

DOCTRINA

Potestades discrecionales del fiscal del Ministerio Público. Un intento de racionalización

Prosecutor's discretionary powers. An attempt at rationalization

Manuel Rodríguez Vega

Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN En este trabajo se examinan, de manera general, los espacios de discrecionalidad que la ley deja abiertos al regular diversas potestades que el fiscal del Ministerio Público debe ejercer durante el curso del procedimiento penal. Además, se intenta limitar y racionalizar su ejercicio, acudiendo al amplio desarrollo dogmático tanto del derecho administrativo como de la teoría del derecho, en búsqueda de cautelar el derecho de los justiciables a un trato igualitario.

PALABRAS CLAVE Potestad discrecional, Ministerio Público, trato igualitario, procedimiento penal, órganos públicos.

ABSTRACT This work examines, in general, the areas of discretion that the law leaves open when regulate the powers that the Prosecutor must exercise over the course of criminal proceedings, and tries to limit and rationalize its exercise, looking over the broad dogmatic development of Administrative Law as well as the theory of law, seeking, to protect the right of individuals to equal treatment.

KEYWORDS Discretionary power, prosecutor, equal treatment, penal procedure, public organs.

Introducción

La absoluta obsolescencia del sistema inquisitivo de enjuiciamiento criminal chileno, vigente desde 1906, motivó un cambio estructural profundo y ambicioso, la Reforma Procesal Penal, que se hizo cargo tanto de la deuda legislativa frente al mandato constitucional de regular un procedimiento racional y justo, como del manejo eficiente de los escasos recursos estatales destinados para dicho fin.

Con este objeto, una de las principales innovaciones del nuevo sistema de enjuiciamiento penal fue la creación del Ministerio Público, órgano de rango constitucional al que se le asignaron, de forma autónoma, las labores de investigación de los delitos y de acusación en el proceso, buscando resolver una de las mayores deficiencias denunciadas por la cátedra, es decir, las múltiples funciones que debían desempeñar los jueces: investigar, someter a proceso, acusar y, finalmente, resolver el litigio con prescindencia de todo aquello que les iba formando una íntima convicción a lo largo del proceso (Otero, 2009: 326).

No obstante esta loable motivación del legislador, la forma en que reguló el ejercicio de las funciones del Ministerio Público desatendió los problemas y peligros que conllevaba dotar a este nuevo organismo de potestades discrecionales desmesuradas en el ejercicio y dirección de la acción penal, defectos que, como ha podido observarse en la práctica, se ven agravados por el diseño de una judicatura extremadamente pasiva, por momentos ausente del proceso, sin herramientas para controlar todos los abusos que se puedan cometer en el ejercicio de dichas potestades (Del Río, 2009; Rodríguez y Pino, 2015; Oliver, 2019).¹

Cabe despejar que no cuestionamos aquí la conveniencia de que el legislador haya entregado diversas potestades discrecionales al Ministerio Público, opción política válida y en línea con las reformas vividas en el entorno europeo continental más influyente en la última parte siglo XX. Sin embargo, nuestra principal preocupación se dirige a aquellas actuaciones discrecionales que pudieren favorecer la mera arbitrariedad o el simple antojo de quien las ejerce, que carezcan de justificación racional y que, en definitiva, vulneren derechos constitucionales de imputados y víctimas. Se observa que, frente a dichas actuaciones, nuestros tribunales suelen permanecer ajenos, excusándose en una supuesta deferencia o respeto a la autonomía que posee el fiscal en ejercicio de su potestad discrecional o amparándose en un legalismo que menosprecia la fuerza normativa directa de la preceptiva constitucional.

Este desconcertante escenario, se ha venido consolidando al *socaire* de tres grandes confusiones o espejismos que se han instalado en el debate forense, en la jurisprudencia de nuestros tribunales e incluso en nuestra doctrina especializada.

En primer término, es común afirmar que el fiscal es el actual director del procedimiento penal, no entendiendo dicha dirección como el impulso imprescindible para poner en movimiento el proceso penal ante un juez que lo dirime, sino más bien como el «dueño» de la acción penal, con amplias posibilidades de «disponer» de ella y tanto de las formalidades como los ritos del procedimiento. Esta confusión, tal vez justificada en razones de conveniencia y utilidad en el uso de los escasos recursos del sistema o en una errónea adjudicación de las raíces del nuevo proceso penal a una tradición jurídica —*common law*— que nuestro legislador no abrazó, tiende a invertir la relación legal existente entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, pasando

1. Véanse los autores citados para un examen crítico de los procedimientos basados en la autoincriminación o la justicia penal negociada.

este último a reputarse como la regla general del ordenamiento, mientras el primero se relega a un margen excepcional y residual (Pereira, 2009: 432).²

Un segundo aspecto de la confusión ya esbozada consiste en asimilar la potestad reglada, con respecto a la cual la ley no confiere un mecanismo expreso de revisión judicial, con la potestad discrecional propiamente tal. Así, al ejercer la primera, se adoptan decisiones que no buscan desentrañar el sentido de los elementos reglados de la potestad, sino que se guían por los criterios de la política de actuación seguida por la Fiscalía y, en definitiva, por criterios de oportunidad.

Finalmente, en tercer lugar, postular que la naturaleza administrativa de las actividades que realiza el fiscal —por oposición a la actividad legislativa y judicial—, en el ejercicio de la acción penal, someten este ejercicio a los principios propios del derecho administrativo, extendiendo la discrecionalidad reconocida en ciertos ámbitos a la Administración a aspectos reglados de la actividad persecutoria, excluyendo consecuentemente la revisión judicial del mérito o bondad de dichas actuaciones.

Sobre este último asunto, será útil para este trabajo el denso desarrollo dogmático del derecho administrativo en su señero afán por demarcar y controlar judicialmente la discrecionalidad de la Administración. Así, se ha señalado con acierto que el asedio a la inmunidad judicial de la discrecionalidad resume uno de los capítulos más importantes de la evolución del derecho administrativo (García de Enterría y Fernández, 2004: 471), y que el problema más controvertido a lo largo del siglo XX ha sido «la cuestión del papel que tienen que cumplir los poderes legislativo y judicial en la definición y el control de las potestades que corresponden a la Administración» (Muñoz, 2004: 506).

Entonces, el abundante y sobresaliente desarrollo doctrinal alcanzado en dicha área, será aprovechable y analogable a nuestro estudio, sin perjuicio de hacernos cargo de los matices del caso cuando sea menester. Adviértase que no son pocos los autores que, al analizar la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, recurren al examen de la discrecionalidad administrativa (Diez-Picazo, 2000: 16; Andrés, 1998: 435-464; Armenta Deu, 1991: 181; Delgado, 1989: 309-319). El porqué de dicha opción de la doctrina procesal penal, que también postulamos, obedece a distintas razones.

En primer término, la actividad del Ministerio Público parece, en rasgos generales, más afín a la función de la Administración que de los tribunales. En efecto, la actividad administrativa se desenvuelve discrecionalmente, o bien subordinada a directrices superiores que fijan dentro de los límites establecidos por las leyes, líneas o finalidades políticas más o menos contingentes, en la misma forma que en algunos ámbitos la actuación de los fiscales del Ministerio Público. La actividad jurisdiccional, en cambio, carece de dirección política en tanto que vinculada a la ley, no solo formal, sino también sustancialmente. Es así como Betti (1971: 153), señala que «si la discrecionalidad

2. En esa misma línea, Pereira afirma que «la investigación a cargo del Ministerio Público está regida por el principio de oportunidad y no por el de legalidad».

tiene su sede natural en la actividad administrativa, la apreciación interpretativa tiene la suya, por excelencia, en la actividad jurisdiccional».³

A mayor abundamiento, pese a que en diversos ordenamientos —como el italiano— el estatuto personal del fiscal es el de magistrado, ni siquiera en aquellos se le atribuye funciones jurisdiccionales y, en general, en el derecho comparado, la actuación del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal se cataloga como administrativa, por oposición a la función judicial y legislativa.

Por último, sin que hayamos pretendido ser exhaustivos en esta enunciación, el desarrollo del derecho administrativo revestirá aún más interés en el estudio de aquellos sistemas jurídicos donde la Fiscalía puede considerarse parte de la Administración del Estado, al integrar jerárquica y orgánicamente el Ejecutivo. En estos sistemas, como ocurre en el federal de Estados Unidos, el ejercicio de la acción penal se considera parte de la función del Ejecutivo de dar aplicación y cumplimiento a la ley.

Pues bien, las prácticas instauradas en el ejercicio de la instrucción y acusación por el Ministerio Público en nuestro país, nos aproximan peligrosamente a sufrir la misma reducción en la eficacia de las garantías penales y procesales vista en el sistema norteamericano, cuya irreflexiva admiración no pocas veces nos impide avistar las perniciosas consecuencias que conlleva la ausencia de control sobre la actividad persecutoria, que la propia doctrina anglosajona viene denunciando hace mucho, sin éxito en el hallazgo de un sistema efectivo para ponerle atajo (Davis, 2007). En contrapunto, en el ámbito europeo-continental, si bien paulatinamente se ha ido dejando espacios para el ejercicio no obligatorio de la acción penal y para términos consensuados del proceso, en general se mantiene un ponderado control judicial sobre la actividad instructora y acusatoria del fiscal, tendencia que, por su mayor garantismo, servirá de norte para pilotar nuestra investigación.

Por otra parte, los estudiosos de la teoría del derecho han enfocado su atención preferentemente en la discrecionalidad del juez, extendiendo ocasionalmente parte de sus descubrimientos dogmáticos a la Administración, sin que hasta hoy se hayan hecho cargo de las particularidades de un órgano como el Ministerio Público. Son precisamente las singularidades de la función pública que desempeña el fiscal, así como las especificidades propias del derecho penal en que sus potestades se materializan, lo que hace necesario esta nueva revisión de la discrecionalidad, tema sobre el que tanto y mejor se ha escrito. Es justamente la amplitud y densidad dogmática alcanzada por la teoría del derecho en este tema —aun cuando principalmente orientado a la discrecionalidad judicial—, lo que nos dispensará de un estudio más profundo y sistematizado

3. Sobre las diferencias estructurales y funcionales entre la actividad jurisdiccional y la de los demás órganos del Estado, véase Ferrajoli (2001: 579). No desconocemos que, excepcionalmente, algunos ordenamientos conceden potestades a los tribunales para tomar decisiones en base a criterios de oportunidad, como el archivo de la causa incoada del pgf. 154 (2) de la *Strafprozessordnung* (Código de Enjuiciamiento Criminal de Alemania) o la suspensión en la imposición de la pena de falta del artículo 398 de nuestro Código Procesal Penal.

de todo lo dicho hasta la actualidad sobre ella, y nos permitirá conformarnos con exponer las posiciones a las que adherimos y que guiarán nuestra investigación, concentrándonos en aplicarlas al análisis de la labor del Ministerio Público dentro del actual sistema procesal instaurado en Chile.

Potestades discrecionales de los órganos públicos

Potestades de los órganos públicos

Un primer acercamiento a esta materia imprescindiblemente debe comenzar por recordar que toda potestad o poder de actuación concedido al fiscal del Ministerio Público, así como a cualquier otro órgano público, nace de la ley. De ahí su necesaria vinculación al Estado de derecho, en el cual son centrales las ideas de control jurídico, de regulación desde el derecho de la actividad estatal y de limitación del poder del Estado por el sometimiento a la ley (Díaz, 1981: 17; Cea, 2002: 238).⁴

El principio de juridicidad o legalidad, recogido en el artículo 7 de nuestra Constitución, es justamente una de las bases de nuestra institucionalidad, por el cual las autoridades deben actuar dentro del marco de potestades y atribuciones determinado de antemano y en texto escrito por el derecho, con sujeción, leal o de buena fe, a cuanto fluye de ese marco. Por integrar las bases de nuestro sistema institucional, al momento de interpretar y aplicar la Carta Fundamental, siempre es y será imperativo tenerlo en cuenta, primando incluso sobre otras normas y principios constitucionales que no integren el capítulo I, por su carácter básico o fundamental (Cea, 2002: 173 y 239).

De ese modo, solo puede hablarse de un poder jurídico del fiscal en cuanto se lo confiera el ordenamiento jurídico, y es jurídico dentro del ámbito en que dicho ordenamiento lo contempla, lo regula en su contenido y sus efectos, y lo tutela (Santi, 1964: 332-333).

Las distintas potestades que nuestro ordenamiento concede al fiscal del Ministerio Público para su actividad instructora y acusatoria, dentro y fuera del proceso, constituyen precisamente potestades jurídicas (Hart, 1961: 101 y 120)⁵ entregadas expresamente por la ley. Así, la expresión «discrecional» con que se califique algún elemento de una potestad del fiscal, solo cabe en un único tipo de contexto: «cuando alguien está en

4. Como tesis, Díaz plantea que «el Estado de derecho es el Estado sometido al derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de derecho, consiste así, fundamentalmente, en el “imperio de la ley”: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la “voluntad general”». Cea, por su parte, aborda esta materia dentro de la doctrina nacional.

5. En la propuesta de Hart, las potestades del fiscal se contendrían en reglas que él califica a la vez de «secundarias» y «de adjudicación». «Secundarias», pues, dependen de las «primarias» que prescriben las acciones que deben hacerse u omitirse —por ejemplo, las normas que tipifican delitos—, y «de adjudicación», porque facultan a determinar en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria —por ejemplo, si se ha cometido o no un hecho tipificado como delito—. Si bien Hart aludía a las potestades jurisdiccionales, lo cierto es que en un sistema donde la acusación la ejerce un fiscal, este participa o incide en este proceso adjudicativo.

general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada» (Dworkin, 1999: 83-84). En otras palabras, la modelación de políticas de actuación autónomas que permite la ley al contener una potestad elementos discrecionales, no es una facultad extralegal, sino una actuación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido al fiscal justamente con ese carácter. La discrecionalidad, por tanto, no es un supuesto de actuación del fiscal fuera de la norma, sino más bien, un caso típico de remisión legal.⁶

Siguiendo a Santi (1964: 310), estas potestades que la ley ha entregado al fiscal, como cualquiera otra y en contraste con los derechos subjetivos, se caracterizan por no generarse de relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino, como hemos insistido, proceden directamente del ordenamiento. Además, dichas potestades no recaen sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tienen un carácter genérico y se refieren a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones. Tampoco consisten en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares. Finalmente, a las potestades del fiscal no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad. De ese modo, en relación con quienes sostienen que el culpable del delito tiene la obligación de sufrir la pena, dicha obligación no sería nunca correlativa al poder de castigar (García de Enterría y Fernández, 2004: 449 y 450).

El imperio del principio de juridicidad o legalidad conlleva, entonces, que el fiscal podrá apartarse de las reglas y principios que, en general, norman una determinada materia, y obrar discrecionalmente conforme a una política de actuación propia, nada más en aquellos casos en que precisamente una ley válida lo autorice. En consecuencia, debe ser una idea rectora del actuar del fiscal, al momento de desentrañar el contenido y alcance de cualquiera de sus potestades, el siempre «intentar» hallar la respuesta en el propio ordenamiento y no asumir automáticamente la relativa vaguedad o amplitud de la norma que consagra la potestad, como una concesión implícita para actuar discrecionalmente.

Previo a concluir este apartado, conviene llamar la atención sobre lo siguiente. En el derecho público también es posible identificar potestades en titularidades privadas (García de Enterría y Fernández, 2004: 449; Muñoz, 2004: 511), entre las que precisamente cabe destacar la que nos interesa: el ejercicio de la acción penal como herramienta para iniciar e impulsar la actividad instructora y acusatoria estatal. Cabe

6. En un contexto administrativo, véase García de Enterría y Fernández (2004: 460-462). Por este motivo, las manifestaciones de oportunidad reglada para el no ejercicio de la acción penal, al operar sobre la base de una previsión legal, en realidad no afectan el principio de legalidad, sino solo la obligatoriedad de la acción penal (Conde-Pumpido, 1989: 289).

destacar esto porque, en nuestro ordenamiento, la potestad del ofendido para ejercer la acción penal tiene igual consagración constitucional (Constitución Política de la República de Chile, 1980: artículo 83 inciso 2)⁷ que la potestad de accionar del fiscal, lo que debiera repercutir en el análisis que se realice de las potestades del Ministerio Público que pudieran obstruir al particular en su empeño de ejercer su potestad de acción que le ha sido reconocida, con estricto apego a la ley.

Potestad discrecional y su elemento diferenciador

Antes de pasar a distinguir entre potestades regladas y potestades discrecionales del fiscal, debemos efectuar una precisión que evitará yerros venideros. Cuando aludimos a las potestades discrecionales del fiscal, lo hacemos en referencia a un concepto más amplio y comprensivo que el correspondiente a la «no obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal ante una *notitia criminis*», que en algunos países, como Chile, llaman «principio de oportunidad» —denominación que seguiremos aquí—,⁸ y que en otros pertenecientes o próximos a la tradición del *common law* simplemente llaman «discrecionalidad». Como demostraremos a continuación, la oportunidad en el ejercicio de la acción penal es solo una modalidad de potestad discrecional entre otras que puede asignarse al fiscal, que no será en cuanto tal objeto preferente de nuestro estudio, sino solo abordada como uno más de aquellos espacios donde la discrecionalidad del fiscal puede mudar en arbitrariedad sin un adecuado control judicial (Davis, 2007).⁹

7. A igual conclusión arriban Horvitz y López (2005: 289). Resulta pertinente traer a colación aquí, la discusión ante el Tribunal Constitucional referida al forzamiento de la acusación por el querellante particular en los casos que el fiscal decidió no perseverar en el procedimiento (Código Procesal Penal de la República de Chile, 2000: artículo 258), tribunal que reiteradamente ratificó la exigencia de los jueces de garantía de formalización previa de la investigación —potestad del fiscal— como requisito del forzamiento, pero que ha fallado variando su postura inicial, en base al derecho constitucional concedido a la víctima de ejercer la acción penal. Véase la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 6.718-18, 2019, emanado con fecha 28 de noviembre de 2019.

8. Asimismo, cuando nos refragamos en lo sucesivo a «criterios o consideraciones de oportunidad o conveniencia», estaremos apuntando a criterios ajenos a los contenidos explícita o implícitamente en la ley, que pueden abarcar infinidad de parámetros legítimos, como eficiencia en la administración de recursos estatales escasos para hacer frente a la criminalidad, relevancia o impacto social de ésta, visión humanitaria, etcétera. En este sentido, «oportunidad» deberá tomarse como opuesto a «legalidad», diverso a la dialéctica obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal-discrecionalidad. Díez-Picazo (2000: 13) discrimina con claridad ambos antagonismos, legalidad-oportunidad y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, junto con la utilidad y precisión que aporta este último (Rodríguez, 2013: 183-188).

9. Al analizar la arbitrariedad en el ejercicio de la discrecionalidad del fiscal en el sistema criminal norteamericano, Davis muestra que va mucho más lejos de la cuestión de ejercer o no la acción penal e incluye, habiendo optado por ejercerla, los cargos que se formulan —hechos y calificación—, la negociación sobre los cargos, la jurisdicción que los conocerá —federal o estadual—, su intervención ante el gran jurado, la prolongación del secreto de la investigación, la incidencia sobre la pena de muerte, etcétera.

Dicho eso, en esta investigación, y siguiendo propuestas que provienen del mundo administrativo, tendremos por potestad discrecional aquella que permite al Ministerio Público, a través de sus fiscales, fijar su propia política de actuación y optar, dentro del marco de legalidad, entre diversas decisiones, todas las cuales son indiferentes para el ordenamiento e igualmente válidas (Muñoz, 2004: 519). Esta caracterización supone entonces que el legislador, al definir alguna de las condiciones de ejercicio de la potestad del fiscal, hace una remisión a su estimación o apreciación subjetiva (García de Enterría y Fernández, 2004: 460 y 461).¹⁰

En la potestad reglada, en cambio, el legislador determina todas y cada una de sus condiciones de ejercicio, construyendo un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias. El proceso aplicativo de este tipo de potestades se reducirá, entonces, a una mera constatación por el fiscal de los presupuestos fácticos y su subsunción en la norma (García de Enterría y Fernández, 2004: 460 y 461; Aarnio: 1991: 23-24).¹¹

Emprendamos ahora las precisiones que amerita la caracterización de la potestad discrecional del fiscal que hemos preferido.

La «apreciación subjetiva» del fiscal a la que se remite el legislador en una potestad discrecional, no debe entenderse como una concesión a su valoración personalizada, parcial, cargada de impulsos, intereses y principios íntimos como los de carácter político, religioso u otro, concepción que no resultaría aceptable para una investigación enfocada en las potestades concedidas por la ley a un órgano público, como lo es el fiscal del Ministerio Público, sometido a los principios generales del derecho público, en especial a los de probidad y de trato igualitario que rigen a todos los órganos del Estado, y en particular por el principio de legalidad y objetividad en el ejercicio de la acción penal. Por lo demás, a diferencia de las potestades privadas, las públicas son siempre serviciales o fiduciarias, es decir, el ordenamiento no permite que sus titulares

10. La potestad discrecional del fiscal, así descrita, se asemeja a la discrecionalidad administrativa o «pura» de Betti (1971: 143). Según este, bajo la expresión «discrecionalidad» se suelen comprender tipos esencialmente diversos: la discrecionalidad soberana o absoluta, otra administrativa o pura, una técnica y, por último, una de carácter supletorio o complementario. Al describir la discrecionalidad administrativa, indica que, posterior a una interpretación de segundo grado sobre los fines de la ley orientada a determinar preliminarmente los límites y las directrices impuestas al poder discrecional, le sigue una ulterior apreciación para actuar conforme a los criterios de conveniencia y oportunidad, tanto de los intereses concurrentes como de las varias líneas de conducta para la solución del conflicto. En este espacio de libertad, dentro del margen de las alternativas posibles, la elección ha de hacerse según un criterio de racionalidad teleológica de mejor idoneidad de los medios (o fines inmediatos, constituidos por líneas de conducta) para realizar la superior exigencia del interés público; pero precisamente a través de una apreciación de este tipo, la autoridad administrativa pone de su parte la máxima del propio actuar, situándose en el mismo plano que el legislador al valorar qué es lo que exige el interés público en la situación dada.

11. En los términos de Aarnio, esta sería una decisión «rutinaria» —no aludiendo con ello al número de veces que se produce sino a la estructura del caso—, que al ser mecánica, no permite la discrecionalidad entre alternativas y por ello, desde el punto de vista de la interpretación del derecho, tiene poco interés.

las ejerzan para su provecho o beneficio (Muñoz, 2004: 511; Santi, 1964: 309).¹² De ese modo, difícilmente se puede sostener que el legislador adjudique a los fiscales una potestad para actuar, según una apreciación subjetiva así entendida.

Lo dicho, no supone desconocer que la ambigüedad y vaguedad de las normas con las que se efectúa la remisión a pautas no jurídicas (como interés general, público, etcétera) generalmente da pie para que el fiscal, dentro del marco de posibles opciones, acabe inclinándose por aquella que esté de acuerdo con sus preferencias morales, políticas, etcétera. El fiscal, como el juez, no es un autómatas, por lo que resulta imposible suprimir el factor personal. Ferrajoli (2001: 174 y 547) nos aclara que:

Aun cuando un sistema penal se adhiera normativamente al modelo cognoscitivo y garantista [...] nunca es de hecho un sistema cerrado y siempre exige para su funcionamiento práctico hétero-integraciones remitidas a la autonomía y la discrecionalidad del intérprete. Al realizar las elecciones impuestas por estos espacios de discrecionalidad, el juez en particular nunca es neutral si por «neutralidad» no se entiende solo su honestidad intelectual y su desinterés personal por los intereses concretos en causa, sino una imposible ausencia de valoraciones o de carácter político de las opciones y una ilusoria objetividad de los juicios de valor.

Precisa el autor que este carácter potestativo que, en alguna medida, tiene la función judicial, se incrementa con respecto a los titulares de la acción pública al ser la iniciativa penal «el momento más potestativo de toda la actividad procesal».

Sin embargo, esto no debe confundirnos —como sí lo hizo el realismo jurídico— entre el plano lógico y el psicológico, ya que, como ilustra Atienza (1993: 125 y 126), una cosa es el procedimiento mediante el que se llega a establecer una determinada premisa o conclusión (contexto de descubrimiento) y otra el procedimiento consistente en justificar dicha premisa o conclusión (contexto de justificación). Siguiendo la explicación de este autor, podemos trazar la distinción entre los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etcétera, que llevan a un determinado fiscal a preferir una alternativa frente a otras que permite la ley, de las razones que este funcionario otorga para demostrar la corrección o aceptabilidad de su decisión, justificándola. Concluye Atienza que los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen —al menos, por lo general— que explicar sus decisiones, sino solo justificarlas.

En otras palabras, no nos distraeremos con la motivación psicológica y la explicación de la actuación del fiscal —sin perjuicio de las circunstancias que lo afecten de modo intolerable y que hagan improbable esperar que instruya el caso de manera objetiva— sino que fijaremos nuestra atención en la justificación de esta, que es lo relevante para el derecho (Prieto, 1993: 87; Sainz, 1976: 182).¹³

12. Santi señala que los poderes que se ejercen por un interés no propio o no exclusivamente propio, es decir, por un interés ajeno o por un interés objetivo, toman el nombre de «funciones» u «oficios», y se presentan principalmente en el derecho público.

13. Prieto igualmente distingue entre los factores emotivos e intuitivos que puedan pesar en una decisión

Al señalar que la aplicación de la norma se entrega a la apreciación subjetiva del fiscal, tampoco apuntamos simplemente a las valoraciones que realiza dicho funcionario como parte del necesario proceso interpretativo del precepto que cobija dicha potestad, ya que dichas valoraciones, incluso, son habituales durante el ejercicio de la potestad reglada (Betti, 1971: 144; Dworkin, 1999: 87; MacCormick, 2000: 401).¹⁴

Con la definición de una política de actuación conforme a la apreciación subjetiva del fiscal, lo que queremos destacar es que, entre las diferentes alternativas de actuación que admite el ordenamiento jurídico, que pueden ser menos de las que a primera vista tolera la norma potestativa según ya estudiaremos, el fiscal podrá optar, sin obligación vinculante de la ley por alguna, por aquella que según su apreciación y estimación mejor se adecúe o satisfaga la política pública de actuación del Ministerio Público. La opción propuesta implica que el fiscal adopte una argumentación consecuencialista para avalar la opción elegida entre las diversas que permite la norma, ya que, suponiendo dichas opciones distintos grados de cumplimiento de la política criminal seguida por el órgano persecutor, deberá acoger la que mejores resultados proporcione en orden a su satisfacción, con un necesario cálculo sobre las consecuencias (MacCormick, 2005: 102).¹⁵

Ahora bien, esta política de actuación, determinada de antemano por la autoridad superior del Ministerio Público o construida por el conjunto de decisiones que adopten los fiscales en el ámbito de su potestad, constituirá parte de la «política criminal» del Estado si se entiende como «el conjunto de criterios determinantes de una lucha eficaz contra el delito» (Silva Sánchez, 2000: 15).¹⁶ Aunque evidentemente la política nacional de persecución penal corresponda a diversos órganos del Estado y, entre ellos, en primer lugar, a los legisladores, a través de la formulación de los delitos y sus penas, la forma como el fiscal nacional regula autónomamente cuándo y cómo se ejercerá la acción penal en cada caso, constituye la forma como se concreta esa política de persecución penal del Estado. Es más, cada vez que los fiscales toman decisiones propias de su actividad, en los hechos están tomando decisiones de política criminal, es decir, decisiones que hacen realidad la política de persecución penal del Ministerio Público y

judicial y su proceso de justificación, sin que la dificultad para escudriñar los primeros impida que la segunda sea controlable desde parámetros de racionalidad. En la misma dirección apunta Sainz, al comentar que, aunque es un dato la influencia del sentimiento personal de lo que es justo en la valoración jurídica de los hechos, de ahí al puro intuicionismo hay una enorme distancia.

14. De ahí los esfuerzos de Betti para precisar dónde termina la interpretación y dónde comienza la discrecionalidad. Dworkin acierta en concluir que «la proposición según la cual cuando no se dispone de una norma clara se ha de ejercer la discreción, en el sentido de “juicio”, es una tautología». Además, como explica MacCormick, no hay nada sorprendente en la idea de que un estándar objetivo sea aplicable solo a través de subjetividad adjudicativa y para demostrárnoslo nos recuerda que «la cuestión de quien cruzó la línea primero es una cuestión objetiva, pero debe ser determinada por el árbitro de línea, el adjudicador fotográfico, etcétera».

15. Véase el autor citado sobre la relevancia de considerar algunos tipos y rangos de consecuencias para justificar decisiones legales.

16. El autor en este extracto cita a Franz Von Liszt.

que suponen la existencia de criterios sobre cuáles delitos se estima prioritario perseguir con todo el rigor de la ley y cuáles no (Matus, 2006: 305-313).¹⁷

En síntesis, el mérito del dictamen particular del fiscal adquirirá un carácter finalista, concluyente, incuestionable e insustituible que, en los términos usados por Dworkin (1999: 84-85), nos sitúa ante una discrecionalidad fuerte.¹⁸ En efecto, la opción por la cual se incline el fiscal será insustituible y definitiva, no revisable por el juez, en atención a que el derecho no vinculaba a aquel con ninguna de ellas, no teniendo este parámetro que guíe una posterior revisión y sustitución (Bovino, 1997: 57-62).¹⁹ Cualquiera de las alternativas es, por tanto, indiferente para el derecho, pudiendo el fiscal optar libremente por cualquiera de ellas (Muñoz, 2004: 519).

Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad

En concordancia con lo que se ha venido razonando, cabe enfocarse en los conceptos jurídicos indeterminados que utilice la legislación adjetiva al regular los presupuestos

17. Sin embargo, la concesión de estas potestades al Ministerio Público para incidir, con mayor o menor vigor, en la política criminal del Estado, tiene vicios estructurales de legitimidad. Como denuncia en el ámbito nacional Soto Piñeiro (2002: 169), esos vicios derivan del hecho de que un órgano encargado de políticas sociales, materializadas a través del principio de discrecionalidad —que aquí optamos por llamar principio de oportunidad—, no pertenezca orgánicamente al Poder Ejecutivo y que pese a estar «amarrado» por los principios de «legalidad» y «objetividad» tampoco sea parte del Poder Judicial ni esté sujeto a su control, más allá de su interacción al interior del proceso penal. En igual sentido, Armenta Deu, (1995: 43 y 44), para quien solo en sociedades que cuentan con elección democrática como elemento de control de los perseguidores públicos, es plausible la aplicación a la persecución penal de criterios de oportunidad y la concesión de un mayor ámbito de facultades.

18. Dworkin distingue la discrecionalidad en un sentido fuerte, de otros dos sentidos débiles. Con la expresión fuerte alude a que frente a algún problema, el funcionario que decide no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Sobre los sentidos débiles, uno se utiliza para decir que, por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento y el otro se usa para decir únicamente que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión, que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario.

19. Como explica Bovino, en relación con el control de la función estatal persecutoria en Estados Unidos, se ha subrayado la inidoneidad intrínseca del Poder Judicial para evaluar las decisiones político-criminales del fiscal, justificándolo a partir del desconocimiento del Tribunal con respecto a las particularidades del caso y del panorama global de casos de la fiscalía. En este contexto, y frente a la ausencia de criterios jurídicos obligatorios para orientar la política efectiva de persecución, es completamente cierto que el Tribunal no conoce la situación como para que su juicio de oportunidad resulte posible sobre bases medianamente racionales. Por esto, en los dos únicos supuestos en los que puede controlar la decisión del fiscal de ejercer la acción penal, esto es, en las persecuciones selectiva y vindicativa, no reemplaza el juicio de oportunidad del fiscal para resolver la cuestión y, por lo tanto, no realiza decisiones persecutorias por sí mismo. El control judicial, en estos casos, solo significa que se clausuran aquellos cuya presentación original se fundó en razones que resultan ajenas, externas, a las pautas que se deben tener en cuenta en el marco de la discrecionalidad del fiscal. En otras palabras, si el juez cierra un caso, por ejemplo, fundado en motivos discriminatorios, no reemplaza el juicio del fiscal, ya que este carece de discrecionalidad para perseguir penalmente de manera discriminatoria.

que integran las potestades del fiscal durante la instrucción y acusación (por ejemplo, «antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos» del artículo 167 del Código Procesal Penal) por sobre el estudio de los conceptos jurídicos indeterminados que integren un tipo penal (por ejemplo, «lugar habitado» del artículo 440 del Código Penal), ya que más allá del contenido que a estos últimos atribuya el fiscal en cumplimiento de su función de postulador de la ley ante los órganos jurisdiccionales, seguirá siempre con respecto a estos un pronunciamiento judicial definitivo posterior.

Hecha esta prevención, Atienza y Ruiz Manero (1991: 104) señalan que los conceptos jurídicos indeterminados son términos centralmente vagos, que no solo tienen una periferia de textura abierta, sino que, en la mayoría de los casos reales, exigen una tarea de concreción, es decir, una ponderación de factores relevantes cuya identidad y posibles combinaciones no resultan anticipables.

La doctrina y jurisprudencia administrativista distingue, a partir de la década de 1960, los conceptos jurídicos indeterminados de la discrecionalidad; considerando a los primeros como conceptos vagos, imprecisos, inconcretos, que no delimitan exactamente el ámbito de la realidad a que se refieren, pero cuya operación aplicativa sigue siendo, sin embargo, puramente cognitiva (Muñoz, 2004: 530; Sainz, 1976).²⁰

La doctrina alemana buscó hacerse cargo de las dificultades que presenta develar la solución exacta en este tipo de normas mediante el mero proceso cognoscitivo, y para ello identificó una zona intermedia, de incertidumbre o «halo del concepto» (*Begriffshot*) dentro de la estructura del concepto jurídico indeterminado, localizada entre otras dos zonas de certeza, una positiva y otra negativa. La primera constituye el núcleo fijo (*Begriffskern*) o «zona de certeza», configurado por datos previos y seguros y, la segunda, una «zona de certeza negativa», también segura en cuanto a la exclusión del concepto (García de Enterría y Fernández, 2004: 468; Muñoz, 2004: 532).²¹ Este halo del concepto, conforme a la doctrina comentada, concedería al aplicador un «margen de apreciación» (*Beurteilungsspielraum*), equivalente a un margen de discrecionalidad (Sainz, 1976: 70-71).²²

En la esfera penal, Ferrajoli (2001: 108-109) sostiene que «un cierto grado de incertidumbre caracteriza en realidad, por su carácter aproximativo, a los dos tipos de verdad —fáctica y jurídica—» que componen la noción de verdad procesal. En cuanto

20. Sainz realizó un acabado estudio sobre la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

21. Fue D. Jesch quien, siguiendo a Ph. Heck, con el objeto de determinar mejor ese margen legítimo de apreciación, distinguió entre el núcleo de los conceptos (*Begriffskern*) y su halo (*Begriffshof*). El criterio trizonal arriba expuesto fue utilizado por la doctrina española para explicar la estructura de los conceptos y tiene una procedencia más antigua que el anterior, adjudicable a W. Jellinek.

22. Sainz grafica la indeterminación que surge al aplicar ciertas palabras a algunos objetos mediante unos círculos concéntricos. El círculo interno traza el límite de una zona de certeza positiva (es seguro que «eso» puede denominarse con ese término), el círculo externo marca el límite de una certeza negativa (es seguro que «eso» no puede denominarse así), y entre esos dos círculos hay una zona de duda, de «indeterminación».

a la verdad jurídica que aquí nos interesa, es «la validez de una inferencia deductiva de la que, sin embargo, es irreductiblemente insegura, por opinable, la verdad de las premisas». Los modos de solución de esta incertidumbre serán las opciones interpretativas con respecto a las calificaciones de derecho.

Usualmente, el margen de apreciación que contiene todo concepto jurídico indeterminado del que se sirve la ley para constituir una potestad del fiscal, buscado o no por el legislador,²³ debe asignársele en principio una función positiva, que no es la de crear un vacío normativo dentro de cuyos límites cualquier decisión sea válida, sino, por el contrario, dar a la norma la holgura necesaria para que, siendo más adaptable a la realidad, el resultado de su aplicación pueda ajustarse con mayor exactitud a la solución que la norma preconiza (Sainz, 1976: 194). En ambos supuestos, el fiscal debe especificar el contenido de una norma que se refiere a una realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, pero con respecto a los cuales es claro que el legislador ha intentado delimitar el supuesto concreto.

En efecto, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, ya que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas. Justamente por esto es un proceso reglado, que se agota en otro proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional (García de Enterría y Fernández, 2004: 465 y 467). Cabe recordar que los conceptos jurídicos indeterminados siguen siendo reglas —en oposición a los principios—, ya que, no obstante la indeterminación semántica de una regla, las condiciones de aplicación de la norma siguen constituyendo un conjunto cerrado, sigue habiendo una determinación de un modelo de conducta (Atienza y Ruiz Manero, 1991: 109).

La discrecionalidad que se aprecia en los márgenes del concepto jurídico indeterminado es siempre vinculada en una medida sustancial, debiendo su uso ser adecuadamente razonado en derecho. Es una discrecionalidad con una consistente dimensión técnico-jurídica, necesitada de justificación explícita y que debiera sujetarse en su ejercicio a un control externo a través de la motivación (Andrés, 1998: 449; Betti: 1971: 144-149).²⁴

23. En ocasiones se advierte en las discusiones parlamentarias el uso deliberado de términos vagos y genéricos precisamente para permitir que el desarrollo jurisprudencial colme de significado al concepto.

24. Betti denomina a esta discrecionalidad «de carácter supletorio o complementario», que en la función jurisdiccional se encuentra al servicio de la adaptación y especificación de la norma a la variabilidad de los tipos, en función de la determinación y apreciación del supuesto concreto. A esta última discrecionalidad viene referida por algunos la apreciación de nociones elásticas o de conceptos de valor, o sea, de criterios derivados de la conciencia social, de por sí extrajurídicos, pero relevantes para el tratamiento jurídico. En estas hipótesis tendría lugar una apreciación vinculada que presenta el carácter de interpretación, ya que está sujeta a las valoraciones legislativas en orden a la elección de la solución más conforme a la *ratio iuris* del precepto que aplica. Por esto, no son admisibles aquí consideraciones de oportunidad y la solución

No obstante, cuando el legislador opta por conceptos jurídicos de alto grado de indeterminación y ambigüedad al momento de configurar una potestad del fiscal, sin reducirla mediante una enumeración abierta o cerrada de casos que comprenda el concepto o un cúmulo de ellos que deban excluirse, haciendo que la apreciación de su contenido no sea unívoca ni previsible, creemos que ya no es posible afirmar que haya buscado limitar y encaminar la actuación del fiscal en un determinado sentido. Una vez agotado el arsenal de que nos arma el ordenamiento jurídico para encausar la decisión en una u otra dirección o excluir alguna opción, habrá dejado el legislador al juicio del fiscal el darle contenido, que este conformará a lo que estime más acorde a la política de actuación del Ministerio Público, permeable a criterios de oportunidad o conveniencia no contemplados en la ley.²⁵ Esto se confirma, más aún, si el legislador no previó algún medio de impugnación ante el juez sobre la decisión adoptada por el fiscal, transformándola en buenas cuentas, en definitiva (Muñoz: 2004: 5229).²⁶

Una visión contraria postula Betti (1971: 152), para quien las hipótesis en que se entregó al intérprete un amplio margen y espacio de libertad no dejan de ser de apreciación interpretativa y, por tanto, mantiene a las consideraciones de oportunidad como inadmisibles.

Otros autores, como Delgado (1989: 309-319) y Armenta Deu (1991: 181-183), para confrontar la tesis por nosotros sostenida, trasladan al campo procesal penal la distinción nacida en el derecho administrativo entre las actuaciones discrecionales y las que tienen lugar mediante la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados.

exacta, es decir, conforme a la valoración legislativa sería una sola —al menos en teoría—, de modo que el resultado de la apreciación es unívoco, previsible y controlable por la jurisdicción ordinaria. La discrecionalidad de carácter supletorio o complementario así entendida es esencialmente diferente de la discrecionalidad soberana del legislador o de la plena discrecionalidad del funcionario administrativo.

25. Una lectura atenta a nuestra propuesta demostrará que esta no es contraria a la forma en que Hart (1961: 155) plantea la discrecionalidad, sino solo más estricta, ya que la discrecionalidad que nos interesa examinar no es aquella resultante de la incertidumbre existente en las zonas marginales de términos clasificatorios generales, en el relativamente acotado margen de opción que deja la zona de penumbra de un concepto expresado en un lenguaje de irreductible textura abierta —como «bien jurídico disponible de carácter patrimonial» del artículo 241 del Código Procesal Penal—, ya que dichos términos o conceptos, a fin de cuentas, enuncian un modelo de conducta que debe intentar desentrañar el fiscal, aunque ello no siempre le permita alcanzar la respuesta correcta —en oposición a la propuesta de Dworkin (1999: 90-100), para el que ello siempre es posible en principio y en la mayoría de los casos— (véase, también, Aarnio, 1991: 214). Buscamos más bien centrarnos en la discrecionalidad que le permite al fiscal dotar de contenido a conceptos que no portan una orientación axiológica o no conducen a una conducta de referencia —como «interés público prevalente en la continuación de la persecución penal», también del artículo 241 del Código Procesal Penal—, o que portándola, atenerse a ella no le es exigible, de manera que su alejamiento igualmente puede considerarse indiferente para el derecho, al permitirle en la práctica, en un definido ámbito por cierto, sentar una política propia de actuación.

26. Nos asiremos entonces de los aportes de la perspectiva dinámica de la discrecionalidad, que abarca el comportamiento de los tribunales, de modo que solo si estos no controlan la decisión discrecional adoptada por el fiscal dentro de los márgenes legales, podremos hablar en verdad de una potestad discrecional. Muñoz, por su parte, aborda esta perspectiva en el ámbito del derecho administrativo.

La propuesta de Delgado resulta insatisfactoria principalmente por pasar por alto la habitual utilización por el legislador de dichos conceptos jurídicos indeterminados no para definir una actuación u omisión obligatoria por el fiscal, sino solo para definir su campo habilitante de actuación. A vía ejemplar, obsérvese que el artículo 230, inciso 2, del Código Procesal Penal, prescribe que el fiscal podrá formalizar la investigación «cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial». Para estos efectos, concedamos a este autor que «el momento oportuno» para formalizar puede desarrollarse jurisprudencialmente en forma más o menos exhaustiva, de manera de llegar a un número reducido de casos que conformarán la única solución justa a la que sostiene debe arribarse con respecto a todo concepto jurídico indeterminado, de manera que frente a una particular investigación, la respuesta a si será o no oportuno formalizar, no será igualmente justa e indiferente para el derecho. Estimamos, sin embargo, que si no hay una norma —como ocurre en nuestro ordenamiento— que obligue al fiscal a formalizar cuando llegue ese «momento oportuno» o, si se quiere, habiéndola, no es exigible judicialmente. La decisión de formalizar no es en verdad una potestad reglada, sino un poder cuyo ejercicio se abandona a la discrecionalidad del fiscal.

Igualmente, es incompleta la solución de Armenta Deu quien, estimando la diferenciación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados operativa en cualquier ámbito jurídico amén del derecho administrativo, considera como discrecional solo la potestad que el legislador conforma con expresiones como «el Ministerio Fiscal podrá» —que nos remite al ámbito de lo facultativo—, única ocasión en que no cabría fiscalización judicial al faltar un criterio legal determinante. Sin embargo, a nuestro juicio, esta posición deja fuera preceptos que, utilizando conceptos jurídicos indeterminados, imponen deberes al fiscal pero que, al no acompañarse de herramientas judiciales para exigir su cumplimiento, permiten que criterios de oportunidad empapen la decisión discrecional del fiscal. Así, por ejemplo, el carácter no facultativo —y, por ende, perentorio— de acusar si «la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma» (Código Procesal Penal de la República de Chile, 2000: artículo 248 letra c)), supuesto en el que el legislador no entregó herramientas eficaces para forzar judicialmente la observancia de esa carga procesal que le impone el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal.

Siguiendo el mismo ejemplo anterior, la delimitación efectuada por Gómez (1951: 528), entre el problema de la fundamentación de la acción y el de la oportunidad de una acción fundada, en teoría es incontestable, ya que apreciar si la prueba de la culpabilidad es posible trata de la «procedencia» de la acción y no de la discrecionalidad en el sentido de oportunidad. No obstante, pareciera no bastar para descartar la discrecionalidad como la hemos delineado, ya que la amplitud de expresiones como la ya vista «fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado», deja espacio suficiente para consideraciones de oportunidad al momento de decidir qué constituye ese fundamento serio, elevando o disminuyendo *motu proprio* su estándar probatorio, según cuente

o no el Ministerio Público con los funcionarios suficientes para sostener un elevado número de juicios.

Lo que llevamos expuesto implica apartarnos de la usual clasificación entre discrecionalidad técnica o jurídica y discrecionalidad política o de oportunidad (Diez-Picazo, 2000: 15; Sainz, 1976: 312),²⁷ ya que para el objeto de esta investigación no catalogaremos toda discrecionalidad técnica o jurídica como el ejercicio de una potestad discrecional, sino únicamente con respecto a aquellos conceptos de tal imprecisión e indeterminación que sea posible afirmar una especie de delegación del legislador al fiscal para colmarlos de contenido (Muñoz, 2004: 529-537),²⁸ lo que se ve ratificado, además, por la omisión del legislador de medios de control judicial de lo que aquél decida (Sainz, 1976: 303).²⁹

27. Diez-Picazo concentra, en el elemento extrajurídico, la distinción entre la discrecionalidad política o de oportunidad y la discrecionalidad técnica o jurídica, comprendiendo dentro de la primera la posibilidad de un ejercicio de la acción penal dirigido por criterios extrajurídicos, mediante un juicio de pura conveniencia sobre si dicho ejercicio es apropiado con respecto a ciertos objetivos políticos, que serán determinados por la autoridad concreta que ejerce la acción penal o, como es habitual, por la autoridad que dirija al Ministerio Público. Con la discrecionalidad técnica o interpretativa en el ejercicio de la acción penal, el mismo autor refiere a cierto margen de libertad de apreciación de que goza quien ejerce la acción penal, propio de toda operación de aplicación del derecho, y en virtud del cual se decidirá si se está técnicamente en condiciones de ejercer la acción penal y cuál es el modo más adecuado de hacerlo. En el mismo sentido, Sainz reduce la discrecionalidad a los supuestos en los que la decisión se resuelve en la aplicación de criterios no jurídicos.

28. La doctrina unitaria de la discrecionalidad, que incluye los supuestos de discrecionalidad técnica o jurídica, no es una creación moderna, ya que para toda la doctrina, al menos hasta mediados del siglo XX, la discrecionalidad era una categoría que se aplicaba tanto a casos en que el proceso intelectual de comprensión del precepto legal era más o menos complejo, como a aquellos en que la decisión no estaba en la norma, sino que dependía de la voluntad del aplicador. Sin embargo, es la doctrina alemana la que principalmente en la década del cincuenta del siglo pasado, llevó a cabo una reducción de ese concepto amplio de discrecionalidad (H. Preuss, O. Bachof, D. Jesch, K. Obermayer, K. Stern), para limitarlo a aquellos supuestos en que las normas permiten a la Administración acciones volitivas —y no solo de mera cognición—, que reclaman decisiones en el plano de las consecuencias jurídicas. Esta doctrina fue llamada «de la *Rechtsfolgeermessen*»: de las consecuencias jurídicas. Finalmente, la consideración de que muchos conceptos jurídicos indeterminados reclaman apreciaciones valorativas, exigiendo el reconocimiento de una mayor libertad de opción de la Administración en su aplicación, es lo que condujo al retorno a una doctrina unitaria de la discrecionalidad que considera tanto a la discrecionalidad como a los conceptos jurídicos indeterminados manifestaciones de un mismo fenómeno: la concreción de normas abiertas en fase aplicativa por la Administración. Esta corriente unitarista es sostenida por R. Klein, P. Lerche, K. Engisch, R. Scholz y en España por M. Bacigalupo.

29. La conversión en una obligación natural de actuar dentro de legalidad que propone Sainz, con respecto a aquella potestad no controlada judicialmente por opción legislativa, más allá de su ingenio teórico, no evitará la incorporación por el fiscal de criterios de oportunidad y conveniencia en su actuación.

Examen de algunas alternativas para limitar y racionalizar las potestades discrecionales del Ministerio Público

En este apartado, intentaremos dar una mirada general y aproximativa a los distintos aspectos y vías con los cuales podría intentar acotarse una inicialmente amplia competencia discrecional, entregada legalmente al fiscal del Ministerio Público.

Lo razonable y la discrecionalidad del Ministerio Público

Es un principio general en el derecho público que los poderes de las autoridades públicas no deben ser ejercidos de modo no razonable (MacCormick, 2005: 403), lo que supone una proscripción total de la arbitrariedad.³⁰ En el ámbito punitivo, un modelo de derecho penal mínimo corresponde no solo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos con respecto al arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza, y un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles (Ferrajoli, 2001: 104-105).

En las materias que nos ocupan, acudir a lo razonable nos resultará la mayor de las veces una herramienta de poca utilidad para sopesar el ejercicio de las potestades discrecionales del fiscal, ya que, generalmente, las diversas opciones por las que puede inclinarse ya se considerarán así y solo muy pocas podrán calificarse como irracionales o absurdas, las que normalmente *motu proprio* serán descartadas por dicho funcionario (MacCormick, 2000: 408; Segura: 1998: 122; Atienza, 2006: 55).³¹ Aún más, si ob-

30. En lo que específicamente tiene relación con el Ministerio Público, nuestro Tribunal Constitucional se ha encargado de reafirmar que el ejercicio discrecional de las diversas prerrogativas que se han otorgado a este, no importa la arbitrariedad en su desempeño, ya que «esta hipótesis se encuentra excluida por el conjunto de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que reglan sus potestades y que establecen el control jerárquico y jurisdiccional de su actuación» (Sentencias del Tribunal Constitucional, roles 1467-2009, 2009, considerando 11; 1445-2009, 2010, considerando 15; y 1394-2009, 2010, considerando 18).

31. Con respecto a esto, MacCormick, en relación con el carácter procedimental de la deliberación razonable expone que, bajo la luz de los valores, intereses y propósitos humanos, «uno debe considerar todo lo que es relevante y asumir una postura imparcial para asignar peso o importancia relativa a valores o intereses relevantes en relación con el contexto. Pero diferentes personas pueden estar en desacuerdo sobre cómo precisamente ellos hacen estas asignaciones de importancia relativa y los pesan unos con otros. Puede haber errores obvios de parcialidad o anomalías notorias en esas diferencias pero, más allá de eso, es difícil o imposible mostrar que una perspectiva es superior a la otra. Si las personas evitan una conducta caprichosa y observan cierta decente constancia en sus juicios a lo largo del tiempo, mientras se mantienen abiertas a revisar sus opiniones a la luz de argumentos razonados, ellas no son no razonables solo porque tienen una opinión diferente de la mía o de la tuya». Más severo es Segura, que arguye que las doctrinas que utilizan la razonabilidad o lo razonable como punto central de su argumentación al estilo de Recasens o Perelman «se quedan en un alto grado de indeterminación porque no acaban de precisar cuándo y en qué condiciones es posible hablar de una decisión razonable. Apelar al consenso o a la aceptabilidad racional como hace Aarnio tampoco soluciona el problema». Nos encontramos, por consiguiente, continúa Segura, ante un concepto claramente indeterminado que, además, posibilita la justificación de

servamos que ni siquiera las teorías de la argumentación, ya sea formales —Alexy— o sustanciales —Perelman— han logrado solucionar el problema de la racionalidad de la decisión jurídica, asumiendo con desazón solo la posibilidad de alcanzar un control judicial ciertamente relativo, cuya finalidad básica es la de evitar que las sentencias sean arbitrarias o irracionales (Segura, 1998: 125), resultará más difícil todavía pronunciarse sobre dicha racionalidad en relación con decisiones fundadas en pautas extrajurídicas de oportunidad o conveniencia, debiendo conformarnos, a lo más, con un control judicial externo y negativo a su respecto, no para sustituir la decisión razonable del fiscal por otra estimada más razonable por el juez, sino nada más para excluir aquellas decisiones irracionales o absurdas.

MacCormick (2000: 414) concluye que si quien decide lo ha hecho razonablemente, la decisión no puede ser anulada por los tribunales solo por el hecho de que esta es errónea en cuanto a sus méritos. Esta puede ser revisada y anulada solo si la decisión es tal que una persona razonable no la habría adoptado después de evaluar razonablemente todas las consideraciones relevantes.³²

Ya en el ámbito propiamente penal, adviértase que incluso en el sistema norteamericano, que como es bien sabido a esta altura concede amplia discrecionalidad al fiscal, se ha estimado que el juez solo puede rechazar un acuerdo entre persecutor y defendido cuando se entendiese que es producto de un abuso en la discrecionalidad del primero (*United States con Ammidown*, 497 F. 2d 615 [D.C. Cir. 1973]). En Inglaterra y Gales por su lado, se autoriza la revisión judicial sobre el ejercicio de la discrecionalidad de los fiscales que sea completamente irracional (Ambos, 2007: 313).

En definitiva, no puede reemplazarse la discrecionalidad de un funcionario por otro, porque el Ministerio Público es un par de la jurisdicción y no su agente ejecutor —o un auxiliar de la administración de justicia en un lenguaje más habitual para nosotros—, por tanto, está en igualdad de condiciones en la administración de justicia, posición en la cual es llamado a efectuar un juicio jurídico independiente (Roxin, 2000: 48).

varias decisiones simultáneamente, es decir, que la razonabilidad se presenta como una exigencia de la justificación, pero no dice cuál de las decisiones razonables debe ser preferida. Según Atienza, actualmente es observable entre los autores —mencionando a MacCormick—, una concepción entre cuyas notas destacables y comunes se encuentra la convicción de que existen criterios objetivos que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso.

32. Los tribunales ingleses, al enjuiciar los actos de la Administración, usan a este propósito el test derivado del caso *Wednesbury* (*Associated Provincial Picture House Ltd. con Wednesbury Corporation*, de 1948). Como lo expresó en la ocasión Lord Greene, los jueces han de realizar un control objetivo de que la alternativa elegida por el órgano administrativo no es irrazonable. Los tribunales deben hacer un control negativo, verificando que no sea irracional o absurda la decisión adoptada por la Administración, la que tendrá este carácter cuando ninguna persona sensata la aceptaría. Pero debe tenerse en cuenta que no se trata de valorar la decisión de la Administración, ni de usar como parámetro de control las propias opiniones del tribunal, ya que no se trata de determinar cuál sería la mejor decisión, sino de establecer que la medida controlada no sería razonablemente adoptada por ninguna persona sensata. Citado por Muñoz (2004: 576).

El constitucionalismo y su incidencia en la limitación de la potestad discrecional del fiscal

Como contexto general, podemos principiar afirmando que «la idea de limitar el poder —cualquiera sea la forma en la que este se constituye— es una constante en la historia de la humanidad y es el punto de partida del constitucionalismo» (Nash, 2010: 64). El Estado constitucional (Atienza, 2006: 17)³³ que actualmente ha sustituido al Estado legislativo en la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales y en el nuestro, por cierto, favorece e incentiva, a la luz y confrontación de la preceptiva constitucional, el cuestionamiento y escrutinio tanto de los límites de la discrecionalidad del fiscal del Ministerio Público como de los demás órganos públicos encargados de la aplicación de la ley penal.

Mucho hemos avanzado desde esa significación imperante en parte del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial en el siglo XX, que conceptuaba a la Constitución como una simple pieza lógica-sistemática presente en cualquier Estado, un concepto formal y abstracto hasta el extremo, una pura realidad estructural de hecho, sea cuales sean los valores que expresara (García de Enterría, 1988: 98), y en la cual a cualquier órgano público le habría bastado para considerar su actuar ajustado a la Constitución el desempeñarse en el marco formal de sus competencias y facultades. Actualmente, en cambio, actuar en obediencia a la Constitución demanda, además, el sometimiento al contenido material que ha recogido y expresado, sobre todo, mediante la incorporación de un catálogo de derechos individuales de las personas frente al Estado y sus garantías.

La limitación del poder, que constituye un principio esencial del constitucionalismo, requiere de manera imprescindible que, en el momento de fundar o constituirse un poder, se defina su campo propio de actuación y consecuentemente sus límites (García de Enterría, 1988: 102-103; Atienza, 2006: 17).³⁴ No obstante, de acuerdo con lo expresado antes, estos límites pueden reducirse aún más, moderando consiguientemente el poder o potestad en casos particulares, cuando su concreto ejercicio pudiere vulnerar un derecho fundamental.

El análisis a nivel constitucional de las potestades del fiscal del Ministerio Público resulta insoslayable si se considera que, a través de dichas potestades, se regula la titularidad y el ejercicio de la acción penal, ámbito que afecta a lo más profundo de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y, además, entraña un problema de reparto de atribuciones y control del poder dentro del aparato estatal. Precisamente porque hace referencia a un problema jurídico-político básico, la titularidad y el ejercicio de la

33. Por Estado constitucional, siguiendo a Atienza, entenderemos aquel en que la Constitución contiene: a) una distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales; b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del derecho; y c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes.

34. El Estado constitucional, señala Atienza, limita el poder de cualquier órgano estatal, el que tiene que justificarse en forma mucho más exigente. En realidad, el ideal de Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón.

acción penal merecen ser examinados no solo desde un punto de vista procesal, sino también desde el constitucional en relación con el fundamento, la organización y los límites del poder (Diez-Picazo, 2000: 11-12).

En la línea de este constitucionalismo, nuestra Carta Fundamental recoge, en su artículo 6, el principio de supremacía constitucional, que «afirma que la Constitución es, en el fondo y en su forma, la Ley Suprema del Estado-Nación, a la cual deben someterse todas las demás normas jurídicas y tanto las decisiones de los gobernantes como las conductas y actos jurídicos de los gobernados» (Cea, 2002: 239). Esa norma consagra dos principios igualmente relevantes y complementarios para la actividad del fiscal. En primer orden, otorga «fuerza normativa directa» a la Constitución, sin que sea necesario que medie entre esta y el fiscal del Ministerio Público otra norma jurídica que desarrolle y haga imperativo obedecer sus disposiciones y, en segundo término, reconoce un «bloque de constitucionalidad» (Cea, 2002: 244; Nash, 2010: 167),³⁵ más comprensivo que la mera preceptiva constitucional.

Todo esto implica, en buenas cuentas, que la preceptiva constitucional es derecho que debe ser directamente aplicado por el fiscal al ejercer sus potestades, compeliéndolo a optar por la o las alternativas que no confronten la Constitución (Favoreu, 2001: 35; García de Enterría, 1988: 140-142).³⁶ Sin embargo, pese a esta fuerza normativa del texto constitucional, así reafirmada por la doctrina nacional (Cea, 2002: 244), sus normas no forman parte de los instrumentos habitualmente utilizados por el fiscal para orientar sus decisiones, las que suelen regirse solo por mandatos legales expresos. Este fenómeno puede responder a que los fiscales no han adquirido lo que se ha denominado el «reflejo constitucional», es decir, «la reacción consistente en preguntarse, en cualquier juicio, si los aspectos constitucionales no deben ser traídos a colación» (Favoreu, 2001: 38).

No obstante, siendo uno de nuestros postulados poner en pie «la certeza jurídica», duramente golpeada por los embates del mal uso de la discrecionalidad del fiscal, debemos ser muy cautos con el fin de evitar repetir la tendencia desformalizadora del neoconstitucionalismo (Aldunate, 2010: 79-102; Núñez, 2010: 523-541).³⁷ No pretende-

35. Nash hace referencia a su noción, así como su origen en el constitucionalismo francés y español.

36. Favoreu evidencia que las reglas constitucionales actualmente son consideradas directamente aplicables tanto por el juez ordinario como por las autoridades administrativas o los particulares, sin necesidad de ley para hacerse «operacionales». García de Enterría, por su lado, indica que la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar este en cualquier momento de su aplicación —incluyendo los órganos administrativos— en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales. Agrega que el principio de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución, si bien nacido en la justicia constitucional, ha venido a revelar un verdadero principio general del ordenamiento que, por tanto, resulta de necesaria aplicación universal, por los tribunales, pero también por los operadores jurídicos públicos y privados de cualquier carácter.

37. Nos sumamos a Aldunate cuando sostiene que no hay claridad sobre lo que sea el neoconstitucionalismo, y de ahí que solo puedan entregarse unos rasgos propios de los que parece constituir el núcleo de

mos valernos de normas constitucionales redactadas en términos amplios y alusivas a principios morales, para erigir ahora al juez en instructor y acusador del proceso penal. Por el contrario, la vaguedad de las normas constitucionales dejará una «zona de constitucionalidad» amplia en la cual puede desplazarse el fiscal, debiendo encenderse el control judicial únicamente cuando se superen los contornos de dicha zona. Ahora, ya que dichos contornos pueden ser difusos —así será el mayor número de veces— y a fin de precaver que la revisión judicial se transforme en un mero reemplazo de la discreción de un funcionario por la de otro, sostenemos que debe operar una deferente presunción a favor de la constitucionalidad de la decisión adoptada por el persecutor, que preserve el carácter negativo y externo de la revisión judicial. Nuestro reclamo, como ya se habrá advertido, apunta a que ese control, no obstante alguna manifiesta inconstitucionalidad de la acción de la Fiscalía, nunca se activa.

Limitación de la discrecionalidad del Ministerio Público por los principios jurídicos

En relación con los principios jurídicos,³⁸ sean o no constitucionales —aun cuando es innegable la mayor relevancia de estos últimos por su superioridad jerárquica y fuerza expansiva— (García de Enterría, 1988: 139; Díez-Picazo, 2000: 14; Cea, 2002: 243),³⁹ nos interesan los que operan en el contexto del sistema secundario o de los órganos jurídicos, es decir, los dirigidos a guiar —entre otras funciones— la aplicación de normas (Atienza y Ruiz Manero, 1991: 106).⁴⁰ En este contexto, los principios, en sentido estricto, entendiendo por ellos las normas que expresan los valores superiores de un

una etapa del constitucionalismo post Segunda Guerra Mundial, que tampoco es generalizable a todos los ordenamientos y tradiciones jurídicas. Similar diagnóstico efectúa Núñez. No obstante, nos interesa destacar la cualidad del neoconstitucionalismo a la que principalmente apuntan sus críticos: su peligrosa amalgama con la redacción en términos amplios de normas constitucionales que hacen referencia a principios morales, enfatizando la aplicabilidad de los principios constitucionales al igual que las leyes ordinarias, interpretados a través de un proceso de ponderación y balance en vez de subsunción, que conllevan a una concepción del derecho «líquida» o «flexible», con jueces (y ciencia del derecho) que ya no sirven a la ley, sino que tienen un deber más fundamental con la Constitución, en cuyo cumplimiento se erigen en juez del legislador. Sobre este asunto, véase Atria (2004: 118).

38. Sobre las acepciones más significativas de «principio jurídico», véase Atienza y Ruiz Manero (1991: 103). En cuanto a la función de los principios, véase Prieto (1992: 157).

39. Como señala García de Enterría, «los principios constitucionales constituyen los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la Constitución misma.» A lo que Díez-Picazo agrega una «innegable fuerza expansiva a la hora de interpretar disposiciones dictadas por el legislador. Así, en particular, si la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal está recogida en el texto constitucional, será inevitable interpretar a la luz de la misma todo el estatuto del Ministerio Fiscal». En el entorno doctrinal nacional, Cea indica que, entre las normas y los principios que componen el bloque de constitucionalidad, son más importantes estos últimos, porque son preeminentes, atendido su rango más elevado, tienen aplicabilidad más amplia, su fuerza interpretativa es mayor y son de más larga duración.

40. Distinguen este contexto de los principios del sistema primario o del súbdito utilizando, como estos autores reconocen, la terminología de Alchourrón y Bulygin con alcances diversos.

ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etcétera, si bien son mandatos de optimización en el sentido de que sus condiciones de aplicación están configuradas de forma abierta, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual exige una ponderación de los factores relevantes que el caso presente, con los principios y reglas que jueguen en sentido contrario, todo lo que no impide, que una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, este exija un cumplimiento pleno (Atienza y Ruiz Manero, 1991: 104, 110, 112-113).⁴¹

Corolario lógico de lo anterior, es que la actuación de los principios jurídicos debe anticiparse a la discrecionalidad del fiscal dentro del proceso justificativo a que da lugar el uso de una potestad de ese tipo, acotando su campo de elección al excluir algunas de las alternativas entre las que primariamente podía optar (Atienza y Ruiz Manero, 1991: 117; Prieto, 1992: 154).⁴² En otras palabras, el fiscal, ante la existencia de un principio jurídico atingente a la materia a arbitrar y dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, está obligado a preferir la o las soluciones que resulten más acordes con él o que mejor optimicen el fin propuesto por la norma (Alexy, 2012: 350),⁴³ desechando las otras que se aparten o resulten menos fieles a su sentido (Prieto, 1992: 155)⁴⁴ y, si aún queda una pluralidad de alternativas, podrá decidir discrecionalmente entre ellas (Ferrajoli, 2001: 169).⁴⁵

41. Quienes diferencian la operación de los principios explícitos o implícitos. Mientras los primeros son razones no perentorias para la acción independientes del contenido, las segundas no son ni perentorias ni independientes del contenido. Así, los principios explícitos deben formar parte del razonamiento justificatorio de las decisiones del fiscal en la misma forma que las reglas, por su origen en una determinada fuente, en cambio, los implícitos entran a formar parte del razonamiento del fiscal por cierta cualidad de su contenido. Ambos tipos no son perentorios, por cuanto no están destinados a excluir la deliberación por parte del fiscal acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza con respecto a otras razones (otros principios) ha de ser ponderada por el propio fiscal.

42. Como precisan Atienza y Ruiz Manero —y en correcta contradicción con Dworkin—, para distinguir un caso fácil de otro difícil, debe haberse ya agotado el recurso a los principios explícitos o implícitos recogidos por el sector normativo. Un caso será fácil, entonces, solo si la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla, no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate.

43. Quien aclara que los principios, a diferencia de las reglas que pueden cumplirse o incumplirse, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por esto, son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende tanto de las posibilidades fácticas como jurídicas, determinándose estas últimas mediante reglas y principios que juegan en sentido contrario.

44. Prieto expresa que la función como norma secundaria de los principios consistiría en contribuir a dotar de sentido a otra disposición normativa, limitando o ampliando su significado lingüístico o, incluso, anulándolo si resulta por completo incompatible con el sentido del principio. Los principios, como norma primaria, están llamados a disciplinar directamente un supuesto de hecho cualquiera.

45. En relación con la interpretación judicial de normas penales, Ferrajoli nos entrega una mirada uti-

Limitación de la discrecionalidad del Ministerio Público por su autorregulación

También puede contribuir a reducir el ámbito de lo discrecional, la propia definición que el Ministerio Público realice de las potestades de sus fiscales mediante las normas que dicte y las directrices e instructivos que formule, los cuales deberán considerarse parte del ordenamiento jurídico vinculante para las actuaciones de dicho organismo y sus representantes (Muñoz, 2004: 513).⁴⁶

Como explica Hart (1961: 163-165), a veces se advierte que la esfera a ser controlada jurídicamente es un campo en que las características de los casos individuales variarán tanto en aspectos socialmente importantes y de modo impredecible, que el legislador no podrá formular útilmente y por anticipado reglas generales para ser aplicadas de caso a caso sin nuevas directivas oficiales. Para regular esta esfera, puede prescribir guías muy generales y delegar en un cuerpo administrativo creador de reglas, familiarizado con los diversos tipos de casos, la tarea de modelarlas y adaptarlas a las especiales necesidades de estos.

Pues bien, algo similar a lo descrito se observa en la relación entre el legislador y la regulación que emana de los instructivos que dicta el Ministerio Público en uso de la superintendencia directiva, correccional y económica que la Constitución le otorga (Aldunate, 2009: 387-389),⁴⁷ que le permite adaptarla y variarla según la necesidad de orientar o reorientar su política de actuación, con menor complejidad que un cambio legal referido a una potestad específica. Así, si ya resultaría una ardua labor para el legislador fijar los delitos que actualmente comprometen gravemente el interés público, con respecto a los que veta al fiscal la posibilidad de renunciar o abandonar la persecución penal (Código Procesal Penal de la República de Chile, 2000: artículo 170), resultaría irrealizable catalogar los que en el porvenir lo comprometerán. Por esto, la

lísima para robustecer nuestra propuesta. Asume este autor que la interpretación de las normas penales abre incertidumbres insolubles en el plano cognoscitivo, dejando espacio al poder de disposición del juez, es decir, al decisionismo inevitablemente informado por criterios subjetivos de justicia sustancial o políticos. Sin embargo, a renglón seguido, destaca que esta ilegitimidad estructural no exonera al juez del deber y responsabilidad de sus decisiones y de que sean justificadas, cambiando solo el instrumento de la motivación, que no serán ya aserciones cognoscitivas susceptibles de verificación y confutación, sino solo o predominantemente principios generales del ordenamiento, es decir, principios políticos expresamente enunciados en las constituciones y en las leyes o implícitos en ellas, extraíbles mediante elaboración doctrinal. Reconoce, no obstante, este autor, que los principios generales no tienen más que una débil capacidad de vincular las decisiones, ya que en realidad operan como valores de justicia sustancial, no definibles en abstracto y en ocasiones incompatibles entre sí, exigiendo elecciones y valoraciones irreductiblemente discrecionales que remiten a la responsabilidad política y moral del juez.

46. Así se ha entendido en el derecho administrativo, en relación con la definición de los intereses generales a los que debe atender la Administración.

47. Aldunate sistematiza las que denomina «facultades normativas del Ministerio Público», mencionando la superintendencia directiva, correccional y económica del artículo 91 de la Constitución y su relación con el artículo 17 de la Ley 19.640 orgánica constitucional del Ministerio Público, que incluye, en su letra a), las instrucciones generales que puede dictar el fiscal nacional, calificándola como potestad reglamentaria.

ley solo califica de esta forma algunos casos en que estima que las circunstancias particulares, actuales y venideras, no modificarán la necesidad de sancionarlos penalmente (delitos cometidos por funcionario público y cuyo mínimo de pena excede los 540 días de privación de libertad), dejando el resto a la especificación del Ministerio Público a través de sus instructivos.⁴⁸ En este caso, la autoridad de este organismo es la que define lo que compromete el interés público, participando en el proceso de creación de normas regulando la actuación discrecional de sus fiscales, ante la imposibilidad de que sea planteada la existencia de una única respuesta correcta, la que no pasaría de ser un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto (Hart, 1961: 164).

La autorregulación del Ministerio Público ocasiona así una transformación de lo discrecional en reglado, predeterminando el sentido en que sus fiscales tendrán que pronunciarse en los supuestos concretos futuros (Matus, 2006: 312-313).⁴⁹ Cuando esto suceda, la actuación posterior del fiscal consistirá simplemente en constatar que los hechos reúnen las características previstas anticipadamente y las decisiones correspondientes se adaptarán al programa (Muñoz, 2004: 520; Raz, 1986: 261).⁵⁰ Esto, sin embargo, no impide que en el futuro el Ministerio Público cambie la orientación de su política, precisamente porque posee potestades discrecionales para definirla.

Ahora bien, regular sus propias actuaciones puede llegar a ser un imperativo para el Ministerio Público, sobre todo cuando sus decisiones puedan afectar derechos constitucionales de terceros (Piedrabuena, 2016: 122).⁵¹ Todo ciudadano, como potencial

48. Estos instructivos no lograrán esta exhaustividad como para suprimir todo espacio de indeterminación, de modo que, para colmar ese margen, el persecutor que dirige la investigación concreta también participará, en cierta forma, en la producción de una regla más detallada dentro del marco parcialmente incompleto existente.

49. Como sostiene Matus, «lo verdaderamente importante en este aspecto es que al expresarse tales políticas en instrucciones de política general, pueda esperarse que ellas sean ejecutadas uniformemente por los fiscales adjuntos de todo el país, de manera que [...] la decisión estratégica que se adopte no esté gobernada por el humor o por el lugar donde se encuentre el fiscal adjunto de turno, sino por criterios de igual aplicación en todo el país».

50. Muñoz aborda ese derrotero, pero en el ámbito administrativo, si aceptamos el análisis y las conclusiones de Raz sobre el rol de las reglas como razones de la acción y lo trasladamos a la materia en estudio, podemos plantear que, habiendo adoptado la autoridad superior del Ministerio Público como regla un determinado criterio de actuación, el fiscal solo tiene que decidir si atenerse a dicha regla en el caso particular, sin que deba evaluar los méritos del caso tomando en consideración todos los hechos pertinentes. Debe omitir el fiscal esto último, ya que la autoridad del Ministerio Público ya ha decidido por él seguir una regla, la que actúa como razón excluyente para guiar su comportamiento ante estos casos. Ocasionalmente, se podrá examinar la justificación de la regla misma, sin embargo, si se la reexamina en cada ocasión en que se aplica, entonces el criterio de actuación de la autoridad del Ministerio Público no debe considerarse una regla.

51. Idea base en la configuración de las potestades del Ministerio Público, como revela lo expuesto ante el Senado por la entonces titular del Ministerio de Justicia: «Buscamos concentrar las funciones investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten, por lo tanto, más fáciles de controlar y fiscalizar [...] Los diversos mecanismos de control diseñados, entre ellos la existencia de jueces

infractor de la ley penal o interviniente en el proceso, tiene derecho a poder anticipar, dentro de ciertos márgenes de razonabilidad, las decisiones que en ejercicio de una potestad discrecional adoptará cualquier fiscal que accione en su contra o conduzca un caso que le afecte, lo cual solo puede conseguirse mediante la unificación de los principales criterios de actuación por parte de la autoridad superior del Ministerio Público, como mecanismo capaz de garantizar que en lo posible no imperen, en contradicción al artículo 19, número 2, inciso 2, de la Constitución, diferencias arbitrarias por parte de los fiscales frente a situaciones analogables.

Desde esta óptica garantista, esta posibilidad de la autoridad del Ministerio Público para dictar directrices que uniformen el ejercicio de las potestades discretionales de sus fiscales, no persigue —como errónea y usualmente se suele creer— el objetivo menor de facilitar el trabajo de estos, sino, como ya hemos mencionado, otro mucho más trascendente y sustancial, como lo es elevar las cotas de seguridad y previsibilidad de las decisiones de los distintos fiscales del Ministerio Público, y con ello propender a un trato igualitario de los afectados por sus decisiones (Muñoz, 2004: 513).⁵² Así entendida esta autorregulación, su observancia por los fiscales no solo podrá requerirse por la superioridad jerárquica de la propia institución, sino también por quienes se vean afectados por una instrucción particular o acusación que conlleve un trato diverso al que imponen dichos instructivos generales, de los cuales el fiscal se aparte injustificadamente en el caso específico.

Un presupuesto necesario y habilitante para que esta vinculación obligatoria de los instructivos aspire a alguna operatividad, es su publicidad, ya que siendo los mismos la expresión de la programación general del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, en ningún sistema democrático esta debiera ser un secreto para la ciudadanía.

Limitación de la discrecionalidad del fiscal del Ministerio Público por su actuación precedente

Acorde al concepto de discrecionalidad que postulamos, el contenido de ciertas decisiones de esta naturaleza que el fiscal adopte no estará regulado en el derecho. Esto, sin embargo, no debe hacernos creer que esa determinación carecerá de toda previsibilidad, siendo el resultado de una actuación arbitraria con respecto a la cual no existirá ningún tipo de control. En la concepción del derecho basada en la democracia occidental y generalmente aceptada, no todo uso del poder legal es aceptable, ya que la autoridad no debe tomar sus decisiones impulsivamente, por casualidad o de manera

de control de instrucción que acompañarán permanentemente al fiscal para velar por las garantías de las personas, permiten que, no obstante la exclusividad con que se reviste el Ministerio Público en materia de investigación criminal, existan sistemas de revisión e impugnación ante los órganos judiciales con respecto a las decisiones adoptadas por el Ministerio Público. Vale decir, si este último se ha excedido o ha cometido un acto arbitrario, podrá recurrirse a través de las instancias correspondientes ante el Poder Judicial en contra de dicha decisión».

52. Véase en relación con la Administración.

que oscile en forma imprevisible: Al contrario, se espera que adhiera lo más posible a la certeza jurídica (Aarnio, 1991: 26; Prieto, 1993: 64).⁵³

Una forma de evitar que la arbitrariedad germine en el campo de la discrecionalidad del fiscal, es asimilar, en algún sentido, al componente reglado de una potestad, el respeto a lo decidido en ocasiones precedentes de su ejercicio (Muñoz, 2004: 529),⁵⁴ objeto para el cual una de las reglas fundamentales del discurso práctico racional de la «universabilidad» adquiere singular significación. Por esta regla, «todo hablante solo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes» (Alexy, 2012: 187). De esa forma, si el fiscal sostiene que el imputado «A» merece cierto trato jurídico porque reúne determinada propiedad o se halla en determinada situación, y si está dispuesto a actuar coherentemente, debe aceptar que cualquier otro imputado reciba idéntico trato si se da la misma propiedad o situación. Esto implica que el sujeto «A» solo debe quedar sometido a la solución normativa «N» si estamos dispuestos a aplicar la misma regla a todo aquel que se encuentre en el mismo caso (Prieto, 1992: 163; Aarnio, 1991: 256-257; MacCormick, 2005: 91; Weschler, 1965: 1011-1012).⁵⁵

La regla de universabilidad tiene precisamente, como consecuencia relevante, el respeto al propio precedente del cual, si el fiscal quiere apartarse, debe hacerlo asumiendo la carga argumentativa de tal modificación, ya que el espacio que deja la discrecionalidad no puede ser llenado con soluciones cambiantes e incompatibles entre sí, que contradigan la exigencia de consistencia y la mencionada universabilidad (Alexy, 2012: 264-265).⁵⁶

53. Prieto agrega, en relación con la racionalidad de la decisión judicial, que tanto la hermenéutica como la nueva retórica han puesto de relieve que allí donde termina la vinculación a la ley, no comienza sin más el arbitrio subjetivo, manteniéndose la argumentación judicial como un proceso racional.

54. Véase en relación con la Administración.

55. Prieto es de igual opinión en relación con los principios y el criterio de universalización. Aarnio, dentro de las condiciones necesarias del discurso racional, trata este principio como «reglas de generalización». MacCormick, por su parte, añade que para que un acto dado sea correcto a causa de determinadas características, un conjunto de ellas, o de una situación, materialmente el mismo acto debe ser correcto en todas las situaciones en las cuales materialmente las mismas estén presentes. Esto, sujeto a la excepción de que adicionales y relevantes características puedan estar presentes alterando el resultado correcto, excepción que será válida solo si a su vez tiene la misma calidad universal. Se emparenta esta propuesta con la teoría de los principios neutrales formulada por Weschler quien, en relación con la interpretación de *open-ended concepts* de la Constitución, sostiene que las decisiones de las Cortes deben ser genuinamente de principio, de modo que aunque las Cortes deciden o deben decidir solo el caso que tienen ante ellos, deben hacerlo en bases de una adecuada neutralidad y generalidad, testeada no solo por su inmediata aplicación, sino por los otros casos previsibles que el principio implica (una tesis ya planteada en 1959: 15. Sobre la importancia de los principios neutrales, véase Greenawalt (1978: 982-1021).

56. Conviene despejar que no aludimos ni a la fuerza vinculante de la doctrina de los tribunales superiores, ya que tratamos asuntos cuya determinación la ley reserva celosamente al Ministerio Público y no a los jueces; ni al principio de protección de la confianza legítima en la actuación de la Administración, cuyo origen se halla en el desarrollo experimentado por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, ya que

No debe subestimarse este criterio de universalidad teniéndolo como una mera exigencia del discurso práctico, sin carácter jurídico y, por ende, no vinculante para el fiscal, ya que su importancia radica en su directa conexión con el requerimiento constitucional de un trato igualitario y de seguridad jurídica que puede derivarse del mismo (Ferrajoli, 2001: 173; MacCormick, 2005: 91).⁵⁷ De este modo, el alejamiento injustificado de una determinada manera de ejercer una potestad discrecional por el fiscal, viola el derecho a recibir un trato igualitario de parte de un órgano estatal como el Ministerio Público, que igualmente afecta la seguridad y expectativas que los ciudadanos tenían de su comportamiento frente a un determinado supuesto de hecho (*Wayte con United States*, 470 U.S. 598 ([1985])).⁵⁸ De no obrar así, esto debiera ser revisado y, en su caso, enmendado por las autoridades y jefaturas del propio Ministerio Público en ejercicio del control jerárquico de una actuación de un fiscal que se aparta del principio de objetividad (artículos 3 y 7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público).

Todo esto, sin embargo, no debe derivar a una especie de inmovilismo, sino que debe tomarse más bien como un test o una garantía suplementaria de la corrección del razonamiento y de la decisión del fiscal (Greenawalt, 1978: 994),⁵⁹ ya que el progreso en la gestión e implementación de sus políticas criminales también debe ser uno de sus objetivos prioritarios. Adviértase, por lo demás, que un ciego seguimiento del precedente implicaría que el fiscal podría justificar su decisión en un argumento de autoridad basado en la tradición y no en que ella sea la mejor decisión o la más plausible en el caso concreto.

su regulación en ese derecho tiene relación con el ámbito procedimental y con las posibilidades de revocación de los actos administrativos, sean estos legales o no (Bermúdez, 2005: 83-105), escenario diverso al que aquí nos preocupa, es decir, que las decisiones que en el ejercicio de potestades discrecionales adopte un fiscal en el presente con respecto a un imputado, se reiteren en el futuro con respecto a otros si aquel y estos se encuentran en situaciones semejantes.

57. Ferrajoli considera la (relativa) coherencia con los precedentes jurisdiccionales y, por tanto, de la paridad de tratamiento en casos (relativamente) iguales, como uno de los principios generales del ordenamiento que controlan los juicios de valor del juez. MacCormick plantea la universalidad como una exigencia de trato imparcial, señalando que cualquier compromiso de imparcialidad entre diferentes individuos y casos, supone requerir que las bases del juicio del caso concreto sean consideradas repetibles en futuros casos.

58. La jurisprudencia norteamericana, precisamente fundada en la cláusula constitucional de igualdad ante la ley, ha desarrollado la defensa de *selective prosecution*, que se configura al demostrar que el imputado ha sido tratado de manera diferente a otras personas en similares circunstancias y, además, que la decisión concreta acerca de su persecución se fundó en circunstancias ilegítimas como la raza, la religión o las creencias políticas.

59. Greenawalt, explicando los límites de la tesis de los principios neutrales, señala que Weschler no escribió sobre el peso que debe ser dado al precedente, sino sobre métodos de justificación, de modo que lo exigido por los principios neutrales no es que la Corte siga la doctrina sentada por sus colegas o por él mismo —frente a los nuevos hechos, puede reconocer que el caso anterior fue erróneamente decidido o que hay importantes diferencias entre ambos casos que debe llevar a un resultado contrario— sino que, mirando hacia el futuro, se comporte como si estuviese sentando un precedente.

Conclusión

El diseño institucional del Ministerio Público y la regulación normativa de sus actuaciones en el ejercicio de la acción penal pública, tanto al investigar como al acusar, implicó entregarle amplias potestades discrecionales que, en muchos casos, carecen de control judicial y, en otros tantos, responden a una inhibición de la propia judicatura.

El escenario descrito preocupa, ya que encierra el peligro de que en su uso se abra espacio a la arbitrariedad afectando derechos y garantías de los intervinientes en el proceso penal, como ocurre en sistemas foráneos y se ha podido vislumbrar por la doctrina también en nuestro país, a propósito de la actuación de los persecutores en procedimientos de término basados en la autoincriminación.

La delimitación y racionalización de estas potestades requiere una comprensión adecuada de la discrecionalidad, a lo cual puede contribuir, *mutatis mutandi*, el desarrollo dogmático del derecho administrativo y de la teoría del derecho, lo que permitirá ofrecer herramientas que contribuyan a cerrar espacios a la arbitrariedad y al trato desigual injustificado.

Es necesario relevar que toda potestad —sea o no reglada— de un órgano público, entre ellos el Ministerio Público, procede directamente del ordenamiento jurídico, por lo que, el imperio del principio de juridicidad o legalidad conlleva que el fiscal solo puede apartarse de las reglas y principios que, en general, regulan una materia y aplicar discrecionalidad, conforme a una política de actuación propia, cuando la ley lo autorice. Esto obliga al persecutor, frente a una potestad, a desentrañar primero su contenido y alcance antes de comprenderla como discrecional.

El concepto de discrecionalidad al que aludimos es más amplio que la no obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal. Entendemos la potestad discrecional como la que permite al Ministerio Público, a través de sus fiscales, fijar su propia política de actuación y optar, dentro del marco de la legalidad, entre diversas decisiones, indiferentes e igualmente válidas para el ordenamiento. Esto la contrapone a la potestad reglada, en la que el legislador determina exhaustivamente las condiciones de su ejercicio, construyendo un supuesto legal completo.

Esta noción importa una remisión del legislador a la apreciación subjetiva del fiscal en la definición de su actuación, entendida como la elección, entre alternativas posibles no vinculantes por la ley, de la que mejor se adecúe a la política pública del Ministerio Público, mediante una argumentación consecuencialista que identifique la que mejores resultados proporcione en orden a su satisfacción.

En cuanto a las alternativas de limitación y racionalización de las potestades discrecionales del fiscal, en primer término debemos recurrir al principio general del derecho público que obliga a las autoridades públicas a actuar de modo razonable, proscribiendo la arbitrariedad. Sin embargo, su incidencia es acotada en cuanto solo permite la exclusión, en la medida que existan mecanismos de control, de aquellas cuya falta de razonabilidad sea notoria, dejando aún múltiples opciones abiertas.

Los aportes del constitucionalismo también deben traerse a colación como herra-

mientas útiles al caso, al entender la Constitución como limitación del poder y del sometimiento al contenido material de sus preceptos por cualquier órgano, en el particular caso del Ministerio Público, como titular de la acción penal, ámbito que afecta profundamente las relaciones entre Estado y ciudadanos. El principio de supremacía constitucional obliga a todo fiscal a que, a la hora de ejercer sus potestades, se oriente en la Constitución y opte por las decisiones que no la confronten.

Los principios jurídicos, como normas que expresan valores superiores del ordenamiento jurídico y como mandatos de optimización que exigen ponderación en su aplicación práctica, obligan al fiscal a acudir a ellos tempranamente en el proceso justificativo del uso de su potestad discrecional, excluyendo opciones a las que, en un comienzo, podría echar mano por afectar alguno de estos principios atingentes al caso, y optimizándolos de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

La autorregulación del Ministerio Público de las potestades discrecionales de sus fiscales, a través de sus directrices e instructivos generales, reduce también el ámbito de las mismas, al ajustarlas a la política criminal institucional. Una realidad social siempre cambiante requiere que este órgano administrativo pueda crear reglas, que a su vez garanticen seguridad, anticipación y certeza a los intervinientes del proceso penal, resguardando un trato igualitario por los fiscales, quienes deberán justificar cuando el caso concreto avale apartarse de esta normativa.

Finalmente, ante una misma situación fáctica, el fiscal debiese actuar del mismo modo al ejercer su potestad discrecional, pudiendo variar su determinación si el caso presenta características que lo justifiquen, asumiendo la correspondiente carga argumentativa. Se trata de aspirar a la regla de universalidad del discurso práctico racional, que genere un ámbito de mayor previsibilidad y en el aspecto jurídico, apego al requerimiento de un trato igualitario.

Agradecimientos

El autor agradece a don Raúl Díaz Manosalva, magistrado del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica de Chile y magíster en Derecho con mención en Derecho Penal por la Universidad de Chile, por su muy valiosa colaboración en la corrección de los puntos observados por los árbitros a la versión original de este artículo.

Referencias


- AARNIO, Aulis (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, Robert (2012). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2.^a ed.. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALDUNATE, Eduardo (2009). «La distribución de las potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autoacordados y facultades del

- Fiscal Nacional». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33 (2): 371-390. Disponible en bit.ly/3f4L6D6.
- . (2010). «Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo». *Revista de Derecho (Valdivia)*, 23 (1): 79-102. Disponible en bit.ly/3hFTRoT.
- AMBOS, Kai (2007). *Estudios del derecho penal y procesal penal*. Santiago: Jurídica de Chile.
- ANDRÉS, Perfecto (1998). *Por un Ministerio Público dentro de la legalidad. Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto.
- ARMENTA DEU, Teresa (1991). *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU.
- . (1995) *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- ATIENZA, Manuel (1993). *Tras la Justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.
- . (2006). *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero (1991). «Sobre principios y reglas». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10: 101-120. Disponible en bit.ly/305BELK.
- ATRIA, Fernando (2004). «La ironía del positivismo jurídico». *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27: 81-139. Disponible en bit.ly/39BMwUK.
- BERMÚDEZ, Jorge (2005). «El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria». *Revista de derecho (Valdivia)*, 18 (2): 83-105. Disponible en bit.ly/2Eqcb7e.
- BETTI, Emilio (1971). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Trad. por José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- BOVINO, Alberto (1997). «La persecución penal pública en el derecho anglosajón». *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, 2: 35-79. Disponible en bit.ly/3hKFvUr.
- CEA, José Luis (2002). *Derecho constitucional chileno*. Tomo I. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- CONDE-PUMPIDO, Cándido (1989). «El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español». En Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia (editor), *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Madrid: Ministerio de Justicia. Disponible en bit.ly/33cV6bp.
- DAVIS, Angela (2007). *Arbitrary Justice. The Power of the American Prosecutor*. Oxford: University Press.
- DELGADO, Javier (1989). «El principio de oportunidad en el procesal penal (aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)». En Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia (editor), *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Madrid: Ministerio de Justicia. Disponible en bit.ly/33cV6bp.

- DEL RÍO, Carlos (2009). *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional*. Santiago: Librotecnia.
- DÍAZ, Elías (1981). *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8.ª ed.. Madrid: Taurus.
- DIEZ-PICAZO, Luis María (2000). *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Barcelona, Ariel.
- DWORKIN, Ronald (1999). *Los derechos en serio*. Trad. por Marta Guastavino. 4.ª reimpresión. Barcelona: Ariel.
- FAVOREU, Louis J. (2001). «La constitucionalización del derecho». *Revista de Derecho (Valdivia)*, 12 (1): 31-43. Disponible en bit.ly/3oUW8pk.
- FERRAJOLI, Luigi (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad por Perfecto Andrés y otros (trads). 5.ª ed.. Madrid: Trotta.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1988). *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. 2.ª ed.. Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández (2004). *Curso de derecho Administrativo*. Tomo I. 12.ª ed.. Madrid: Thomson-Civitas.
- GÓMEZ, Emilio (1951). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Tomo II. Barcelona: Bosch.
- GREENAWALT, Kent (1978). «The enduring significance of neutral principles». *Columbia Law Review*, 78 (5): 982-1021. DOI: [10.2307/1121889](https://doi.org/10.2307/1121889).
- HART, Herbert (1961). *El concepto de derecho*. Trad. por Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HORVITZ, María Inés y Julián López (2005). *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile.
- MACCORMICK, Neil (2000). «Razonabilidad y objetividad». *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, 45: 399-436.
- . (2005). *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: University Press.
- MATUS, Jean Pierre (2006). «Criterios de actuación del ministerio público en materias penales recensión del texto: “Reforma procesal penal. Oficios del fiscal nacional. Materias penales. 2001-2004”». *Ius et Praxis*, 12 (1): 305-313. Disponible en bit.ly/3hHNOA6.
- MUÑOZ, Santiago (2004). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas.
- NASH, Claudio (2010). *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*. México: Fontamara.
- NÚÑEZ, Manuel (2010). «El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 34: 523-541. Disponible en bit.ly/3hPIFHx.
- OLIVER, Guillermo (2019). «Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile». *Revista Chilena de Derecho*. 46 (2): 451-475. Disponible en bit.ly/2P336Uo.
- OTERO, Miguel (2009). «El Ministerio Público». En Humberto Nogueira (coordinador), *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Santiago: Librotecnia.

- PEREIRA, Hugo (2009). «Naturaleza del Ministerio Público y de sus funciones». En Humberto Nogueira (coordinador), *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Santiago: Librotecnia.
- PIEDRABUENA, Guillermo (2016). «Las potestades del Ministerio Público en la investigación de los delitos tributarios». *Revista de Derecho Público*, 84: 115-153. Disponible en bit.ly/3g6hO8B.
- PRIETO, Luis (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- PRIETO, Luis (1993). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos.
- RAZ, Joseph (1986). *Razonamiento práctico*. Trad. por Juan J. Urtilla. México: Fondo de Cultura Económica.
- RODRÍGUEZ, Manuel (2013). «Principios de obligatoriedad y de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal». *Revista de Derecho (Valdivia)*, 26 (1): 181-208. Disponible en bit.ly/39wllhus.
- RODRÍGUEZ, Manuel y Octavio Pino (2015). «El principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en los procedimientos jurisdiccionales basados en la auto-incriminación». *Revista Chilena de Derecho*, 42 (3): 1003-1033. Disponible en bit.ly/2EmK6xv.
- ROXIN, Claus (2000). «Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público». En Julio Maier (compilador), *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- SAINZ, Fernando (1976). *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas.
- SANTI, Romano (1964). *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. Trad. por Marino Ayerra y Santiago Sentis. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América.
- SEGURA, Manuel (1998). *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2000). *Política criminal y persona*. Buenos Aires: Ad hoc.
- SOTO PIÑEIRO, Miguel (2002). «El principio de discrecionalidad en el nuevo sistema penal». *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, 6: 167-170.
- WESCHLER, Herbert (1959). «Toward neutral principles of Constitutional Law». *Harvard Law Review*, 73 (1):1-35. DOI: [10.2307/1337945](https://doi.org/10.2307/1337945).
- . (1965). «The Courts and the Constitution». *Columbia Law Review*, 65: 1001-1014. DOI: [10.2307/1120564](https://doi.org/10.2307/1120564).

Sobre el autor

MANUEL RODRÍGUEZ VEGA es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Además, es magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca y doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Actualmente, es profesor asistente adjunto de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su correo electrónico es merodrig@uc.cl.  <https://orcid.org/0000-0001-6439-5097>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

publico@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io