

Santiago, ocho de agosto de dos mil seis.

VISTOS:

Con fecha 11 de abril de 2006, el Senador Guido Girardi Lavín interpone un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación al proceso sobre desafuero en los autos seguidos ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso de Corte N° 2257-2006.

El requirente señala que los querellantes del proceso penal por delito reiterado de injurias graves y con publicidad del 8° Juzgado de Garantía de Santiago, de conformidad con lo que señalan los artículos 416 y siguientes, del Código Procesal Penal, promovieron ante la Corte de Apelaciones de Santiago, una solicitud de desafuero, con lo cual se pretende hacer efectiva su responsabilidad penal.

Indica que el antecedente jurídico fundante de la solicitud de desafuero que se invoca es el artículo 61 de la Constitución Política, ya que el artículo 416 inciso tercero, del Código Procesal Penal resulta contrario a la Constitución, puesto que implica establecer un procedimiento en virtud del cual, con el solo mérito de la querrela y sin dar oportunidad para la presentación de pruebas por parte de la defensa, ni para una adecuada instancia de contradicción, se proceda a pronunciar el veredicto de desafuero. Ello significa establecer un procedimiento contrario a los estándares de racionalidad y justicia que exige la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución.

En consecuencia el procedimiento establecido

por la norma impugnada implica una violación a la garantía fundamental reconocida por nuestra Carta Fundamental de un procedimiento e investigación racional y justo, puesto que la prueba esta absolutamente ausente y la defensa, consecuentemente, gravemente limitada.

También sostiene la inaplicabilidad del referido inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 inciso segundo de la Constitución, ya que ella lo que busca, a través del tramite del desafuero, es que los parlamentarios no sean enjuiciados por acusaciones vertidas en su contra, sin que previamente un tribunal de alzada evalúe el mérito de los fundamentos esgrimidos en contra del Parlamentario, de modo de sopesar la gravedad y consistencia de ellos, y que se encuentre suficientemente justificada la privación de la inmunidad de que gozan los parlamentarios. Al permitir el citado artículo 416 inciso tercero, que se autorice la formación de causa con sólo los antecedentes que fluyen de una querrella, se esta violentando el sentido del citado artículo 61 de la Constitución, ya que se transforma la querrella por si sola en un acto jurídico procesal unilateral de graves consecuencias que perturba en su esencia la independencia de los Poderes Públicos.

El precepto impugnado resulta, respecto de la solicitud de desafuero, una norma decisoria, ya que es ella tanto la que ha sido esgrimida como fundante por los solicitantes en representación de los querellantes, como por el hecho que es ella la que establece la necesidad de que, antes de acoger a tramitación una querrella por

delito de acción privada, se debe formular por la Corte de Apelaciones respectiva la declaración de desafuero.

El requerimiento fue declarado admisible por la Segunda Sala del Tribunal con fecha 12 de abril de 2006.

Las observaciones formuladas por los abogados representantes de los querellantes, señalan que el fuero es una institución que significa una restricción tanto al principio de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, como del proceso debido, en la forma como lo consagra la Constitución. Para justificarlo se invocan razones vinculadas a la protección del buen funcionamiento de la actividad parlamentaria, por lo que no constituye un derecho del parlamentario.

El procedimiento de desafuero pretende salvaguardar precisamente la igualdad ante la ley, por lo que su regulación no puede ser un atentado a los derechos fundamentales de quien goza fuero. El desafuero constituye un "antejuicio", en el cual no está comprometido ningún derecho fundamental de quien goza el privilegio.

Respecto de la relación entre el procedimiento de desafuero y el proceso debido, la doctrina y jurisprudencia ha concluido que, coherente con la naturaleza y fines de ambas instituciones, no corresponde aplicar dicho conjunto de garantías al trámite de desafuero. Esta apreciación se funda en el carácter de "antejuicio" del desafuero, no constituyendo un juicio, sino un trámite previo que es anterior al verdadero juicio y es precisamente que en éste último tiene sentido la aplicación de las garantías del debido proceso.

En la historia fidedigna de la norma existe constancia que la "formación de causa" a que alude el artículo 61 de la Constitución, equivale en el nuevo procedimiento penal a la acusación que formule el Ministerio Público.

Ocurre que en los delitos de acción privada no existe acusación del Ministerio Público, cumpliendo, por tanto su función la querrela. Lo anterior es coherente ya que en los delitos de acción privada la querrela hace de equivalente funcional de la acusación, y será el momento en que es procedente el tramite de desafuero, que sigue siendo un "ante juicio" no sometido a exigencias formales de un juicio, vinculadas al debido proceso.

Lo que se discute en el desafuero no es un derecho del parlamentario, por lo tanto no existe derecho fundamental alguno que salvaguardar.

El conjunto de garantías del debido proceso entran a operar respecto de quienes gozan de fuero cuando exista un proceso, y solo existirá éste cuando sea levantado el fuero. En la especie, la acusación ha sido conocida por el requirente; quien tendrá oportunidad de defenderse en las audiencias en que se discuta el desafuero y, tratándose de un caso de delito de acción privada, en que no interviene el Ministerio Público, las oportunidades de producir su prueba serán las mismas que las del querellante.

Si el querrellado pretende probar que los representados son autores de alguno de los delitos que les imputa, aquella prueba será relevante en el juicio por injurias. Por lo que la inaplicabilidad por

inconstitucionalidad debiera solicitarse respecto de la tramitación prescrita para el delito de acción privada y no la relativa al desafuero.

El fin de restablecer la vigencia de la igualdad ante la ley y del debido proceso, puede justificar una proporcional restricción del debido proceso, con ocasión del desafuero.

Señalan los abogados en sus observaciones que el requirente no ha desarrollado cómo se ha producido la infracción constitucional que invoca, insinuando que se vincula a la posibilidad de rendir prueba, es decir, una restricción al derecho a la defensa.

Al respecto indican que ambas partes se encuentran en idéntica situación respecto de la prueba, haciéndolas valer en el juicio de injurias y no en el trámite de desafuero.

Expresan que con esta presentación el requirente desnaturaliza el requerimiento transformándolo de un control concreto de constitucionalidad en un control abstracto de constitucionalidad.

Agregan que no existe antecedente alguno que la Corte de Apelaciones se haya negado a recibir antecedentes probatorios, presentados en el trámite de desafuero.

En fin, exponen que la infracción constitucional que se invoca tiene un carácter puramente supuesto, potencial y no actual.

Acompañan un Informe en Derecho de don Germán Concha, concluyendo que no corresponde aplicar la garantía del debido proceso al trámite de desafuero,

puesto que esta gestión tiene un carácter orgánico o adjetivo y no afecta los derechos subjetivos constituidos al amparo del ordenamiento jurídico.

Posteriormente, con fecha 7 de julio, la parte requirente hizo llegar un Informe en Derecho del Profesor Mario Verdugo Marinkovic, señalando que la norma legal cuestionada vulnera la Constitución ya que desnaturaliza la garantía del fuero parlamentario, priva al tribunal competente de la fase cognoscitiva del proceso e infringe los principios del debido proceso.

Con fecha 13 de julio se trajeron los autos en relación y se realizaron los alegatos de ambas partes.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la acción ejercitada tiene por objeto la declaración de inaplicabilidad, por contrariar las disposiciones consignadas en los artículos 61 y 19 número 3 de la Constitución Política, del precepto contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal.

Dicha disposición precisa que:

"Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía";

SEGUNDO: Que el artículo 61 de la Ley Fundamental prescribe que:

"Los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones

de sala o de comisión”.

“Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Supremá.

“En caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente. El Tribunal procederá, entonces, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior.

Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador imputado suspendido de su cargo y sujeto al juez competenté.

La norma transcrita consagra el llamado fuero, garantía procesal que protege al parlamentario de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. Posee un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio de la separación de poderes -valores esenciales del Estado de Derecho-, y cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular;

TERCERO: Que el fuero ya lo contemplaba la Constitución de 1833, atribuyendo a las propias cámaras parlamentarias la potestad de autorizar la imputación

penal a sus miembros; en la Carta Política de 1925 se transfirió dicha facultad a la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva.

La Constitución de 1925, en su artículo 33, disponía que:

"Ningún diputado o senador, desde el día de su elección, puede ser acusado, perseguido o arrestado, salvo el caso de delito flagrante, si la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva, en Tribunal Pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar la formación de causa".

El Código de Procedimiento Penal, por su parte, señalaba que *"tan pronto como de los antecedentes del proceso o de la información rendida, a petición de parte, aparezcan contra un diputado o senador, datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculpado"* el juez elevará los autos al Tribunal de Alzada correspondiente, a fin de que declare si ha o no lugar a formación de causa.

La jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia entendió, con diversos grados de rigor, que la Corte de Apelaciones debía calificar la concurrencia de los presupuestos necesarios para ordenar la detención, esencialmente la aparición de fundadas sospechas de ser responsable de un hecho punible el aforado;

CUARTO: Que, sin embargo, la Constitución

de 1980 introdujo una variación esencial en la comprensión del fuero parlamentario. En efecto, su artículo 58 (actual 61), dispuso que *"ningún diputado o senador, desde el día de su elección o designación, o desde su incorporación, según el caso, puede ser procesado o privado de su libertad salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema"*.

"Procesado", en la acepción más pertinente fijada por el Diccionario de la Real Academia Española, es "declarado y tratado como presunto reo en un proceso criminal". En el ordenamiento procesal penal preexistente, dicho término asignaba al inculpado la calidad de parte, exigiendo para su declaración la justificación de la existencia del delito y la existencia, a lo menos, de presunciones fundadas de participación criminal. "Formar causa", a su vez, se vincula al sometimiento a proceso porque el litigio -la causa- se produce a partir del momento en que el inculpado adquiere la condición de parte y se entienden con él las actuaciones del juicio.

El tenor del precepto no ofrece duda alguna en cuanto a su sentido y alcance, que se ve categóricamente confirmado por las opiniones vertidas por los miembros de la llamada Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, en sesión número 293, quienes uniformemente estimaron que la expresión "formar causa",

aludía a los requisitos del procesamiento. El profesor Jorge Ovalle, interpretando el pensamiento de los demás comisionados, señaló:

"¿Qué significa el desafuero?. Una cosa bien clara: autorizar la formación de causa, lo que, a su vez, significa autorizar la encargatoria de reo. El término constitucional preciso es autorizar formarles causa. Ese es el problema constitucional... Aquí hay un acuerdo conceptual. Todos coinciden en que lo normal, lo que la Constitución de alguna manera debe referir, es la circunstancia de que para que el desafuero proceda, es menester que concurran los requisitos para formar causa, es decir, para encargar reo. En eso están todos de acuerdo. ¿Dónde está el problema?. Si lo dicen expresamente o emplean la expresión más precisa de todas, que es "haber lugar a la formación de causa";

QUINTO: Que el citado artículo 58 de la Constitución no formuló distinción alguna en relación a los delitos a que es aplicable, sean éstos de acción pública o privada. Aún más, el procesamiento (o declaración de reo) se encontraba establecido como condición de progreso del juicio criminal en la investigación y sanción de toda clase de delitos;

SEXTO: Que las modificaciones introducidas a dicha norma por la Ley N° 20.050, sobre Reforma Constitucional, en lo que interesa a este conflicto de constitucionalidad, tuvieron básicamente por objeto correlacionar el texto constitucional con el nuevo

procedimiento penal que estatuyó el código correspondiente. Así se deduce, indirecta pero inequívocamente -a propósito de la suspensión del derecho de sufragio-, del veto N° 1 del Ejecutivo, que propuso modificar el N° 2 del artículo 16 a fin de reemplazar la locución "procesada" por "acusada"; observándose que el término procesada corresponde a un régimen de procedimiento penal que quedó desfasado y que la expresión acusada, si bien no es sinónimo del mismo estadio procesal, se corresponde con la figura actual y es acorde con los términos del Código Procesal Penal. La acusación, en vez del procesamiento, es ahora la referencia para el desafuero.

Tales modificaciones, que no fueron consideradas en el proyecto de reforma constitucional, fueron introducidas en el veto presidencial, sin ser fundamentadas explícitamente, y sólo merecieron, durante la discusión legislativa, la observación de la diputada Pía Guzmán, quien en sesión de 17 de agosto de 2005 sostuvo:

"Otra materia importante es el veto al fuero, que por primera vez se trata. En el proyecto de reforma constitucional no fue considerado, por cuanto, durante la discusión en torno a si se mantenía o se eliminaba, se acordó dejarlo de lado y así no condicionarlo al nuevo sistema judicial. El Ejecutivo hizo un esfuerzo y nos ha presentado una modificación al inciso segundo del artículo 58 que genera bastante consenso. Es más, los senadores y diputados sólo podrán ser

privados de libertad una vez que el tribunal de alzada haya aprobado su desafuero por la condición estricta de haber sido acusados, es decir, que se hayan presentado al tribunal de garantía las pruebas suficientes sobre los hechos delictivos de que se trata.”;

SEPTIMO: Que resulta indispensable determinar si la nueva redacción del precepto implica un cambio en la calificación de los supuestos del desafuero -en cuanto al nivel de exigencias para concederlo- o en su ámbito de aplicación, esto es, las figuras delictivas a que se extiende.

Como se ha dicho, la sustitución de la voz “procesado” por “acusado” no tiene otro entendimiento que incorporar constitucionalmente un concepto propio del nuevo sistema procesal penal, excluyendo aquél que deja de tener vigencia.

Según se consigna en el Mensaje del Ejecutivo que inicia el proyecto de Ley sobre Código Procesal Penal, *“la formulación de cargos debiera constituirse en un adecuado sustituto del sometimiento a proceso, manteniendo de éste el contenido de garantía, en cuanto permite al afectado conocer la imputación y facilita su defensa y en cuanto limita el ámbito de la persecución y de la eventual acusación a los cargos formalmente planteados, impidiendo que se sorprenda al imputado; pero mitigando todos los elementos negativos del sistema vigente”.*

Por tal razón, la calificación de la procedencia de la acusación y la declaración sobre haber

lugar a formación de causa que es su consecuencia, no importan una disminución de los requisitos para autorizarla, conclusión que se refuerza considerando que la privación de libertad -el otro evento a que se refiere el texto constitucional- contiene en el instituto de la prisión preventiva, en virtud del artículo 140 del Código Procesal Penal, las siguientes exigencias:

"a).- Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;

b).- Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y

c).- Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinada de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la sociedad o del ofendido".

En el procedimiento penal debe distinguirse el inicio de la persecución penal, cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delitos; la formalización de la investigación, para exponer los cargos que se presentaren en contra del imputado; el cierre de la investigación, una vez practicada las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus partícipes, y la acusación, cuando se estimare que la investigación proporciona fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere

formalizado la misma;

OCTAVO: Que la referencia del precepto constitucional a la acusación y al acusado, propios de la persecución penal pública, hacen útil discernir si el procedimiento de desafuero es aplicable únicamente a los delitos de acción pública o también concierne a los delitos de acción privada, cuyo procedimiento no consulta la acusación;

NOVENO: Que debe descartarse una interpretación -sustentada únicamente en los términos literales del precepto constitucional- que excluya del ámbito del desafuero los delitos de acción privada, por cuanto ella suprimiría en ese caso una garantía concebida para el cumplimiento irrestricto de la función parlamentaria, colocando al afectado en una situación desigual, de detrimento de sus derechos, frente al acusado por un delito de acción pública, en circunstancias que la naturaleza de las figuras criminales es la misma, no obstante las diversas condiciones establecidas por la ley para el ejercicio de las acciones;

DECIMO: Que la finalidad de la autorización jurisdiccional para enjuiciar a un parlamentario se cumple de la misma forma en toda clase de delitos, y no puede ser restringida a una categoría de ellos porque la ley procesal confiera a su persecución una diversa regulación. Tampoco la historia del establecimiento de la norma permite excluir a los delitos de acción privada, en cuanto el punto no fue deliberado y la discusión giró sólo sobre la terminología usada

inicialmente en el mensaje, referida a la formación de causa, que primó sobre la surgida en el debate, que aludía a la formalización de la instrucción o investigación.

Por ende, debe entenderse a la acusación en un sentido amplio, como toda imputación de carácter penal -la que deriva del ejercicio de cualquier acción penal- y al acusado, como todo imputado. El desafuero concierne, entonces, a toda clase de delitos, independientemente de los titulares y de la modalidad de ejercicio de la acción;

DECIMO PRIMERO: Que, sin perjuicio de lo expuesto, es útil señalar que el privilegio de la inviolabilidad parlamentaria consagrado en el inciso primero del artículo 61 de la Constitución, está concebido en estrictos y excepcionales términos, y su ámbito de aplicación es distinto del trazado para la garantía procesal del fuero. Consecuentemente -y salvo los casos en que aquélla se manifiesta, en sesiones de sala o de comisión-, frente a la imputación de un hecho correspondiente a un delito de acción privada, un diputado o senador goza de fuero, pero no de inviolabilidad;

DECIMO SEGUNDO: Que el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, que se denuncia como vulnerado, asegura a todas las personas **“la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”**, principio que despliega en un ámbito más específico el de igualdad ante la ley y cuyo fin es atribuir a quienes deben recurrir ante cualquier autoridad para la protección de sus

derechos iguales condiciones para el ejercicio de los mismos, proscribiendo discriminaciones arbitrarias.

La norma mencionada, en su inciso quinto, dispone que:

"Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos";

DECIMO TERCERO: Que la citada garantía se extiende, sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción -esto es, el poder-deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico- por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza, y se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como a toda resolución que decide una controversia de relevancia jurídica.

El concepto de jurisdicción incluye, pues, las facultades de conocimiento y resolución, vinculadas entre sí, una consecuencia de la otra. A su vez, el conocimiento comprende las fases de discusión y prueba.

La distinción entre proceso y procedimiento se sustenta doctrinariamente en cuanto aquél incumbe a una serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de obtener la dictación de una sentencia, en tanto que éste es el conjunto de reglas en virtud de las cuales se desarrolla el proceso. Es una garantía del proceso que el procedimiento sea racional y justo, objetivo cuyo cumplimiento el constituyente encomienda en el

legislador.

La Constitución prevé la exigibilidad de la garantía a todo proceso, cualquiera sea su forma u oportunidad en que se produce, al exigir su concurrencia "siempre"; se trata de un mandato categórico al legislador, no susceptible de calificación o interpretación;

DECIMO CUARTO: Que el constituyente, como se expresó, se abstuvo de enunciar las garantías del procedimiento racional y justo, ordenando al legislador precisarlas en cada caso.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (sesiones 101 y 103) discutió extensamente esta materia, prefiriendo no enumerar los requisitos del debido proceso, sino atribuir a la ley el deber de establecer las garantías de un racional y justo procedimiento, dejándose constancia que tales atributos se concretan, entre otros elementos, en principios como el de la igualdad de las partes y el emplazamiento, materializados en el conocimiento oportuno de la acción, la posibilidad de una adecuada defensa y la aportación de la prueba, cuando ella procede.

En el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal Constitucional (sentencias Roles números 376, 389, 481, entre otras) y la Corte Suprema, estableciendo ésta (C.S., 5 diciembre 2001, R.G.J., 258) que *"conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los*

actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...”

En particular, se ha sostenido que *“nada se sacaría con la consagración de un contradictorio en lo que dice relación con la defensa, si no se otorga a las partes la posibilidad de rendir prueba dentro del proceso para los efectos de acreditar los fundamentos fácticos de ella”* (Cristián Maturana, Derecho Procesal Civil I, página 20).

En este orden de consideraciones, el Código Procesal Penal, en los artículos 4, 8 y 93, regula las garantías que se comentan estatuyendo que *“ninguna persona será considerada culpable y tratada como tal, en tanto no fuese condenada por una sentencia firme”*; que el imputado tendrá derecho a *“que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputare y los derechos que le otorgan la constitución y las leyes”*; a *“solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen”*, y a que *“se active la investigación y conocer su contenido”*; a *“formular los planteamientos y alegaciones que considere oportuno, así como intervenir en todas las actuaciones judiciales y las demás actuaciones del procedimiento”*; concluyendo, en el

artículo 7, que *“las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuye participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuye a una persona responsabilidad en un hecho punible”*;

DECIMO QUINTO: Que el artículo 93 número 6 de la Constitución Política confía al Tribunal Constitucional la atribución de resolver acerca de *“la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*.

El precepto revela que la magistratura constitucional no está compelida a la mera comparación abstracta de dos normas de diverso rango, para desentrañar su incompatibilidad, sino que en el instituto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad *“comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión; a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y -lo más específicamente decisivo- el examen particular acerca de si “en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita*

de aquella..." Por eso, "puede advertirse que hay preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la carta fundamental y, no obstante ello, ser inaplicables a un caso particular, precisamente porque en la particularidad de ese caso, la aplicación de una norma legal objetada es contraria a los efectos previstos por la norma constitucional" (Lautaro Ríos Álvarez, "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", N° 1 , páginas 77 y 78);

DECIMO SEXTO: Que procede estimar si, en el juicio o gestión en que incide la acción propuesta, la aplicación del precepto contenido en el artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal resulta contraria a la Constitución.

El mencionado artículo 416 expresa:

"Solicitud de desafuero. Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga el fuero a que se refieren los incisos segundo y cuarto del artículo 58 de la Constitución Política, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare que ha lugar a formación de causa.

Igual declaración requerirá si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra.

Si se tratare de un delito de acción privada, el

querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía’;

DECIMO SEPTIMO. Que en la doctrina y jurisprudencia nacionales ha sido materia de debate la calificación de la naturaleza procesal de la gestión de desafuero, afirmándose diversas posiciones: se trataría de un incidente de un juicio, de un procedimiento especial o de un antejuicio que verifica la existencia de una condición de procesabilidad. Como sea, e independientemente de su carácter, el desafuero se decide a través de un proceso que culmina en una sentencia con efectos permanentes, cuya legitimidad se asegura por un procedimiento racional y justo.

En este caso, la jurisdicción resuelve dos conflictos: en primer término, el planteado por el desafuero, cuyos efectos posibles son no hacer lugar a formación de causa o dar lugar a ella y provocar la suspensión del cargo del aforado, y luego el que se suscita en el juicio criminal, cuya consecuencia es la absolución o condena. La decisión de ambos se produce en procesos que concluyen en una sentencia; y en tal sentido es indiscutible que la decisión sobre el desafuero se materializa en una sentencia, independientemente de estimársela como definitiva, interlocutoria o simple auto.

El proceso en que se dirime el desafuero se desarrolla según un procedimiento establecido por el legislador y que éste denomina, en el Título IV del

Código Procesal Penal, "Procedimiento Relativo a Personas que gozan de Fuero Constitucional";

DECIMO OCTAVO: Que, entonces, es necesario examinar si el procedimiento de desafuero en un delito de acción privada da cumplimiento, en este proceso, a los requerimientos de racionalidad y justicia prescritos por la norma fundamental.

Se ha observado que el sentido y alcance del artículo 61 de la Constitución determina que, para autorizar previamente la acusación y dar lugar a la formación de causa, es necesario que se compruebe la existencia del delito y de presunciones fundadas de participación en él, o que la investigación proporcione fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado;

DECIMO NOVENO: Que en el caso de los delitos de acción pública, después de formalizada la investigación y practicadas las diligencias tendientes tanto a establecer la culpabilidad como las circunstancias que eximen de ellas, el fiscal remite los antecedentes a la Corte de Apelaciones. Vale decir, el conocimiento y resolución del asunto por el órgano jurisdiccional presupone ya una investigación, etapa durante la cual el imputado ha tenido el derecho de oponer defensas y rendir pruebas; el tribunal cuenta, así, con los medios para ponderar la existencia del delito y los elementos básicos de la participación criminal;

VIGESIMO: Que si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones, solicitando igual declaración

-haber lugar a formación de causa- antes de que se admita a tramitación su querrela por el juez de garantía.

Debe consignarse que el procedimiento comienza con la interposición de la querrela, que debe contener la relación circunstanciada del hecho y la expresión de las diligencias cuya práctica se solicita, destinadas a precisar los hechos que configuran el delito de acción privada. Una vez ejecutadas dichas diligencias, el tribunal citará a las partes a una audiencia, en la que se les instará a buscar un acuerdo y -cuando se persiguen los delitos de calumnias e injurias- se otorgará al querrellado la posibilidad de dar explicaciones satisfactorias de su conducta.

A su vez, la querrela no será admitida a tramitación por el juez de garantía, entre otras razones, cuando los hechos expuestos en ella no fueren constitutivos de delito o cuando de los antecedentes contenidos en la misma apareciere de manifiesto que la responsabilidad del imputado se encuentra extinguida. O sea, cuando se conoce un delito de acción privada, el juez impulsa el cumplimiento riguroso de los presupuestos que establece la ley para admitir a tramitación la querrela.

De conformidad a lo expuesto, en estricta aplicación del precepto contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, la Corte de Apelaciones, a su vez, tiene como antecedente para fundar su decisión sobre el desafuero únicamente el tenor de la querrela, antes de que se verifique siquiera su admisibilidad, y carece de elementos probatorios,

debidamente producidos, que le permitan constatar la existencia de un fundamento serio sobre el mérito o justificación para formar causa. Así, el conocimiento, previo a la resolución, es precario e incompleto;

VIGESIMO PRIMERO Que carece de relevancia que las partes puedan aportar sus probanzas en el juicio criminal mismo, porque éste es un conflicto jurídico posterior al proceso de desafuero, que puede provocar efectos tan trascendentes como la suspensión del cargo del parlamentario y que amerita, per se, un procedimiento e investigación racionales y justos. Asimismo, si bien en los delitos de acción privada la investigación está ligada fundamentalmente a la actividad de las partes, su existencia no deja por ello de ser una condición insoslayable para que el proceso se desenvuelva adecuadamente.

Las circunstancias anotadas adquieren mayor relevancia en este caso, considerando que se juzga un delito -como el de injurias- que exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo cuyo examen trasciende ordinariamente un control de tipicidad simplemente formal;

VIGESIMO SEGUNDO Que de lo relacionado se sigue que en este proceso la recepción y producción de la prueba es connatural al derecho de defensa, constituyéndose en garantía esencial de un procedimiento racional y justo. Su ausencia priva a la norma procesal impugnada, de un requisito mínimo para satisfacer el mandato constitucional;

VIGESIMO TERCERO: Que en virtud de las

consideraciones referidas precedentemente, se decidirá que la aplicación del precepto legal contenido en el artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal, en la gestión en que incide la presente cuestión de inaplicabilidad, es contraria a las prescripciones del artículo 19 número 3, inciso quinto, y 61, inciso segundo, de la Constitución Política de la República;

VIGESIMO CUARTO: Que a esta Magistratura le corresponde exclusivamente decidir sobre la inaplicabilidad de un precepto legal en un caso determinado, por lo que resulta improcedente, en la especie, discurrir una solución que resuelva algún posible vacío legal sobre la base de la aplicación inmediata de la Constitución, reglas comunes a todo procedimiento y principios generales del derecho que puedan operar en virtud del principio de la inexcusabilidad.

Y VISTOS, lo dispuesto en los artículos 5°, 6°, 7°, 19 N° 3, 61, 76 y 93 N° 6 de la Constitución Política de la República; 26 a 33 y 38 a 45 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA QUE SE ACOGE LA CUESTIÓN DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDA A FOJAS 1 Y, EN CONSECUENCIA, QUE ES INAPLICABLE EN EL PROCESO SOBRE DESAFUERO SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, INGRESO DE CORTE N° 2257-2006, EL PRECEPTO CONTENIDO EN EL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Se previene que el Ministro señor Mario

Fernández Baeza concurre a la sentencia en la totalidad de sus consideraciones, teniendo presente además, lo siguiente:

1. Que el proceso de desafuero de un parlamentario, cuyo procedimiento se establece en el artículo 416 del Código Procesal Penal, del que su inciso tercero se impugna en la especie, tiene por finalidad hacer posible el proceso por crimen o simple delito en el que el fiscal estimare procedente formular acusación en contra del aforado, configurándose una confluencia de ambos procesos hacia el enjuiciamiento del parlamentario. Sin embargo, junto con este efecto, que el fallo al que se concurre trata acuciosamente, esta dualidad de procesos trae consigo otra consecuencia jurídica del más importante significado constitucional, señalada en el último inciso del artículo N° 61 de la Carta Fundamental: "Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador imputado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente."
2. Que la suspensión de su cargo para el parlamentario imputado, produce una modificación en la integración de la correspondiente Cámara, con múltiples efectos en el ejercicio de sus altísimas funciones, relacionándose especialmente esta situación con el inciso primero del artículo 5° de la Constitución Política, que consagra el fundamental principio de la democracia representativa a través de cuya

vigencia se ejercita la soberanía en nuestro orden jurídico-político, como en gran parte de las democracias del mundo. Señala el artículo 5° en el inciso referido: "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por **las autoridades que esta Constitución establece** Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio." (letras en negrita por el Ministro que previene)

3. Que, consecuentemente, el desafuero constituye una excepción al mandato soberano a través del cual los diputados y senadores son elegidos en votación directa y durarán en sus cargos cuatro y ocho años respectivamente, según se señala en los artículos 47 y 49 de la Constitución Política. La suspensión de su cargo restringe el ejercicio de las funciones durante una parte del período para el cual ha sido elegido, cuya extensión es incierta dependiendo de la sustanciación del proceso penal que la origina y habiendo resultado dilatada en varios casos en las últimas legislaturas de ambas Cámaras del parlamento chileno.

4. Que no existiendo en Chile el voto imperativo y admitiéndose entre nosotros lo que la doctrina general sobre la democracia representativa denomina mandato fiduciario o propiamente representativo, la suspensión del cargo no significa alterar la integración de la Cámara respectiva referida al caso del afectado, sino a toda la Corporación. Al

respecto, rigen hasta hoy las advertencias de Burke de hace más de dos siglos:" El Parlamento no es un congreso de embajadores de diferentes y hostiles intereses, intereses que cada uno debe manejar como un agente y abogado contra otros agentes y abogados, sino que el Parlamento es una asamblea deliberante de una nación, con un interés de una totalidad, y donde los propósitos locales, los prejuicios locales, no deberán ser su guía, sino el bien general, resultante de la razón resultante de la totalidad." (citado en: Teoría Constitucional, Antonio-Carlos Pereira Menaut, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1998, pp.191-192). No sin razón, los parlamentarios chilenos se hacen llamar "de la República", sin por ello trazar una contradicción con los distritos o circunscripciones por los cuales han sido elegidos.

5. Que el fuero parlamentario es una clase de inmunidad de plena vigencia en todas las democracias, la mayoría de las cuales con mantenimiento de la antigua fórmula vigente en Chile hasta 1925, según la cual es la Cámara del afectado el órgano llamado a permitir que un tribunal enjuicie a un parlamentario. Así lo señala la doctrina internacional: "Empero, los ordenamientos consienten una remoción, caso por caso, de la inmunidad previa intervención de un órgano parlamentario que permite se pueda proceder normalmente contra el parlamentario." (Derecho Constitucional Comparado,

Giuseppe de Vergotini, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, p. 337). En el Derecho español este procedimiento es conocido como "suplicatorio" que el Tribunal Supremo debe solicitar "al finalizar sus indagaciones para procesarlo" (La Constitución Orgánica, Javier Fernández López, en: Varios autores: Introducción al Derecho y Derecho Constitucional, Ed. Trotta, Madrid, 1994, p.245).

6. La acuciosidad con la que la autorización de desafuero debe ser extendida la describía el eximio constitucionalista chileno Alcibíades Roldán cuando aún regía la Constitución de 1833: "Debemos reconocer que la opinión que ha prevalecido en esta materia es la de que una Cámara no debe autorizar el desafuero de uno de sus miembros sino cuando concurren copulativamente estas dos circunstancias: 1ª La existencia plenamente probada de un hecho que constituya delito o que se presente con el carácter de tal; i 2ª Que aparezca semi-plenamente probado que es el Senador o Diputado cuyo desafuero se pretende, el autor responsable, cómplice o encubridor de ese hecho." (Derecho Constitucional de Chile, Alcibíades Roldán, Imprenta, Litografía i Encuadernación "Barcelona", Santiago de Chile, 1913, p. 219, nota 1).

7. En consecuencia, la incidencia directa que la aplicación del artículo 416 del Código Procesal Penal tiene en el principio del ejercicio de la soberanía en nuestro ordenamiento constitucional establecido en el artículo 5 de la Constitución

Política y respaldado en la doctrina y en la tradición parlamentaria de Chile, exige un procedimiento de tal rigurosidad jurídica que en la especie sometida al conocimiento de esta Magistratura no se presenta.

Redactó la sentencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y la prevención su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 478-2006.-

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don José Luis Cea Egaña y los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y Enrique Navarro Beltrán. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.