, exclusivamente, la intervención de las comunicaciones del imputado, ya sea para impedirlas o conocerlas./ Siguiéndose un criterio de estricto apego a la literalidad de la norma, sólo se permite la intervención de las comunicaciones telefónicas del imputado, por lo que se encuentran excluidas las de todas aquellas personas que no se hallan formalmente imputadas en el proceso./ Sin embargo, tal posición restrictiva ha sido criticada al señalarse que cuando se tuvieran noticias de la posible perpetración de un ilícito en que todavía resultaría apresurado materializar imputación concreta contra alguien, sería desatinado impedirse la intervención de los sospechosos.”*

*“En respaldo de esta última postura, se indica que el término imputado debe entenderse en un sentido amplio, conforme las previsiones del art 72 del régimen ritual, comprensible a toda persona que de cualquier modo surja como indicada de ser partícipe de un hecho delictivo (Código Procesal Penal de la Nación, Comentado y Anotado, Miguel Ángel Almeyra –Director-Julio César Baez -Coordinador- Tomo II)”.*

*“Que bajo la interpretación de este marco legal, ya sea que comparta el criterio restrictivo o el amplio, ninguna de las personas cuyas comunicaciones se ordenaron intervenir, reviste el carácter de imputado ni se encontrarían sospechadas de haber cometido un ilícito”.*

Con tales argumentos se ordenó levantar las intervenciones ordenadas mediante las resoluciones dictadas a fs. 69/70vta. y a fs. 178/179vta., del Legajo No. 61, por el Juez Federal titular de Esquel con anuencia y solicitud de la señora Fiscal subrogante Silvina Avila, y, según afirma en la resolución de fecha 10 de mayo de 2018, cesaron inmediatamente y fueron dejadas de lado en el curso de la tramitación del presente expediente.

Ante la insistencia del juez federal Dr. Guido Otranto que le sean remitidas tales intervenciones telefónicas, insistencia avalada por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que preside el Dr. Leal de Ibarra, Director de Dirección de Captación de Comunicaciones del Poder Judicial, el señor juez subrogante resolvió pronunciarse sobre la validez de aquellas resoluciones (las de fs. 69/70vta. y de fs. 178/179vta., del Legajo 61 del habeas corpus, Expte. 8233/2017).

En tal sentido, sostuvo que por tratarse el presente de un proceso judicial de naturaleza constitucional, esto es, el habeas corpus a favor de Santiago Maldonado, “en el que se encuentran comprometidos derechos fundamentales de máximo rango, rigen con todo su esplendor todos aquellos principios derivados de la mencionada garantía del debido proceso”. Citó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que *“(…) Todo procedimiento, tanto administrativo como judicial, debe responder al imperativo del debido proceso, conforme a su naturaleza particular (…)*[[1]](#footnote-1). Y en consonancia con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que *“(…) Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.- (…) Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal (…) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana (…)*”[[2]](#footnote-2). Y por imperio de este principio constitucional, en lo que aquí interesa, en el desarrollo del presente trámite se debe velar por la producción e incorporación sólo de aquellos elementos de juicio conducentes obtenidos a través de conductos y procedimientos lícitos sin afectación ilegítima de derechos individuales, de conformidad con las reglas procedimentales aplicables a la especie.”

Advirtió que el Dr. Otranto ordenó las intervenciones telefónicas que afecta “indiscutiblemente el **derecho a la intimidad** de los ciudadanos destinatarios de ella, expresión indiscutible de la libertad de un individuo. Dicha medida extrema, conforme enseña la doctrina procesal, está prevista en los códigos rituales penales como un medio más para obtener prueba, y se encuentra autorizada mientras se disponga a través de una resolución judicial fundada y siempre que no exista otra diligencia menos gravosa. Pero en todo caso, la medida se concibe legalmente sólo a partir de la existencia de una investigación judicial penal, y destinada a la individualización de los eventuales autores y/o partícipes del hecho sobre el que se inquiere, así como a la determinación de los comportamientos supuestamente delictivos.”

Porque de lo contrario, razonó claramente el señor juez subrogante “si acaso se admitiera y tolerara una amplia discrecionalidad incondicionada del Estado para interceptar las comunicaciones telefónicas privadas de los ciudadanos, so pretexto de encontrar a una persona desaparecida o de investigar un presunto delito, se produciría un escenario de ***desconfiguración constitucional***, en el que los principios fundamentales inherentes a la dignidad y libertades de los hombres quedarían sumergidos en la más impiadosa orfandad y el más atroz desamparo.”

Recordó que “la ley procesal penal consagra la posibilidad de que el Estado, a través de sus órganos legalmente constituidos, se entrometa en la ***intimidad*** de quienes están **sospechados de cometer un presunto hecho ilícito**. Pero, como se ve, la medida judicial invasora de la ***intimidad*** de un individuo se admite, precisamente, y aquí se cristaliza un límite al poder estatal, sólo frente al acaecimiento de supuestos hechos lesivos de bienes jurídicos penalmente tutelados./ Adviértase, siguiendo el razonamiento formulado, que cuando se trata de intervenir la ***intimidad*** de las personas, en todo momento la ley establece, como presupuesto ineludible de procedencia de la medida, la existencia de un supuesto hecho delictivo en trámite de investigación judicial. De esta manera, el art 236 del C.P.P.N. contempla, exclusivamente, la intervención de las comunicaciones del imputado, ya sea para impedirlas o conocerlas. Y nuestro régimen procesal penal, define al imputado como *“cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como participe de un hecho delictuoso”* (art. 72 C.P.P.N.).”

Continúo el señor juez subrogante en la resolución de fecha 10 de mayo de 2018: “La ley es tan celosa de la protección de la ***intimidad*** de una persona, de ese espacio que posee el ser humano para descubrirse y desarrollarse como tal y ejercer sus facultades sin limitación alguna, que sólo admite su afectación o intromisión cuando esa persona es sospechada de ser partícipe de conductas tipificadas como delitos en la Ley Penal, en base a pruebas que así lo indican./ El art. 19 de nuestra Constitución Nacional reconoce y consagra ese derecho fundamental, estableciendo los límites al poder del Estado. Textualmente, la norma constitucional establece: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”./* A partir del art. 19 de la C.N., **Sagüés** enseña que: *“(…) Una primera lectura de la norma, que reconoce el denominado derecho a la privacidad o intimidad, parece llevar a concluir que el mundo privado de toda persona es una zona metajurídica, extraña al derecho, donde no llega el poder de la ley (Joaquín V. González, Casiello).- Sin embargo, el mundo privado no es una esfera ajena al derecho. Según el principio de que “lo no prohibido está permitido” (que enuncia la última parte del art. 19 Const. nacional (…)), resulta que la intimidad de una persona es una zona intrínsecamente lícita, y que merece respeto y protección (incluso, en el caso argentino, a nivel constitucional) (…)”*[[3]](#footnote-3).

“La ***intimidad*** es, por lo tanto, una zona de reserva personal, inherente a la autonomía del ser humano[[4]](#footnote-4), una *“esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás”* [[5]](#footnote-5) y, justamente por ello, es un ámbito que se encuentra decididamente protegido por los principios constitucionales que informan nuestro sistema jurídico. Porque, como bien lo dice Milan Kundera[[6]](#footnote-6), ***“La persona que pierde su intimidad, lo pierde todo”.***/ En este sentido, para **Mill de Pereyra** se trata del derecho que tenemos todos los ciudadanos a desarrollar nuestra vida personal y familiar, fuera de la invasión del Estado que, por cierto, posee a su alcance, medios y personal especializados capaces de fiscalizar la más mínima de nuestras actividades[[7]](#footnote-7).”

“De este modo, dado que todos los códigos procesales del país autorizan a los jueces la interceptación de las comunicaciones telefónicas, es preciso recordar los principios básicos que deben atenderse para autorizar una medida de esa naturaleza, fundamentalmente el que sostiene que: *“Únicamente podrán intervenirse las líneas del imputado, no de terceros. Por tratarse de una medida de corte inquisitivo, sólo podrá hacerse cuando tenga por propósito la investigación de un hecho ya hipotetizado como delito y* ***no en forma indiscriminada para luego analizar si de las escuchas se pueden deducir posibles hechos ilícitos***” [[8]](#footnote-8)./ A propósito, María Angélica Gelli indica que: *“Las intervenciones telefónicas llamadas “operaciones de pesca” iniciadas antes de la investigación penal como medida exploratoria, no resultan compatibles con el resguardo de la intimidad de las personas”*[[9]](#footnote-9).”

Citó al actual Ministro del Máximo Tribunal Federal, Dr. **Rosatti**, quien “al analizar el ***derecho a la privacidad***, y con respecto específicamente a la intervención de líneas telefónicas, pone de resalto la protección constitucional que se encuentra en juego y la prudencia judicial que debe existir al momento de disponer una medida invasiva como la analizada. Pero en cuanto a los requisitos procesales de procedencia de una intervención telefónica, el actual Ministro del Máximo Tribunal exige: *“que la decisión emane de un órgano judicial; que la decisión se expida por auto fundado y que al sujeto se le impute un accionar delictivo”* [[10]](#footnote-10)“

“Y en consonancia con esta directriz, **Mill de Pereyra**[[11]](#footnote-11) destaca el voto emitido por la Dra. Berraz de Vidal en una sentencia de la Cámara de Casación Penal[[12]](#footnote-12), cuando expresa que: *“El fundamento de la orden de intervención telefónica debe derivarse de la existencia de elementos objetivos que permitan suponer que la persona que utiliza la línea a ser intervenida estaría Sentencia del 27 de noviembre de 1999 in re “Delgado, Julio Roberto” vinculada a un quehacer ilícito. Como principio, la actuación de los órganos de la represión no pueden encontrar justificación en los efectos de su accionar”*.*/* También citó a la Dra. **Ángela Ledesma**, quien en sentido coincidente, sostuvo que: “La necesidad de garantizar el principio de proporcionalidad requiere que: a) se actúe sobre la base de una sospecha importante; b) que la medida sea indispensable para la investigación; c) que la intromisión al derecho sea adecuada a la gravedad de los hechos investigados y a la pena a imponer”[[13]](#footnote-13).

“Como fácilmente se aprecia de los conceptos vertidos, resulta de una claridad meridiana que la interceptación de las comunicaciones telefónicas, calificada como de último recurso, sólo puede disponerse en el marco de un proceso penal, cuyo objeto es la investigación de un accionar supuestamente delictivo. Y el proceso constitucional de ***hábeas corpus***, por sus particulares características en cuanto a su naturaleza, objeto y procedimiento, de ningún modo puede ser asimilado a aquél proceso judicial persecutorio.”

De tal manera, afirmó categórica y acertadamente el señor juez subrogante: “Pues bien, en función de las consideraciones precedentes, entiendo que ***los motivos esgrimidos tanto por la Sra. Fiscal Federal Subrogante, Dra. Silvina Ávila, al peticionar las intervenciones de las comunicaciones telefónicas de testigos y de la propia víctima***, y los argumentos enarbolados por el Sr. Juez Federal de Esquel, Dr. Guido Sebastián Otranto, al acoger esa solicitud (cfr. fs. 69/70vta. y fs. 178/179vta.), resultan absolutamente reñidos con los derechos fundamentales analizados, reconocidos por nuestra Constitución Nacional. Ello es así porque, en primer lugar, ninguna de las personas cuyas comunicaciones telefónicas fueron judicialmente intervenidas, revestía el carácter de imputada o sospechosa, y si acaso alguno de los sujetos mencionados hubiese tenido alguna de esas calidades al momento en que esas intervenciones se ordenaban, debió haberse dispuesto la iniciación de una investigación penal para determinar la existencia de los hechos supuestamente ilícitos que le daban sustento.”

“En segundo lugar, porque el proceso constitucional de ***habeas corpus***, en cuyo marco se cuenta con la amplia posibilidad de disponer la producción de medidas probatorias y procesales de la más diversa índole, siempre tendientes a dar con el paradero de una persona, es abiertamente incompatible con la violación de los derechos fundamentales de testigos y, sobre todo, del hermano de la víctima del supuesto hecho aquí denunciado.”

“Y en tercer lugar porque, no obstante la gravedad de los hechos denunciados en este trámite, resulta evidente que la interceptación de las comunicaciones telefónicas de Sergio Maldonado y de otros testigos, ordenada en el presente expediente, no era el último recurso disponible. En otras palabras, la invasión de la privacidad del hermano de la víctima no era la única opción disponible, ni siquiera la adecuada, cuando en verdad había otras alternativas para lograr la recolección de datos e informaciones conducentes al hallazgo de Santiago Andrés Maldonado. Porque en un Estado de Derecho, la afectación de las prerrogativas fundamentales de los ciudadanos es una solución extrema, de último recurso en la investigación de un ilícito, y sólo admisible y tolerable en la medida de lo estrictamente razonable, necesario y proporcionado.”

Junto con el Dr. Lleral, entendemos que si acaso el Dr. Otranto y/o la Dra. Silvina Avila, tenían conocimiento de que Sergio Maldonado, C.P., A.G. y/o M.S, sabían o poseían datos útiles para la búsqueda de Santiago Maldonado, debió haberlos convocado para escucharlos, al menos, como testigos, medida elemental que hubiera resultado menos revictimizante y, en definitiva, más razonable, proporcionada y conducente al cumplimiento del objeto procesal del trámite de ***habeas corpus***. Sobre todo cuando una de las personas afectadas por la medida judicial de intervención telefónica era, precisamente, Sergio Maldonado, hermano de la víctima, asimilado a ésta por nuestro ordenamiento jurídico (arts. 2, 3, 4, 5 y concordantes de la Ley 27.372, arts. 79, 80, 81 del C.P.P.N.).

De manera contundente sostuvo el Dr. Lleral “quiero decirlo con toda claridad. La medida procesal analizada, fue ordenada para interceptar las comunicaciones telefónicas del hermano de la víctima y de otras personas que con él se comunicaban. Y dicha medida, a criterio de este magistrado, no debió ser adoptada en este proceso de ***habeas corpus*** y menos aún sobre las comunicaciones de la víctima, so pretexto de establecer la verdad de lo ocurrido y de dar con el paradero de una persona desaparecida. Porque todo accionar de los órganos del Estado tiene como límite infranqueable al hombre y a sus derechos esenciales, que no pueden por ninguna razón verse afectados por medidas desproporcionadas, inconducentes e ilegítimas, como ha sucedido en estos autos. Éste es justamente el rasgo distintivo entre un Estado de Derecho y un Estado al margen del Derecho./ Como lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención”* [[14]](#footnote-14).

Citó a **Alexy**, *“La contrapartida de la competencia del ciudadano es la del Estado, es decir, las competencias de sus órganos. Aquí entran en juego normas de derecho fundamental como normas de competencia negativas. Una norma de competencia negativa es una norma que restringe una norma de competencia positiva. Puede también decirse que las normas de competencia negativas estatuyen cláusulas de excepción a las normas de competencia positivas. De esta manera, ponen al Estado en la posición de no competencia y a los ciudadanos* *en la de no sujeción.- (…) Si, frente al Estado, el ciudadano se encuentra en la posición de derecho fundamental de no sujeción, tiene siempre frente al Estado un derecho a que el Estado no intervenga en el ámbito de la no sujeción. A este derecho corresponde una prohibición dirigida al Estado de no intervenir en el ámbito de no competencia definido por las normas de derecho fundamental”* [[15]](#footnote-15).

Con tales argumentos decretó la nulidad absoluta de las Resoluciones de fs. 69/70vta. y de fs. 178/179vta. del Legajo 61 del Habeas Corpus 8233/2017, por resultar abiertamente inconstitucionales e inconvencionales. Asimismo, decretó la nulidad absoluta de todo el material (grabaciones y transcripciones) obtenido a partir de las resoluciones apuntadas (preámbulo y arts. 1, 18, 19, 33 y 75 inc. 22 de la C.N.; arts. 8 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 5, 9 y 10 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 14 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 2, 3, 4, 5 y concordantes de la Ley 27.372). En consecuencia dispuso la destrucción de todos los registros y archivos documentales y/o magnetofónicos, escritos y/o auditivos, sus originales y copias, como así también todo registro existente en la Dirección de Captación de Comunicaciones del Poder Judicial, producidos u obtenidos a partir de las intervenciones telefónicas ordenadas a través de las resoluciones que aquí se anulan (arts. 18, 19, 20, 21 y concs. de la Ley 19.798), todo ello una vez firme la presente resolución.

**IV. RECUSACION**

Los fundamentos expuestos por el Dr. Lleral, con respaldo en la mejor doctrina y jurisprudencia, resultan suficientes para concluir que la decisión de la Dra. Silvina Avila de solicitar y acompañar las intervenciones telefónicas a Sergio Maldonado y los testigos indicados, es de una gravedad tal que impide su continuidad como representante del Ministerio Público Fiscal en estos autos.

Resulta evidente que la señora Avila no reúne las condiciones establecidas en las “Directrices sobre la función de los fiscales” adoptadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990). Ellas se formularon para asistir a los Estados Miembros en su función de garantizar y promover la eficacia, imparcialidad y equidad de los fiscales en el procedimiento penal, deben ser respetadas y tenidas en cuenta por los gobiernos en el marco de sus leyes y prácticas nacionales y deben señalarse a la atención de los fiscales y de otras personas tales como jueces, abogados y miembros del poder ejecutivo y legislativo, y del público en general.

***Calificaciones, selección y capacitación***

1. Las personas designadas como fiscales serán personas probas e idóneas, con formación y calificaciones adecuadas.

2. Los Estados adoptarán las medidas necesarias para que:

a) Los criterios de selección de los fiscales contengan salvaguardias contra designaciones basadas en predilecciones o prejuicios y excluyan toda discriminación en contra de una persona por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, procedencia nacional, social o étnica, patrimonio, nacimiento, situación económica u otra condición, con la excepción de que no se considerará discriminatorio exigir que el candidato que se postule al cargo de fiscal sea nacional del país;

b) Los fiscales tendrán una formación y capacitación adecuadas y serán conscientes de los ideales y obligaciones éticas correspondientes a su cargo, de la protección que la Constitución y las leyes brindan a los derechos del sospechoso y de la víctima, y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

***Situación y condiciones de servicio***

3. Los fiscales, en su calidad de miembros esenciales de la administración de justicia, mantendrán en todo momento el honor y la dignidad de su profesión.  
(…)

7. El ascenso de los fiscales, cuando exista ese sistema, se basará en factores objetivos, especialmente en su idoneidad, capacidad, probidad y experiencia, y las decisiones que se adopten al respecto se atendrán a un procedimiento equitativo e imparcial.

***Función de los fiscales en el procedimiento penal***

10. El cargo de fiscal estará estrictamente separado de las funciones judiciales.  
11. Los fiscales desempeñarán un papel activo en el procedimiento penal, incluida la iniciación del procedimiento y, cuando así lo autorice la ley o se ajuste a la práctica local, en la investigación de delitos, la supervisión de la legalidad de esas investigaciones, la supervisión de la ejecución de fallos judiciales y el ejercicio de otras funciones como representantes del interés público.  
12. Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.  
13. En cumplimiento de sus obligaciones, los fiscales:

a) Desempeñarán sus funciones de manera imparcial y evitarán todo tipo de discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de otra índole;  
b) Protegerán el interés público, actuarán con objetividad, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima, y prestarán atención a todas las circunstancias pertinentes, prescindiendo de que sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso;

c) Mantendrán el carácter confidencial de los materiales que obren en su poder, salvo que requiera otra cosa el cumplimiento de su deber o las necesidades de la justicia;  
d) Considerarán las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurarán que se informe a las víctimas de sus derechos con arreglo a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder.

(…)

15. Los fiscales prestarán la debida atención al enjuiciamiento de los funcionarios públicos que hayan cometido delitos, especialmente en los casos de corrupción, abuso de poder, violaciones graves de derechos humanos y otros delitos reconocidos por el derecho internacional y, cuando lo autoricen las leyes o se ajuste a la práctica local, a la investigación de esos delitos.

16. Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia.

***Facultades discrecionales***

17. En los países donde los fiscales estén investidos de facultades discrecionales, la ley, las normas o los reglamentos publicados proporcionarán directrices para promover la equidad y coherencia de los criterios que se adopten al tomar decisiones en el proceso de acusación, incluido el ejercicio de la acción o la renuncia al enjuiciamiento.

La violencia desplegada por la señora Silvia Avila contra el señor Sergio Maldonado y su señora Andrea Antico desde los primeros días de la desaparición de su hermano Santiago fue de una magnitud solo igualable a la desplegada por el Dr. Otranto. Entre otras actitudes, por ejemplo, se verificó cuando públicamente justificó su negativa a atenderlos en su público despacho alegando de que “eran violentos”. Ahora sabemos que cuando finalmente los atendió era porque había solicitado la intervención telefónica del teléfono personal de Sergio. La representante del Ministerio Fiscal que debía encabezar la búsqueda de Santiago y determinar los responsables de su desaparición, escuchaba las conversaciones de su hermano.

La Asamblea Permanente por los Derechos Humanos sostuvo al momento de recusar a la señora Avila, que era dudoso de cuál era su interés: garantizar las condiciones para que declaren los testigos que estuvieron y/o conocieron los hechos protagonizados por Gendarmería Nacional en los que desapareció Santiago el 1 de agosto de 2017, o, por el contrario, imputar y condenar a éstos en defensa de Gendarmería proceso en la que ella es fiscal en causa 8144/2017. Ahora no quedan dudas que cuál ha sido y es su interés: defender a Gendarmería Nacional utilizando, incluso, el proceso de habeas corpus a favor de Santiago para investigar y perseguir a los testigos y al propio Sergio Maldonado.

La falta de ética de la señora fiscal Dra. Avila se plasma además, en contar como su secretaria a la esposa del Dr. Guido Otranto, es decir, el juez federal a cargo del juzgado en el que ella debe ejercer su función de controlar la legalidad de las actuaciones. La señora Rafaela Ricono, secretaria de la Fiscalía Federal de Esquel, intervino activamente en estas actuaciones y también en la causa 8144/2017, que continúa a cargo del Dr. Otranto.

La Constitución Nacional establece en su artículo 120 que el Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Su ley orgánica -Ley 24.946- prevé en su artículo 25 que le corresponde: a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad; g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República; h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal. Mandatos normativos para ambos órganos del Ministerio Publico.

Nos han recordado que “El mandato superior del Derecho procesal penal en su totalidad - en rigor, del Estado social de Derecho-, es el principio del proceso justo. Remite al Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -ARTÍCULO 6. Derecho a un proceso equitativo-. Y subraya que la idea del procedimiento llevado a cabo con lealtad se debe comprender como principio técnico-jurídico que exige la mayor optimización posible de los valores constitucionales. Así se contribuye a la realización de la dignidad humana, un valor superior de todo el orden jurídico”.

Lejos de estos mandatos resulta la actuación de la señora Fiscal Subrogante Dra. Avila. Y por ello debe ser apartada.

**V. PRUEBA**

Ofrezco como prueba el expediente 8144/2017 en trámite ante el Juzgado Federal de Esquel; el incidente de recusación de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos de estos autos principales; el Legajo Nro. 61 del habeas corpus 8233/2017.

**VI. RESERVA**

Por estar en juego el derecho a un proceso justo, equitativo, respetuoso de los derechos humanos, del debido proceso, es que dejo planteada reserva de acudir ante la CSJN en caso de rechazarse la recusación aquí planteada de la señora Silvina Avila.

**VII. PETITORIO**

Por lo expuesto, solicito al señor juez subrogante que:

1. Tenga por presentado en tiempo y forma esta recusación contra la señora fiscal subrogante Silvina Avila y ofrecida la prueba;

2. Se tenga presente la recusación a la señora secretaria de la fiscalía y el subsidiario planteo a desarrollar oportunamente de ser necesario, de inconstitucionalidad por omisión legislativa;

3. Disponga la audiencia a fin de resolver la recusación planteada;

4. Tenga presente la reserva formulada.

**Proveer de conformidad**

**SERA JUSTICIA**

1. Fallos: 325:1649 [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Considerandos 69/71. [↑](#footnote-ref-2)
3. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea. Buenos Aires. Año 2014. Página 585 [↑](#footnote-ref-3)
4. cfr. BIDART CAMPOS, Germán J.. Manual de la Constitución Reformada. Ediar. Buenos Aires. Tomo I. Año 2013. Pág. 522. [↑](#footnote-ref-4)
5. NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de derecho constitucional – Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Astrea. Buenos Aires. Año 2005. Pág. 327. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cit. por MILL DE PEREYRA, Rita. “Escuchas Telefónicas. Grabaciones” en ARAZI, Roland (Director). Prueba Ilícita y Prueba Científica. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Año 2008. Págs. 118 y ss.. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. MILL DE PEREYRA, Rita. op. cit. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. MILL DE PEREYRA, Rita. op. cit. [↑](#footnote-ref-8)
9. GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina. La Ley. Buenos Aires. Tomo I. Año 2008. Pág. 365. [↑](#footnote-ref-9)
10. ROSATTI, Horacio. Tratado de Derecho Constitucional. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Tomo I. Año 2010. Págs. 311/312. [↑](#footnote-ref-10)
11. MILL DE PEREYRA, Rita. op. cit. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia del 27 de noviembre de 1999 in re “Delgado, Julio Roberto” [↑](#footnote-ref-12)
13. Cámara Federal de Casación Penal, sentencia del 18 de febrero de 2006dictada in re “Rivero, Pedro Antonio s/Recurso de casación”, citado por MILL DE PEREYRA, Rita. op. cit. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Considerando 68. [↑](#footnote-ref-14)
15. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. Año 2014. Págs. 213/214. [↑](#footnote-ref-15)