

# **ACERCA DE LA RECUSACIÓN DE LOS FISCALES POR VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD**

**Por José Raúl HEREDIA**

**30 de octubre de 2016**

**...no existe ejercicio posible de poder  
que no limite por algún lado con el derecho  
y, sobre todo, con los derechos.**

**Perfecto Andrés Ibáñez**

**RESUMEN: intento develar en estas líneas si los  
intervinientes en el procedimiento penal cuentan con el  
derecho de recusar a un fiscal por parcialidad. En  
referencia a un caso concreto, habré de recordar  
brevemente los principios de actuación del MPF.**

## **I. INTRODUCCIÓN**

En estos días se ha conocido el contenido de unos audios en que se escuchan diversas manifestaciones atribuidas a un fiscal que actúa en una causa penal de amplia difusión pública; en esta causa penal está imputado un empresario a quien se lo

vincula con el gobierno cesado en diciembre de 2015<sup>1</sup>. Trascendió así que el fiscal se habría reunido con hijos de éste en procura de la intervención de ellos a los fines de lograr una determinada decisión de quien padece actualmente prisión preventiva. El fin último perseguido por el fiscal, se publicitó igualmente, sería comprometer en la causa a la ex Presidenta de la Nación [con mandato concluido en diciembre de 2015] pretendiendo contar para ello con la colaboración del imputado. El fiscal ha admitido esas manifestaciones, señalando que se trataría de apartarlo de la causa.

Básicamente interesa resaltar que, aunque pudiera afirmarse la ilegalidad de esas escuchas y el propósito que se le atribuye a su difusión, la veracidad de los dichos ha sido admitida por el fiscal. Ha aclarado, sí, que no se apartan de su específico trabajo de investigación agregando el argumento esencial a los fines de esta nota, a saber: que con sus comentarios “no violó ninguna ley porque es distinto el rol de un fiscal y un juez en una causa. Este último no puede prejuzgar y debe ser imparcial. En cambio, el fiscal en representación de los intereses del Estado debe acusar”<sup>2</sup>. Ciertamente, como sabemos, *la separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto*

---

<sup>1</sup> “Los supuestos audios de M...en la causa de L. B...” / “Son varias grabaciones de WhatsApp supuestamente del celular del fiscal, donde podría estar hablando con el juez (...) y le pide dejar atrás sus conflictos y enfocarse en ‘meter un gol histórico’” [informa el diario PERFIL en su edición del 23-10-016]. También “Filtran un nuevo audio sobre la causa de L.../ Alude a las tratativas del fiscal G. M....para que B. se declare arrepentido”.

<sup>2</sup> V. diario *Clarín*, ed. del 24/10/16.

*estructural y lógico de todos los demás [FERRAJOLI]. Ese es nuestro modelo constitucional. MONTERO AROCA lo dice así: Si el juez es al mismo tiempo el acusador o el defensor (o las tres cosas) no existe proceso.*

De lo que se trata –trato aquí- es establecer si es posible exigir en la actuación de los fiscales la observancia<sup>3</sup> del principio de imparcialidad y sus alcances en tal caso.

## **II. UBICACIÓN INSTITUCIONAL. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL<sup>4</sup>**

**1.** Según sabemos el artículo 120<sup>5</sup>, C. N. consagró el Ministerio Público como un órgano extra poder<sup>6-7</sup>. Y no añadió los

---

<sup>3</sup> En su primera acepción: “1. f. Cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar, como una ley, un estatuto o una regla”.

<sup>4</sup> Remito al excelente trabajo del Maestro Pedro BERTOLINO, *EL COMPORTAMIENTO DEL FISCAL EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO (Objetividad. Lealtad. Responsabilidad)*, Opúsculos de Derecho Procesal Penal, 4, Ediciones El Copista, Córdoba, 2011.

<sup>5</sup> “Artículo 120.- 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. / Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. / Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

<sup>6</sup> Comp. BADENI, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 416. Asimismo, GARCIA LEMA, *La reforma por dentro*, p. 279, por los antecedentes que cita que autoriza mi interpretación. Y MASNATTA, H., en *Régimen del Ministerio Público en la nueva Constitución*, v. La Ley, supl. del 19-10-94, p. 1. Y v. art. 3, punto G., ley 24.309.

<sup>7</sup> “Los fiscales federales, denominados ‘fiscales de Estados Unidos’, son nombrados por el presidente para cada uno de los 94 distritos judiciales de Estados Unidos. Incumbe a éstos iniciar y continuar en los tribunales federales el encausamiento de delitos federales, únicamente. Debido a su nombramiento presidencial los fiscales federales tienen bastante independencia, pero también deben rendir cuentas al secretario de Justicia de Estados Unidos, quien dirige el Departamento de

principios de actuación que, en cambio, están contenidos en varias constituciones y leyes<sup>8</sup>.

La Ley Orgánica del Ministerio Público [LOMP, 24.946] contiene esta previsión: “ARTÍCULO 25. — Corresponde al Ministerio Público: (...) h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal...”. “El mandato superior del Derecho procesal penal en su totalidad - en rigor, del Estado social de Derecho- , nos dice ROXIN, 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<sup>9</sup>. Y agrega: “El mayor respeto posible de la *libertad*

---

Justicia y por lo tanto es miembro del gabinete presidencial” [James B. Jacobs, *Evolución del Derecho Penal de Estados Unidos*, PERIÓDICO ELECTRÓNICO DEL DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, temas de la Democracia, LA JUSTICIA PENAL EN ESTADOS UNIDOS. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/JusticiaPenalenlosEEUU.pdf>

<sup>8</sup> El despacho aprobado por la respectiva Comisión de la Convención Nacional reunida en 1994, por mayoría (radicales y justicialistas) decía en uno de los tramos del largo texto propiciado: “Actúa (el titular del Ministerio Público Fiscal) con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad y unidad de actuación”. (Y consagraba en la máxima jerarquía normativa la posibilidad de disponer de la acción penal pública. *en los casos autorizados por la ley*). [V. HEREDIA, J. R., *LA REFORMA EN LA PROVINCIA DEL CHUBUT* -1995-, p. 331-2, nota 672].

<sup>9</sup> La Constitución española dispone: “Artículo 10 / 1. *La dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social... “. Y la Constitución del Chubut: “ARTICULO 18. Todos los habitantes de la Provincia gozan de los derechos y garantías

*personal* del imputado se alcanza evitando formas de comportamiento abusivas del Derecho por parte de las autoridades de la persecución penal”. La Constitución española expresa que ella garantiza *la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* (9.3, in fine), que puede entenderse contenida en nuestro *bloque de constitucionalidad*.

Igualmente cito: “Todo Derecho Procesal Penal legalmente instituido se enfrenta a la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales”<sup>10</sup>.

**2. Constituciones y leyes orgánicas, en nuestro país y en el extranjero, enuncian los principios de actuación del MPF<sup>11</sup>. La Constitución española prevé: “Artículo 124 (...) 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de *unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e***

---

reconocidos por la Constitución Nacional y la presente, con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. / En especial, gozan de los siguientes derechos: / 1. A la vida desde su concepción y a la *dignidad* e integridad psicofísica y moral, las que son inviolables. Su respeto y protección es deber de los Poderes públicos y la comunidad...”. Que se relaciona con el artículo 48: “ARTICULO 48. Es penada toda violencia física o moral ejercida mediante pruebas psicológicas o de cualquier otro orden que alteren la personalidad del individuo sujeto o no a cualquier restricción de su libertad. Nadie puede en ningún caso violar *los límites impuestos por el respeto a la dignidad de la persona humana...*”.

<sup>10</sup> ROXIN, C., *La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán* [Revista Penal, N° 6 (2000) (Traducción de María del Carmen Gordo Cantizano)]. <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/85/80> También en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42340.pdf>

<sup>11</sup> Hago notar que en Chubut, por ejemplo, estos principios se predicen para el MP, esto es, comprendiendo a los dos órganos que lo componen –Fiscal y Defensa-.

*imparcialidad*". [Sin destacar en el original]. Ella ha sido fuente de diversas normas en la materia, que repiten estos mismos principios.

La citada LOMP a nivel federal entre nosotros establece que corresponde al MP "a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad" [art. 25, a)]. Añade "g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República". Y ya adelanté la previsión del inciso h) que le impone "Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal". Mandatos normativos para ambos órganos del Ministerio Público.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en España [Texto Consolidado] en su CAPITULO III se ocupa de **los principios de legalidad e imparcialidad** y define sus alcances: "**Artículo sexto.** Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan. / Si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el artículo 27 de este Estatuto". / "**Artículo séptimo.** Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados".

En cuanto a la recusación contiene esta norma: “**Artículo veintiocho.** Los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados. Se abstendrán de intervenir en los pleitos o causas cuando les afecten algunas de las causas de abstención establecidas para los Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto les sean de aplicación. Las partes intervinientes en los referidos pleitos o causas podrán acudir al superior jerárquico del Fiscal de que se trate interesando que, en los referidos supuestos, se ordene su no intervención en el proceso. / Cuando se trate del Fiscal General del Estado resolverá la Junta de Fiscales de Sala, presidida por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo. / Contra las decisiones anteriores no cabrá recurso alguno”.

**3.** El principio de legalidad aparece vinculado al de objetividad e imparcialidad. Agrego el de lealtad y el de buena fe procesal, estos consagrados expresamente en el Código Procesal Penal del Chubut, art. 2. El gran tema a dilucidar es el alcance de la imparcialidad de los fiscales si ellos son parte en el procedimiento de persecución. GÓMEZ COLOMER, en base a la previsión del párrafo 160, ap. (2) de la StPO<sup>12</sup>, asevera que el MF no es parte en el proceso penal. Lo inscribe entre los *participantes activos*, ateniéndose a la terminología de la ley alemana que no emplea ni una sola vez el concepto de *parte*. Destaca que “...puede observarse ya que no defiende un interés

---

<sup>12</sup> Dice: “La Fiscala deberá averiguar no solo las circunstancias que sirven de inculpación, sino también las que sirven de exculpación...”.

propio, es decir, que no solicita la aplicación de la ley haciendo vale un derecho propio; ni hay contradicción de intereses con el inculpado. Su función jurídica es pública y tiene encomendado, como órgano del Estado que es, la función de acusar en los procesos penales. No queda afectado, en consecuencia, por el concepto material de parte que caracteriza en este punto al proceso civil...”<sup>13</sup>.

Una palabra que adopto de Chiovenda nos ayuda, según creo, a saber: *imparcialidad*. Los fiscales no son imparciales en cuanto partes –los jueces deben serlo siempre- pero en su actuación están obligados a actuar aun en beneficio del imputado. No pueden –no deben- ocultar por ejemplo elementos que puedan favorecer a los imputados. Un precepto que podemos vincular a esta altura, porque es fácilmente integrable en nuestro ordenamiento jurídico, es el contenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, art. 2; dice: “Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo; y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor”. La doctrina

---

<sup>13</sup> EL PROCESO PENAL ALEMAN... [1985], ps. 71 y 68. Semejantemente, MAIER, J., *DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO*, T. 1b, ps. 271/273. Pero GRANADOS, en España, lo considera parte [GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal*, tecnos, Madrid, 1989, ps. 19 y sigts.]. Igualmente, v. PIETRO-CASTRO, L. y FERNANDIZ y GUTIERREZ DE CABIEDES, E., *Derecho Procesal Penal*, ed. tecnos, Madrid, 1989, ps. 105 y sigts.

española al comentar este precepto explica: “Aun cuando el proceso penal está dirigido a la actuación del ‘ius puniendi’ del Estado, en el proceso penal moderno, y a diferencia del inquisitivo del Antiguo Régimen, el Estado ha de estar tan interesado en el castigo del culpable, como en la absolución del inocente, razón por la cual la actuación del órgano jurisdiccional y de su personal colaborador, sobre todo dentro de la fase instructora que conlleva una labor esencialmente inquisitiva, ha de estar presidida por el principio de *imparcialidad*, de tal suerte que los actos procesales no solo estén encaminados a preparar la acusación, sino también a posibilitar el derecho de defensa”<sup>14</sup>.

### III. COLOFÓN

La LOMP prescribe que “Los integrantes del Ministerio Público podrán excusarse o ser recusados por las causales que — a su respecto — prevean las normas procesales” [artículo 10]. El CPrPen vigente a nivel federal dispone: “Art. 71. - Los miembros del ministerio público deberán inhibirse y podrán ser recusados por los mismos motivos establecidos respecto de los jueces, con excepción de los previstos en la primera parte del inciso 8 y en el 10 del artículo 55. / La recusación, lo mismo que las cuestiones de inhibición, serán resueltas en juicio oral y sumario por el juez o tribunal ante el cual actúa el funcionario recusado”.

El inciso 10, artículo 55, dispone: “10) Si hubiere dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el

---

<sup>14</sup> V. *LOS PROCESOS PENALES*, GIMENO SENDRA, V. y Asociados, BOSCH, Barcelona, 2000, 1, p. 53.

proceso a alguno de los interesados”. Esta norma en cuanto se excluye de las causales de recusación de los fiscales aparece como contradictoria, en su literalidad, a los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad. En el caso que motiva estas líneas, obsérvese, las manifestaciones que admite haber efectuado el fiscal actuante no fueron dirigidas a un interesado. Una vez anterior fueron hechas a un periodista y ahora, al parecer, a un juez. Y también habría ‘presionado’, según una interpretación que se ha difundido por uno de los abogados defensores, a los hijos del imputado para direccionar su conducta en el procedimiento.

En todo caso siempre es materia de examen en concreto. El CPrPen federal hoy en vacancia –ley 27.063- mejora la previsión: “Artículo 89.- *Inhibición y recusación.* El representante del Ministerio Público Fiscal se inhibirá y podrá ser recusado si existe algún motivo serio y razonable que afecte la objetividad en su desempeño...”.

Me ha interesado establecer que el Ministerio Fiscal no es – no debe ser- un perseguidor compulsivo que en todo momento pretende la condena del imputado recurriendo, incluso, a medios reprochables desde la legalidad. Más aun, una norma muy importante del Código del Chubut consagra la siguiente regla: “Artículo 7º -*Estado de inocencia*- Todo imputado es considerado inocente del delito que se le atribuye y debe ser tratado como tal hasta que sea declarada su culpabilidad por sentencia firme, fundada en pruebas legítimas que la acrediten indudablemente. / Hasta entonces, ninguna autoridad podrá presentarlo como culpable [Artículo 43, C.Ch.], sin perjuicio de la publicación de los

datos indispensables cuando sea necesario para lograr su identificación o captura”.

La recusación de los fiscales es admisible toda vez que aparezca violentado el principio de imparcialidad en su actuación en concreto o que quien es perseguido penalmente abrigue dudas razonables acerca de su observancia.

**-N-**. Reflejo la controversia sobre la posición en el proceso penal del MPF. “En efecto, su posición en el proceso y, sobre todo, su condición como parte, en el sentido material y formal (o sólo en este último), dentro del proceso *in genere* o, más concretamente, en el proceso penal, constituye una de las más patentes e inacabadas controversias cuya síntesis quedó recogida con erudición y precisión por Mariano Fernández Martín-Granizo, para quien supone evidente contradicción afirmar la condición de ‘parte’ que el Ministerio Fiscal tiene en el proceso, junto con su concepción de ‘órgano del Estado en la Administración de Justicia’<sup>15</sup>. Autores han destacado que no se puede pedir a la Fiscalía, por cuanto es contrario a sus fines, que ordene realizar diligencias para acreditar la “inocencia” de los sospechosos, ya que habría en ello una aspiración de equidad que no se vincula con las necesidades de eficiencia y eficacia que la política criminal actual demanda. Ello chocaría con un sistema de persecución penal verdaderamente adversarial y acusatorio, cuyas características fundamentales serían las de “un proceso con igualdad de condiciones para las partes litigantes, enfrentando al acusador y al acusado en un proceso genuinamente imparcial, donde la figura del juez se reserva la función de juzgar y fallar de acuerdo al mérito de las pruebas pre- sentadas por las partes, juzgando como tercero

---

<sup>15</sup> GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal*, ed. tecnos, p. 19. Este autor afirma “...el cometido y la justificación de ‘parte’ que tiene el Ministerio Fiscal, incluso acudiendo a la definición de dicho concepto, no como equivalente al ‘titular del derecho, sino aquel que en nombre propio ejercita la acción’ [Gómez Orbaneja]” (p. 20).

imparcial y con arreglo a un sistema de valoración de la prueba de sana crítica”<sup>16</sup>.

Oigamos todavía: “En cuanto a la peculiar posición del M.F., se dice algo en el fondo paradójico: sería ‘parte no parte’, o sea, no parcial, pero el que se halla en una postura de parte forzosamente interesado en la causa, no ajeno a la misma y, por tanto, ha de ser ‘parcial’. / Ahora bien, cabe sostener que la ‘parcialidad’ del Ministerio Fiscal como parte queda excluida por la consideración de que él no persigue la condena por la condena, sino en tanto en cuanto importa a la protección de la comunidad, hasta el punto de que, como hemos visto, trayendo a colación el carácter bilateral de la acción y el sentido del principio acusatorio, el M.F. no solamente ha de postular la condena del que considere culpable, sino también la absolución del que repute injustamente inculgado”<sup>17</sup>.

No dudo yo acerca de que la posición del MF en el proceso penal es contradictoria con la del imputado y por esto he observado la validez constitucional de las leyes que admiten que le tome declaración, acto material esencial de defensa. Ello no obstante, la insistencia que se observa en constituciones, leyes orgánicas y procesales en exigir imparcialidad y objetividad en su actuación no es caprichosa sino que enraíza con los principios fundamentales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, según lo he destacado arriba. Como órgano estatal que es, la persecución penal que él lleve adelante solo es posible –constitucionalmente admisible- con resguardo de sus máximas reglas<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> MIRANDA MORALES, L. I., *EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD EN LA INVESTIGACIÓN FISCAL Y EL PROCESO PENAL. UNA REFORMA URGENTE* [Revista de Derecho y Ciencias Penales N° 15 (35-53), 2010, Universidad San Sebastián (Chile)].

<sup>17</sup> L. Prieto-Castro y Ferrándiz y E. Gutiérrez De Cabiedes, *Derecho Procesal Penal*, ed. tecnos, 1989, pp. 105 y ss.

<sup>18</sup> Las Directrices siguientes, formuladas 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.... / 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...[Directrices sobre la función de los fiscales / 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)].