Artículo: Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Manuel Ortells Ramos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 201
AÑO LXV
ENERO-JUNIO 1997
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Manuel Ortells Ramos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

*JUEZ Y MINISTERIO PUBLICO EN LA INSTRUCCION PREVIA DEL PROCESO PENAL**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Valencia (Estudi General)
España

1. POSICION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LA ESTRUCTURA DE PODERES DEL ESTADO Y LEGITIMIDAD DE SUS FUNCIONES EN LA INSTRUCCION PREVIA

La instrucción previa del proceso penal, ¿ha de encomendarse al Ministerio Público o a un juez?

No les aseguro una respuesta a ese tema sino solamente unas consideraciones para la reflexión.

Existe notoriamente una relación entre la naturaleza del Ministerio Público, en el sentido de la integración o encuadramiento del mismo en alguno de los poderes del Estado, y la atribución al mismo de determinadas funciones y poderes en la instrucción previa.

No se trata sólo de que si el Ministerio Público fuera un órgano jurisdiccional nada se opondría a esa atribución. Esto respondería a un planteamiento estricto de la constitucionalidad de la atribución. Pero, con independencia de ese planteamiento, la pregunta es si el régimen orgánico del Ministerio Público, particularmente en cuanto a su vinculación con el Poder Ejecutivo, legitima objetivamente esa atribución de poderes y es percibido como legitimador en la opinión pública.

Como se comprenderá, no es posible exponer el régimen orgánico del Ministerio Público y su comparación con el de los jueces. Espero que no parecerán arbitrarias las siguientes generalizaciones.

El Ministerio Público está sujeto a la ley y debe actuar con arreglo a ella y con imparcialidad, en el sentido de que tiene el deber de atender a cualesquiera datos relevantes para una actuación con arreglo a la ley, prescindiendo de cuál sea el interés beneficiado por la consideración de un cierto dato.

El Ministerio Público está sujeto a regímenes orgánicos muy diferenciados que le hacen desde muy dependiente del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo a muy poco dependiente de ellos. En cualquier caso la organización interna del Ministerio Público se

*Texto base de la conferencia dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepcion el día 4 de septiembre de 1977.

Artículo: Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Manuel Ortells Ramos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

configura según los criterios de unidad y dependencia jerárquica, de modo que está excluido que cada miembro del Ministerio Público determine, por sí y ante sí, lo que la legalidad y la imparcialidad requieren para su actuación en un caso determinado.

Los jueces están sujetos únicamente a la ley y al derecho y deben proceder y resolver con sujeción a los mismos. Para que así sea se les impone el deber jurídico de independencia: no deben estar sujetos a ninguna instrucción o indicación, porque en otro caso se alteraría su personal y libre concreción de la ley y el Derecho en la dirección del proceso y en la sentencia sobre el objeto del mismo. La imposición del deber jurídico de independencia no es suficiente para la máxima efectividad de la misma. Por esa razón los ordenamientos rodean a los jueces de unas garantías de su independencia, que se refieren al modo de acceso a la condición de juez y a la pérdida de la misma, a la gestión de su estatuto como empleados públicos —traslados, ascensos, régimen disciplinario— y a la atribución de la competencia para dicha gestión —por ejemplo: al Poder Ejecutivo o a un órgano público autárquico—, a su incompatibilidad con otras funciones públicas y a la preservación de su imparcialidad frente a los riesgos derivados de la relación del juez con los sujetos o con el objeto del proceso concreto. En cada ordenamiento esas garantías son diferentes. Pero, dentro de cada ordenamiento, el más elevado grado de garantías de la independencia corresponde a los jueces para asegurar su actuación con exclusiva sumisión a la ley, porque precisamente ésta en manos de los jueces el último control institucional de la sumisión a esta por parte de particulares y poderes públicos. Poco importa que otros órganos del poder público, que en un Estado de Derecho también deben sujetarse a la ley, no estén rodeados de las garantías de los jueces. Sería incluso inadecuado para su función. Pero, además, en cuanto a hacer efectiva aquella sujeción, siempre estará abierta la posibilidad del posterior control judicial.

2. *EL ESTATUTO DEL JUEZ COMO LEGITIMADOR DE SU PODER DE DIRECCION DE LA INSTRUCCION PREVIA*

Este más elevado grado de garantías del estatuto del juez para asegurar su actuación con exclusiva sumisión a la ley, es lo que puede explicar que haya ordenamientos que atribuyen a los jueces la dirección de la instrucción previa del proceso penal.

Ahora bien, esta misma consideración de las garantías debió hacer pensar que un juez implicado en una investigación como director de la misma, no tiene una efectiva imparcialidad para juzgar, porque pesa sobre él un obstáculo psicológico a la plena receptividad ante las alegaciones y pruebas conducentes a una versión de los hechos eventualmente distinta a la que él mismo va estableciendo como conclusión de su investigación. La falta de imparcialidad para juzgar no sólo se manifiesta si no se diferencian, atribuyéndolas a órganos jurisdiccionales distintos, las potestades de dirigir la instrucción previa, por un lado, y, por otro, las de dirigir el juicio y dictar sentencia. Esa es sin duda la situación más grave, porque afecta a la aplicación definitiva de la ley penal. Pero, ¿qué decir del juez que ha dirigido la investigación de la instrucción previa y tiene atribuida la competencia para resolver sobre la medida cautelar de prisión preventiva? ¿Qué actitud puede esperar el imputado del juez ante lo que exponga para obtener un pronunciamiento diferente a la prisión?

Artículo: Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Manuel Ortells Ramos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3. *CONSIDERACIONES PARA UNA DECISION SOBRE LA ATRIBUCION DE PODERES AL JUEZ O AL MINISTERIO PUBLICO EN LA INSTRUCCION PREVIA*

Para orientarse en las decisiones a tomar en el difícil asunto de los poderes que deban corresponder al juez y al Ministerio Público en la instrucción previa hay que atender, entre otras, principalmente a estas tres consideraciones

A) La instrucción previa es una actividad de contenido heterogéneo, algunos de cuyos componentes requieren ejercicio de potestad jurisdiccional y otros no.

Requieren ejercicio de potestad jurisdiccional: las resoluciones sobre las medidas cautelares personales y reales, las resoluciones restrictivas de derechos sin carácter cautelar generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de las fuentes de prueba , las resoluciones sobre admisión de la acusación, porque son ejercicio de la potestad de dirección del proceso penal de declaración —en concreto: sobre la admisibilidad de un pronunciamiento de fondo— . Resoluciones de la última clase son las referidas a la admisión de querellas y otros de actos de constitución como parte acusadora no oficial, la imputación o inculpación con efectos condicionantes sobre la posterior dirección subjetiva de la acusación, las resoluciones relativas al sobreseimiento o la apertura del juicio oral. También requieren ejercicio de potestad jurisdiccional los actos de práctica anticipada de la prueba. Con relación a las resoluciones y actos citados, las partes realizan actos de obtención en la terminología de Goldschmidt: peticiones, alegaciones, proposiciones y producciones de prueba. Estos actos no son ciertamente jurisdiccionales, pero han de estar dirigidos y han de ser valorados por un órgano jurisdiccional, precisamente porque su función es influir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional exclusiva de aquél. No suponen, en cambio, ejercicio de potestad jurisdiccional las actividades materiales dirigidas a descubrir contra qué persona se puede dirigir la acusación, de qué hecho se la puede acusar y de qué fuentes de prueba se dispone para demostrar, en el juicio, el fundamento de la acusación, y, antes del juicio, la probabilidad del fundamento de la acusación a los efectos de que se acuerden medidas cautelares y de que la acusación sea admitida para abrir juicio. Descubrir las fuentes requiere examinarlas y se acompaña de una documentación del resultado de su examen y de la conservación de los objetos que van a servir para las pruebas reales.

B) Qué se puede y qué no se puede atribuir al Ministerio Público o al juez en la instrucción previa depende, en primer término, de la Constitución. Una valoración desde criterios constitucionales debe partir de la norma constitucional que atribuya a los órganos jurisdiccionales la potestad jurisdiccional en exclusiva y de las normas constitucionales que atribuyan específicamente a los mismos la potestad de limitación de algunos derechos básicos. En cuanto esas normas existan, como el Ministerio Público no es un órgano jurisdiccional, no será conforme a la Constitución atribuirle poderes que supongan ejercicio de potestad jurisdiccional.

C) Si el régimen de atribución de potestades en la instrucción previa no incurre en reproche de inconstitucionalidad, resta aún por hacer una valoración de política jurídica: ¿Supondrá la atribución de poderes al Ministerio Público en la instrucción previa una importante disminución de garantías para los derechos de los acusadores no oficiales y del imputado? ¿De qué modo se podrá contrarrestar esa disminución?

Desarrollaré ahora estas consideraciones tomando como referencia el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica, que es un texto que abandona la

Artículo: Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Manuel Ortells Ramos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

instrucción previa judicial, y que, aun no siendo normativo, está respaldado por la autoridad que le da ser resultado de la reflexión y debate de los procesalistas iberoamericanos.

4 RIESGOS EN LA CONCRECION POR EL LEGISLADOR ORDINARIO DE LOS CONDICIONAMIENTOS CONSTITUCIONALES DE LA ATRIBUCION DE POTESTADES

En la concreción por parte del legislador ordinario de los condicionamientos constitucionales de la atribución de potestades existen una serie de riesgos frente a los que hay que alertar.

El principal condicionamiento constitucional en el asunto que nos ocupa es la exclusividad de la jurisdicción (art. 73, inciso primero, parte 1ª Constitución Política de Chile; art. 117.3 CE). Concretarlo presenta toda la dificultad de determinar en qué consiste la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la potestad jurisdiccional que no puede ser atribuida al Ministerio Público. El peligro consiste aquí en que esa determinación, que irremediablemente tendrá que hacer el legislador al realizar la atribución de potestades en la instrucción previa, se concrete en una versión reductora de la potestad jurisdiccional, que tenga como consecuencia un incremento efectivo de poderes del Ministerio Público a costa del propio ámbito de la potestad jurisdiccional y no sólo de lo que resta claramente fuera de esa potestad.

La potestad jurisdiccional sólo puede ser atribuida a órganos jurisdiccionales. Pero, ¿en qué consiste, qué es esa potestad jurisdiccional, en qué supuestos es necesario el ejercicio de la misma? La respuesta a estas cuestiones condiciona que pueda concluirse que las potestades están atribuidas con arreglo a la Constitución.

Se formuló en la doctrina española una tesis —que me atrevo a calificar de estrafalaria por sus consecuencias— según la cual el acto esencialmente jurisdiccional es la aplicación del Derecho material en la sentencia de fondo, mientras que los actos de dirección del proceso en sentido amplio y las potestades necesarias para realizarlos no tendrían naturaleza jurisdiccional al menos por esencia, dado que, a diferencia de lo que ocurre con la *res de qua agitur*, el órgano jurisdiccional no es ajeno a la relación jurídica procesal cuyo desarrollo dirige. No será necesario que les pondere la gravedad de las consecuencias derivables de una tesis como ésta en orden, por ejemplo, a la práctica y recepción de los medios de prueba y a toda la serie de elementos instrumentales de la actividad necesaria para la actuación del Derecho, específicamente del Derecho Penal (adopción de medidas cautelares, de medidas para posibilitar la práctica de la investigación y de los medios de prueba).

Por otra parte, es frecuente cuando se considera *lege ferenda* un modelo de instrucción previa con mayores poderes para el Ministerio Público excluir de las potestades de éste y reservar al juez la afectación de derechos fundamentales, de los derechos más básicos del ordenamiento constitucional. Esta tesis debe ser compartida, pero la exclusividad de la potestad jurisdiccional no permite limitarse a lo que deriva de la tesis dicha.

A) Uno de los aspectos en que puede sufrir menoscabo la integridad de la potestad jurisdiccional es el de la recepción y dirección de la prueba procesal.

No sostengo que la atribución al Ministerio Público de la potestad de realizar los actos de investigación de la instrucción previa suponga un riesgo de que la actividad probatoria recibida y dirigida por un juez sea totalmente sustituida por las actas labradas

Artículo: Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Manuel Ortells Ramos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por el Ministerio Público al examinar las fuentes de prueba. Lo que deseo advertir es que atribuida esa potestad al Ministerio Público y no al Juez de Instrucción, en los casos excepcionales en los que sea necesario sustituir la práctica efectiva de un medio de prueba por la lectura de la documentación formada sobre el examen de la correspondiente fuente de prueba en el procedimiento preliminar, no será la documentación de una actividad dirigida por un juez la que servirá para la sustitución. Es verdad que los Códigos tienen previsiones para que los actos de prueba que se prevean irreproducibles en el juicio se practiquen bajo la dirección del juez (véanse arts. 258 y 259 Código de Procedimiento Penal para Iberoamérica), pero la imposibilidad de practicar una prueba en el juicio no siempre es previsible antes de su celebración, sino que en muchos casos se manifiesta durante la realización del juicio. En esa circunstancia, o el ordenamiento rechaza las documentaciones que no gozan de la garantía judicial en la recepción de la prueba, o acepta como material de convicción pruebas no recibidas por un juez. En el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica se prevé lo último en el art. 300.1, 6 y parte del apartado 7.

La anterior es una situación excepcional. Veamos ahora una ordinaria. Aunque no se trata de actividad probatoria para dictar la sentencia, durante el procedimiento preliminar y al término del mismo se dictan resoluciones judiciales sobre medidas cautelares y sobre la apertura de juicio-sobreseimiento. ¿Cuál es el material de convicción que puede ser tenido en cuenta para dictarlas, cómo se presenta ante el juez competente ese material? Si la respuesta es que el juez decide atendida la documentación de las actuaciones del Ministerio Público, estamos ante una versión minimizadora de la potestad jurisdiccional como potestad de recepción y dirección de la prueba en cuyos resultados ha de basar su resolución.

El Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica no es en este aspecto lo cuidadoso que hubiera sido deseable: para resolver sobre apertura— sobreseimiento el art. 272 sólo considera la práctica de prueba ante el juez de la etapa intermedia si la propone el imputado, el querellante o se acuerda de oficio, en otro caso parece que puede resolver en atención a las actuaciones y medios de prueba materiales que le ha remitido el Ministerio Público (art. 263); no precisa como se proveen los elementos de convicción para resolver sobre la prisión provisional y medidas sustitutivas, salvo la referencia a que el juez puede acordar una averiguación complementaria (art. 219), lo que significa que como regla general servirán las actuaciones del Ministerio Pública.

B) Otro de los aspectos en que la potestad jurisdiccional corre riesgo de una concepción reduccionista es en la atribución de potestades para la adopción de medidas cautelares y otras medidas restrictivas de derechos en función de la aplicación de la ley penal.

Las medidas cautelares personales afectan al derecho a la libertad (prisión preventiva y otras privaciones de libertad más provisionales) o a la libre circulación (algunas medidas sustitutivas de la prisión). Las medidas cautelares patrimoniales (embargo, secuestro de bienes específicos) afectan al derecho de propiedad.

Hay medidas preventivas que afectan, suspendiendo su ejercicio, a derechos a cargos y empleos públicos, al disfrute de determinadas autorizaciones administrativas (conducción de vehículos de motor), al libre funcionamiento de sociedades, fundaciones, empresas y asociaciones.

Para el desarrollo de las actividades de investigación y de prueba se establecen medidas coercitivas sobre objetos: la entrada y registro en domicilios o en otros lugares

Artículo: Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Manuel Ortells Ramos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cerrados en los que existe el derecho de exclusión, la injerencia en el secreto de las comunicaciones personales, la injerencia en el ámbito de la intimidad personal... como medios necesarios en ocasiones para hallar el objeto buscado; en todo caso poderes de secuestro provisional de objetos, que afectan al derecho de propiedad.

Con aquella misma finalidad se establecen medidas coercitivas sobre personas que afectan al derecho de libertad ambulatoria (inmovilizaciones temporales, conducciones coactivas de peritos y testigos) o a una serie más plural de derechos (intervenciones corporales más o menos intensas).

Cuando se trata de la atribución de poderes al juez o al Ministerio Público para la adopción de las anteriores medidas se restringen, en ocasiones, las atribuciones a los jueces al mínimo constitucional ineludible, a los supuestos de reserva constitucional literal y expresa a un órgano jurisdiccional de las decisiones respecto a ciertos derechos (las limitaciones más graves al derecho a la libertad ambulatoria, afectación a la inviolabilidad de domicilio y del secreto de las comunicaciones personales, limitaciones a la libertad de expresión y de asociación, por citar los casos de la Constitución española). Esta interpretación no es fácilmente compartible porque margina la relevancia de la cláusula general de atribución exclusiva a los jueces de la potestad jurisdiccional, que no es sólo una potestad de dictar sentencia, sino que también comprende potestades instrumentales y no sólo cuando éstas afectan a derechos fundamentales.

Me parece más correcto atribuir a los jueces las potestades de adopción de medidas cautelares y preventivas y de medidas restrictivas de derechos sobre cosas y de derechos personales en relación con la investigación y la prueba. Y esto aunque no resulten afectados derechos fundamentales, sino derechos disponibles para el legislador ordinario. Por otra parte hay que tener en cuenta que, a parte de la atribución ordinaria de potestades, es normal que los ordenamientos prevean atribuciones excepcionales por razones de estricta urgencia, que aseguran la consecución de los fines en situaciones de hecho extremas.

Se podrá argumentar que no habría desacuerdo con la Constitución si se atribuyen al Ministerio Público potestades de derechos de naturaleza patrimonial, dado que probablemente la Constitución da cobertura a la potestad expropiatoria de la Administración Pública y le permite ejercerla por vía de autotutela sin requerir el auxilio de los tribunales. Ahora bien, aquí no se trata del cumplimiento de una actividad para el cumplimiento de fines de la Administración Pública, sino de actuaciones necesarias para la aplicación del Derecho Penal en las que las técnicas de autotutela administrativa no tienen justificación.

El Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica resuelve estos temas de modo desigual. Establece de acuerdo con la tendencia generalizada la reserva judicial para la prisión preventiva, medidas sustitutivas e internamientos provisionales, incomunicación del imputado, entrada y registro en moradas y lugares asimilados, intervención de correspondencia y de comunicaciones telefónicas.

Es a mi juicio excesivamente laxo al atribuir al Ministerio Público ciertas potestades coercitivas sobre personas: intervenciones corporales de menor importancia sobre imputados y excepcionalmente sobre no imputados que un experto no repute arriesgadas (arts. 38 y 156), restricciones de libertad de hasta 12 horas en actuaciones de comprobación inmediata de los hechos (art. 151), conducción coactiva de testigos (arts. 138 y 176).

Artículo: Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Manuel Ortells Ramos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Reserva claramente al juez las medidas cautelares sobre derechos de naturaleza patrimonial y las medidas coercitivas sobre esos mismos derechos (art. 162: secuestro de cosas y documentos de interés para la investigación o confiscables; art. 222: embargo de bienes). Deja a salvo los casos de peligro en la demora en los que puede ejercerlas el Ministerio Público o la policía con posterior control jurisdiccional en el plazo de tres días.

Presupuesto que las potestades para la restricción de derechos, al menos de los fundamentales, quedan atribuidas al órgano jurisdiccional, surge un segundo problema con relevancia constitucional. Los actos que no pueda realizar el Ministerio Público habrá de pedirlos a juez para la instrucción —desde medidas cautelares y preventivas, hasta que autorice determinadas medidas coercitivas necesarias para realizar ciertas investigaciones—. No hay duda de que cuando es el juez el que instruye, decide de acuerdo con su libre criterio sobre la procedencia de esos actos. Pero si es el Ministerio Público el que instruye, ¿con qué actitud, de qué modo debera recibir, valorar y decidir el juez sobre la petición del Ministerio Público? El TC español tiene ya formada una doctrina jurisprudencial en el sentido de que si la Constitución atribuye a un órgano jurisdiccional la potestad de restringir determinados derechos, la exigencia de jurisdiccionalidad requiere que el acto judicial no sea una simple formalización de la pretensión del órgano del poder público requirente, sino que el juez ha de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el caso.

5. ATRIBUCION AL MINISTERIO PUBLICO DE LA FUNCION DE INVESTIGACION Y GARANTIAS PARA LOS INTERESES EN CUANTO A LA INVESTIGACION DE LOS ACUSADORES NO OFICIALES Y DEL IMPUTADO

Un modelo de instrucción previa que se limitara a atribuir al Ministerio Público la dirección y realización de la investigación no tendría reproches desde la perspectiva constitucional. Pero la Constitución no es la única referencia para valorar la calidad o la adecuación de las normas jurídicas, también habría que someter ese modelo a una valoración desde planteamientos de política jurídica procesal. Esta valoración puede tener en cuenta muchos aspectos, pero el prioritario es el grado de efectividad, en caso de investigación encomendada al Ministerio Público, de las garantías del imputado y de los demás legitimados para intervenir en el proceso penal. ¿Estarán los intereses de estas personas respecto de la actividad de investigación suficientemente protegidos?

A) Repercusiones de atribuir la investigación al Ministerio Público en la efectividad de los derechos procesales del ofendido por el delito y del actor popular en su caso

No es ciertamente consecuencia necesaria de ese modelo de instrucción previa el monopolio de la acusación por el Ministerio Público, ni siquiera en el ámbito en el que se introduzca el llamado principio de oportunidad. En el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica la investigación del Ministerio Público coexiste con la posible participación en el proceso del querellante ofendido por el delito y, en su caso, del actor popular, participación que depende de un acto de admisión judicial (art. 78 y redacciones alternativas, 85, 269 y 271). En algunos ordenamientos (por ejemplo en el español) la Constitución impediría ese monopolio, puesto que protege el derecho de acción penal del ofendido e incluso algún ámbito para la acción popular. Ahora bien, aunque no se

Artículo: Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Manuel Ortells Ramos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

introduzcan especiales limitaciones a las acusaciones no oficiales, el mero hecho de la atribución al Ministerio Público de las funciones de investigación, merma la efectividad de las mismas, en el sentido de que éstas, para alcanzar el efecto que principalmente persiguen, que es la apertura del juicio por un hecho y frente a una persona determinada, efecto que como es sabido no sólo depende de presupuestos procesales sino de un juicio de probabilidad sobre el fundamento de la acusación, quedan completamente a expensas de la investigación que hubiera desarrollado el Ministerio Público. Es posible que este inconveniente pretenda minimizarse con dos argumentos. Primero, los acusadores no oficiales tienen derechos de intervención en las actuaciones del Ministerio Público (arts. 255,257 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica: conocimiento, propuesta de investigaciones y participación en los actos). Segundo, el Ministerio Público tiene el deber de proceder en averiguación de la verdad, extendiendo la investigación a todas las circunstancias tanto de cargo como de descargo (arts. 250, 232 CPPM).

Debe, sin embargo, atenderse también a estos contraargumentos. Primero, los derechos de intervención pueden ser limitados por los actos de dirección del Ministerio Público. Segundo, aunque el Ministerio Público tenga el deber jurídico de proceder con imparcialidad, ésta no es garantía suficiente para los acusadores no oficiales, dado que, objetivamente y en términos relativos con un juez, no está rodeado de garantías suficientes para una actuación imparcial y plenamente acorde con la ley, y por consiguiente es legítimo que esos acusadores desconfíen de la suficiencia y corrección de la investigación.

Este inconveniente no se supera con el reconocimiento a los acusadores no oficiales de la posibilidad de desarrollar investigaciones fuera del procedimiento y obtener de ese modo fuentes de prueba con las que lograr la admisión de la acusación y darle un buen fundamento para el juicio. Estas investigaciones siempre serán menos efectivas que las del Ministerio Público, porque la ley no pone a disposición de los particulares los mismos instrumentos de investigación de los que apodera a los representantes de los poderes públicos.

La realidad de este inconveniente es reconocida en los textos que atribuyen la investigación al Ministerio Público, que establecen correcciones para obviarlo: el juez controla las eventuales inhibiciones y negativas del Ministerio Público y ordena que se practiquen las investigaciones pertinentes.

Veamos las previsiones del Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica al respecto.

Primera: si el Ministerio Público rechaza las proposiciones de diligencias de los intervinientes debe dejar constancia de su negativa a los efectos que ulteriormente correspondan (art.256); el control de la denegación por el juez para la instrucción no es inmediato —con la excepción de las diligencias que se pretenda practicar con el carácter de prueba anticipada: art.258—, lo que puede impedir que el eventual resultado de esas diligencias sea tenido en cuenta para fundar medidas cautelares en el procedimiento preparatorio.

Segunda: el archivo por falta de individualización de imputado es controlado por el juez a instancia del querellante, quien puede proponer prueba para que continúe la investigación y se individualice al imputado, que el juez ordenará (art. 266).

Tercera: en el procedimiento intermedio, y para que el juicio se abra con el alcance objetivo y subjetivo que corresponde, puede el querellante señalar los medios de

Artículo: Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Manuel Ortells Ramos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

prueba omitidos, requiriendo que los practique el tribunal (art. 269.6). Si esto debiera entenderse referido a pruebas específicas y definidas, sería rectificación insuficiente de los defectos de la investigación. La mención por el art. 272 de "todo acto de instrucción que fuere imposible cumplir en la audiencia" permite entender que puede pedirse una actividad de investigación.

Hay que estar alerta ante el riesgo de que consideraciones de rapidez y eficacia no conduzcan a que los controles judiciales de la insuficiencia de la actividad de investigación del Ministerio Público sean meramente nominales, en vez de efectivos. Algún concreto problema de esa índole lo acabo de mencionar al referirme al Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica.

B) Investigación del Ministerio Público y tutela de los derechos e intereses del imputado en la instrucción previa (evitación de medidas cautelares y de acusaciones infundadas)

La investigación que se desarrolla en la instrucción previa no sólo tiene o debe tener por finalidad proveer de fundamento suficiente a la acusación, sino también otros fines respecto a los que el imputado ostenta un interés digno de tutela: proveer el necesario fundamento para la adopción de medidas cautelares y preventivas y excluir las acusaciones infundadas. El imputado tiene interés en que consten resultados de investigación que sirvan para que no se adopten medidas frente a él o para que se alcen las adoptadas y para revelar el carácter infundado de la acusación. Encomendada la investigación a un juez o al Ministerio Público, siempre se ha establecido que tienen el deber de investigar tanto los elementos de cargo como los de descargo. Pero la técnica más efectiva es la de posibilitar la intervención del imputado en la instrucción previa para que sea él quien inste la investigación de descargo. Si la dirección de la investigación se atribuye al Ministerio Público, las posibles restricciones a la intervención del imputado que deriven de los actos de dirección no están debidamente legitimadas porque, además de ser el Ministerio Público juez y parte en la dirección de la investigación, su estatuto no le rodea de suficientes garantías de actuación conforme a la ley —siempre en comparación con un juez—. Es necesario establecer un posterior control judicial frente a las denegaciones de diligencias de investigación del Ministerio Público. Pero no se debe tratar solamente de que el imputado pueda ofrecer a un juez, en un debate contradictorio previo a la resolución sobre una medida cautelar o sobre la apertura del juicio, el resultado de investigaciones de efecto exonerante que haya podido practicar privadamente, sino de que el imputado pueda servirse de los medios potentes que el aparato estatal (policía, Ministerio Público, juez de instrucción) tiene a su disposición para realizar la investigación en el proceso penal y que no son accesibles a un particular.

Las técnicas de control establecidas por el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica se han apuntado antes y vale esencialmente lo dicho entonces (como es obvio la intervención del imputado en el procedimiento intermedio va dirigida a objetar el requerimiento de apertura del juicio y a pedir la práctica de medios de prueba omitidos y relevantes en ese sentido —art. 268.3— y 4). Se debe resaltar como especialmente inadecuado que el control judicial de la denegación de actos de investigación no sea inmediato, porque puede perjudicar los intereses del imputado respecto a las resoluciones sobre medidas cautelares y preventivas. Respecto a la prisión preventiva hay una posible

Artículo: Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Manuel Ortells Ramos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

salida a este inconveniente porque "el tribunal podra interrumpir la audiencia o la decisión, por un lapso breve, con el fin de practicar una averiguación sumaria".

6. *RIESGOS DE CORRUPCION EN LA PRACTICA DE LOS MODELOS LEGALES DE INSTRUCCION PREVIA*

Una última consideración de naturaleza muy distinta a las anteriores: las opciones legislativas sobre la configuración de la instrucción previa penal dependen de valoraciones jurídicas de carácter constitucional o no, pero también han de tener presente que los modelos legales llevados a la práctica pueden corromperse. Es necesario poner los medios jurídicos u organizativos para impedir que eso ocurra.

Respecto al modelo de instrucción previa judicial se ha apuntado que genera una tendencia a conferir valor probatorio a la investigación realizada, precisamente porque lo es con intervención de un órgano jurisdiccional, y por esa vía contribuye a la vaciedad probatoria del juicio. Hay que evitarlo con un riguroso régimen sobre la introducción excepcional en el juicio de la documentación de los actos de investigación.

También se ha apuntado que la garantía de la atribución a un juez no es en la práctica muy efectiva, porque frecuentemente los actos del sumario quedan en manos del personal auxiliar del juzgado.

Pero también el modelo de instrucción previa dirigida por el Ministerio Público tiene sus problemas en este aspecto (como ha puesto de manifiesto la doctrina alemana respecto a la experiencia en su ordenamiento). Es necesaria la dotación de medios materiales adecuados al Ministerio Público, de suficiente personal con funciones de Ministerio Público y personal auxiliar y de alguna formación en técnicas de investigación criminal; en defecto de esto —y a veces hasta con esto— es difícil que el Ministerio Público asuma la dirección efectiva de la investigación y realmente ésta acaba siendo conducida por la policía, con lo que están mucho más justificadas las dudas antes apuntadas sobre la repercusión del modelo en la efectividad de las garantías de los acusadores no oficiales y del imputado.

Las competencias excepcionales a prevención que se reconocen al Ministerio Público y a la policía para la adopción de medidas cautelares y otras medidas restrictivas de derechos tienden a generar una práctica expansiva en su ejercicio. Es necesario que las normas prevean, para contrarrestar esa tendencia, la potestad del titular de la competencia ordinaria para revisar los actos realizados a prevención y reconocerles o negarles eficacia jurídica (no sólo liberando de restricciones a personas y bienes, sino también, en su caso, con las consecuencias de la prueba prohibida).