

Santiago, veintinueve de noviembre de dos mil siete.

**VISTOS:**

Con fecha 21 de febrero de 2007, la diputada María Amelia Herrera Silva ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 231 del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 474-2005, del Tribunal de Garantía de Quilpué.

La norma impugnada señala:

*“Artículo 231.- Solicitud de audiencia para la formalización de la investigación. Si el fiscal deseara formalizar la investigación respecto de un imputado que no se encontrare en el caso previsto en el artículo 132, solicitará al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito que se le atribuyere, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo.*

*A esta audiencia se citará al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes en el procedimiento.”*

Con fecha 7 de marzo de 2007, la Primera Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los antecedentes al Pleno para su sustanciación.

Con fecha 23 de abril de 2007, el Ministerio Público evacuó el traslado que le fue conferido.

Con fecha 3 de mayo de 2007, la Municipalidad de Quilpué formuló sus observaciones al requerimiento.

Con fecha 7 de mayo de 2007, el Consejo de Defensa del Estado hace lo propio respondiendo el traslado.

### LOS HECHOS.

La requirente indica que en la causa señalada el Tribunal ha ordenado la citación del imputado, despachando la orden que menciona el artículo impugnado, para una audiencia de formalización solicitada por el Fiscal durante el período de investigación.

Agrega que, en su condición de parlamentaria, se ha infringido con dicho proceder la norma contemplada en el artículo 61 de la Constitución, por no haberle levantado previamente el fuero parlamentario antes de citarla al competente proceso.

La orden de citación se hizo bajo el apercibimiento del artículo 33 del mismo Código que, en lo que interesa, señala que *“la no comparecencia injustificada dará lugar a que sean conducidos por medio de la fuerza pública, que quedarán obligados al pago de las costas que causaren y que pueden imponérseles sanciones.”*

Agrega que la disposición impugnada importa una amenaza contra la libertad protegida por el fuero parlamentario, irrenunciable por naturaleza, pudiendo decretarse una detención o prisión preventiva o ser conducida por la fuerza pública ante el juez de garantía si *“injustificadamente no compareciere”*.

Al respecto el Ministerio Público señala que los hechos corresponden a una investigación criminal efectuada por la Fiscalía de Quilpué, por considerar que se habrían establecido los delitos de fraude al Fisco y estafa, en los cuales habría participado, entre otros, la señora María Amelia Herrera Silva.

Destaca el Ministerio Público que se ha intentado practicar una audiencia de formalización respecto de la

requirente, sin solicitar medidas cautelares, apremios ni apercibimiento de arresto y sin recabar previamente el desafuero, ya que la ni Constitución ni la ley lo requieren.

#### **INAPLICABILIDAD Y LIBERTAD PERSONAL.**

La requirente indica que el artículo 19 N° 7 de la Constitución establece que una persona tiene derecho a la libertad personal y, en el caso de un parlamentario, amparado por el artículo 61 de la misma Carta, no puede ser privado de ella ni restringido en su libertad personal, sino en los casos determinados por la Constitución y las leyes, por lo que el artículo 231 impugnado que se pretende aplicar contraviene tales preceptos constitucionales.

Sostiene la requirente que, de acuerdo al artículo 61 de la Constitución, basta una molestia, una incomodidad, una dificultad u obstáculo en el ejercicio de la libertad personal para que opere la vigencia de la Constitución por sobre el Código Procesal Penal. Por tanto, un parlamentario no puede ser citado, menos bajo apercibimiento, ni quedar a disposición de un juez para realizar actuaciones ante él que impliquen la comparecencia del parlamentario sin que se haya cumplido estrictamente lo señalado en el artículo 61 de la Constitución, esto es, su desafuero previo.

#### **CUESTIÓN PREVIA DE ADMISIBILIDAD.**

El Ministerio Público señala que el requerimiento se basa en la existencia de un hecho eventual: que, notificada la parlamentaria de la audiencia de formalización, no concurra y, ante una supuesta solicitud de hacer efectivo el apercibimiento de arresto, se lo

ordenare, vulnerando, en ese momento, la disposición constitucional del artículo 61 y el artículo 416, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

Por tanto, se ha requerido en este caso respecto de una amenaza eventual a la garantía constitucional de libertad individual, lo que es materia de recurso de amparo y cautela de garantías, pero no de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Por tal razón el requerimiento no contiene fundamentación alguna sobre la forma en que se produciría el choque frontal entre el artículo 231 del Código Procesal Penal y la Constitución, por lo que solicita se declare inadmisibile ya que se basa en un eventual hecho futuro e incierto que depende de terceros y no en argumentaciones jurídicas pertinentes.

#### **CARÁCTER NO DECISORIO DE LA NORMA IMPUGNADA.**

Indica además el Ministerio Público que la norma impugnada es de carácter general y su objetivo es regular la petición de audiencia de formalización de la investigación, estableciendo la forma y oportunidad de proceder a ella, con ocasión de lo cual menciona la citación como necesaria al efecto. Afirma que esta citación no tiene carácter de medida cautelar, por lo que no contraviene a la Constitución en cuanto a la procedencia del desafuero.

A su turno la Municipalidad de Quilpué señala al respecto que el objeto del requerimiento es obtener una calificación jurídica en relación con la medida cautelar, lo que no corresponde a la competencia de este Tribunal. Además, señala que, en el caso de autos, por la aplicación del artículo 231 no se pretende obtener la

imposición de una medida cautelar, sino simplemente una citación para una actuación posterior como es la formalización.

Alega así la Municipalidad que el apercibimiento contemplado en el artículo 33 no constituye una vulneración a la garantía constitucional del aforado, pues no se le priva de libertad personal, sino que sólo es una advertencia de que si no concurre se le arrestará, y únicamente en tal evento cabría la posibilidad de discutir la aplicación del desafuero.

#### **FALTA DE FUNDAMENTOS.**

Expresa el Ministerio Público que la citación a audiencia del artículo 231 es de tipo intimatorio y, al no ser de índole cautelar personal, no es necesario que se proceda previamente al desafuero del parlamentario, ya que no se dan los supuestos de procedencia que señala el artículo 61 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 416 del Código Procesal Penal. La citación a la requirente se ha hecho bajo el apercibimiento del artículo 33 del Código, que regula el alcance del apercibimiento a la persona que no concurre en forma injustificada, pero esta norma no es impugnada en el requerimiento. Añade que en ningún caso se hace procedente pedir el desafuero previo de un parlamentario para ser citado, ya que el artículo 61 de la Constitución sólo hace necesario ese antejuicio si se requiere privar de libertad al sujeto a fuero, lo que no sucede en la especie.

En torno a este punto la Municipalidad de Quilpué indica que la citación establecida por el artículo 231 se inserta en la secuencia del procedimiento y precede a la

formalización, constituyendo la simple comunicación que hace el fiscal al imputado a través del tribunal. Sostiene que el Juez de Garantía de Quilpué no ha dispuesto medida cautelar de citación en contra de la parlamentaria, ya que el fiscal no la ha solicitado, por no ser la oportunidad procesal para hacerlo.

En esta parte el Consejo de Defensa del Estado argumenta que el artículo 231 impugnado por la requirente guarda completa armonía con el artículo 61 de la Constitución, puesto que el desafuero queda reservado como requisito previo de procesabilidad de los parlamentarios sólo si se deduce acusación en su contra o se intenta privarlos de libertad, por lo que la citación a la audiencia de formalización de la investigación, como dispone el inciso segundo del artículo 231, incluso bajo el apercibimiento del artículo 33, no entra en pugna con la norma del artículo 61, inciso segundo, de la Constitución, ya que tal medida no importa acusar ni intenta privar de libertad a la diputada Herrera.

Sostiene que la citación que se ha formulado a la imputada es para los efectos de formalizar la investigación, conforme al artículo 231, y que lejos de ser una medida que afecte negativamente a la recurrente, la beneficia, ya que está establecida en su favor garantizando el pleno ejercicio de sus derechos, sin afectar su libertad personal, ni poner en riesgo su seguridad individual. Afirma que el artículo 19 N° 7, letra b), de la Constitución no se opone al artículo 231 del Código Procesal Penal en la medida que la citación no constituye una medida cautelar personal que restrinja la libertad de la diputada. Finalmente señala

que no basta disponer la citación bajo apercibimiento de arresto, es necesario decretarlo efectivamente para que se ponga en riesgo o se restrinja la garantía cautelada por el artículo 19 N° 7, lo que no ocurre en el caso *sub lite*.

**VERDADERO SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 61 DE LA  
CONSTITUCIÓN.**

El Ministerio Público expresa que el artículo 61 de la Ley Fundamental contempla la exigencia de desafuero como gestión preliminar para privar de libertad a una persona con fuero, o como prerrequisito de la acusación en su contra. Añade que el artículo 231 del Código Procesal Penal, que posibilita citar a la audiencia de formalización a un parlamentario sin desafuero previo, no priva en modo alguno de libertad al parlamentario, por lo que lo actuado se ajusta al artículo 61 de la Constitución. Las peticiones de notificación o citación para formalización y de medidas cautelares son independientes entre sí y se rigen por sus propias normativas procedimentales.

Se ordenó traer los autos en relación y con fecha 21 de junio de 2007 se oyeron los alegatos del abogado de la requirente y de los abogados del Ministerio Público y del Consejo de Defensa del Estado.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que la diputada María Amelia Herrera Silva ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 231 del Código Procesal Penal, en la causa pendiente RIT N° 474-2005, RUC N° 0500073760-9, del Tribunal de Garantía de Quilpué, sosteniendo que la aplicación de tal disposición

contravendría el artículo 61 de la Constitución Política de la República;

**SEGUNDO.** Que la diputada requirente se encuentra en actual ejercicio de su función parlamentaria, por lo cual goza del fuero estatuido en el artículo 61 de la Constitución Política; entre tanto, en la causa en la cual incide este requerimiento, se pretende dejarla sujeta al Juez de Garantía competente de la ciudad de Quilpué, lo que a juicio de la requirente, constituiría la aplicación de una medida cautelar en su contra y violentaría la vigencia del fuero parlamentario, sin que previamente se haya obtenido la habilitación correspondiente para proceder.

En opinión de la requirente, el Código Procesal Penal señala que la citación es una medida cautelar, de lo que se desprende que el juez de la causa carece de facultades para utilizar tal medida en su contra si previamente no se ha procedido a su desafuero como lo manda la Carta Fundamental;

**TERCERO.** Que la disposición constitucional contemplada en el artículo 61 de la Carta Fundamental expresa:

*"Artículo 61.- 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 Suprema.*

*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 competente.”;*

**CUARTO.** Que, a su vez, la norma cuya aplicación al caso *sub-lite* se estima vulneratoria de la Constitución por la requirente, señala:

*“Artículo 231.- Solicitud de audiencia para la formalización de la investigación. Si el fiscal deseara formalizar la investigación respecto de un imputado que no se encontrare en el caso previsto en el artículo 132, solicitará al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito que se le atribuyere, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo.*

*A esta audiencia se citará al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes en el procedimiento.”;*

**QUINTO.** Que la citación se encuentra contemplada en el artículo 33 del Código Procesal Penal, que indica:

*"Artículo 33.- Citaciones judiciales. Cuando fuere necesario citar a alguna persona para llevar a cabo una actuación ante el tribunal, se le notificará la resolución que ordenare su comparecencia.*

*Se hará saber a los citados el tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Al mismo tiempo se les advertirá que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sean conducidos por medio de la fuerza pública, que quedarán obligados al pago de las costas que causaren y que pueden imponérseles sanciones. También se les deberá indicar que, en caso de impedimento, deberán comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible.*

*El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva. Tratándose de los testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere, podrán ser arrestados hasta la realización de la actuación por un máximo de veinticuatro horas e imponérseles, además, una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales.*

*Si quien no concurriere injustificadamente fuere el defensor o el fiscal, se le aplicará lo dispuesto en el artículo 287.";*

**SEXTO.** Que, sobre el particular, es menester tener en consideración que el artículo 231 del Código Procesal Penal, cuya aplicación en la gestión pendiente ante el Tribunal de Garantía de Quilpué se reprocha de

inconstitucional en estos autos, no entraña por sí mismo una vulneración de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 61 de la Constitución, toda vez que este último precepto sólo exige el trámite de desafuero previo para acusar o privar de libertad a un parlamentario, lo que no ocurre con el solo hecho de formalizarlo o de citarlo a una audiencia para proceder a la formalización de una investigación penal en su contra (inciso segundo del artículo 231 del Código Procesal Penal);

**SÉPTIMO.** Que, en efecto, la aludida norma constitucional consagra el fuero parlamentario como garantía procesal que protege a diputados y senadores de una persecución criminal infundada que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. Se trata de una institución que 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-, cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular (Sentencia Rol N° 478-2006, considerando 2°);

**OCTAVO.** Que en sentencias Roles N°s. 478, 529 y 533, todas del año 2006, esta Magistratura ha recordado la evolución que ha tenido la institución del fuero parlamentario a través de la historia constitucional chilena para concluir que, después de la reforma a la Carta Fundamental, de agosto de 2005, son dos los supuestos constitucionales en los que procede el desafuero de los parlamentarios: a) para ser acusado, expresión que, en el nuevo sistema procesal penal,

equivale al antiguo procesamiento, y b) para ser privado de libertad;

**NOVENO.** Que, en consecuencia, lo que el inciso segundo del artículo 61 de la Carta Fundamental prohíbe mientras la Corte de Apelaciones respectiva en pleno no apruebe previamente el llamado "desafuero" del parlamentario, son dos actuaciones precisas y determinadas: acusar y privar de libertad. Si la Carta Fundamental exige la gestión previa del desafuero para practicar esas dos actuaciones procesales, resulta claro que no las exige para otras. Frente a las restantes actuaciones del proceso penal, como puede ser la formalización, el parlamentario no goza de inmunidad o fuero. Ante tan claro lenguaje constitucional, no corresponde al intérprete extender estos privilegios en desmedro de la igualdad ante la ley y la justicia, pues excepciones como la del fuero, por justificadas que sean, requieren -precisamente por su carácter de privilegios- de norma expresa que las establezca, pues son de derecho estricto;

**DÉCIMO.** Que este mismo Tribunal ha sostenido que en el actual 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 delito; la formalización de la investigación, para exponer los cargos que se presentaren en contra del imputado; el cierre de la investigación, una vez practicadas 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 (Sentencia Rol N° 478-2006, considerando 7°). Como puede apreciarse, la acusación como supuesto constitucional que hace procedente el desafuero parlamentario no coincide con la formalización de la investigación, sino que se trata de etapas procesales diferentes dentro del mismo procedimiento criminal;

**DÉCIMOPRIMERO.** Que la formalización de la investigación, en el nuevo procedimiento penal, se encuentra definida en el artículo 229 del Código Procesal penal como *“la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”*.

Como precisan los profesores María Inés Horvitz y Julián López, *“esta actuación del fiscal cumple una función esencialmente garantista, cual es la de informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra”*. Agregan que *“con anterioridad a la reforma esta función la cumplía el auto de procesamiento, sólo que -sustancial diferencia- a dicha decisión de carácter jurisdiccional iban automáticamente asociadas consecuencias o efectos extraordinariamente graves para los derechos del imputado, como la prisión preventiva, el arraigo de pleno derecho, la respectiva anotación prontuarial y restricciones al ejercicio de ciertos derechos. En el caso de la formalización de la investigación, esto no es así. Las solicitudes del fiscal*

*que impliquen tal privación o restricción de derechos del imputado deberán ser resueltas por el juez de garantía previo debate de las partes, nunca en forma automática y con posterioridad a la formalización de la investigación".* (Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 541);

**DÉCIMOSEGUNDO.** Que, al emplear el vocablo "acusado" -expresión que repite dos veces el inciso segundo del artículo 61 de la Carta Fundamental, la primera para señalar lo que queda prohibido sin previo desafuero y la segunda para indicar lo que la Corte debe autorizar-, la norma constitucional escoge un vocablo que, en lo que atañe a los delitos de acción pública, tiene un preciso y determinado significado en el proceso penal y que no puede ser confundido con otras actuaciones, como es la formalización. Como ya ha establecido esta Magistratura en las sentencias mencionadas en el considerando octavo, la Carta Fundamental, al incorporar la voz "acusado", no pretendió innovar, dando a los parlamentarios una protección diversa a la que ya consagraba antes de esa reforma, sino sólo adaptar el texto de la Ley Fundamental al nuevo procedimiento penal que se había aprobado por el legislador: *"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."* (Considerando 7° de los citados fallos). Como queda claro de la cita, el sentido de la norma, expresado en la voluntad del constituyente, fue el de "incorporar" un concepto ya existente, "propio" del nuevo proceso

penal en materia de delitos de acción pública, y, por ende, para tales delitos, con igual significado que aquel que tiene en esa rama especial desde la que se le trae. Para fundar el aserto contenido en esa cita, esta Magistratura razonó del siguiente modo:

*"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.**"; (énfasis añadidos);*

**DÉCIMOTERCERO.** Que, de ese modo, el lenguaje de la norma constitucional, la historia fidedigna de su reciente establecimiento y resoluciones recientes y reiteradas de esta Magistratura obligan a concluir que lo que la Carta Fundamental prohíbe sin la previa aprobación del pleno de la Corte de Apelaciones respectiva no es actuar o proceder de cualquier forma en contra de un parlamentario, sino privarlo de su libertad o acusarlo, debiendo asignarse, a este último vocablo, la misma y precisa significación que tiene, en materia de delitos de acción pública, en el Código Procesal Penal;

**DECIMOCUARTO.** Que así como la formalización de la investigación constituye una etapa procesal distinta de la acusación, no importa, tampoco, la privación automática de derechos del imputado como el derecho a la libertad personal, por lo que no transgrede el segundo

supuesto constitucional que hace procedente el desafuero de un parlamentario cual es la privación de su libertad;

**DECIMOQUINTO.** Que, despejado lo anterior, resulta necesario examinar si la audiencia de formalización de la investigación a que alude el artículo 231 del Código Procesal Penal, que ha sido impugnado en estos autos, importa una vulneración del artículo 61 de la Constitución, que consagra la institución del fuero parlamentario, en su aplicación al caso *sub-lite*. En este sentido, debe tenerse especialmente presente que la requirente sostiene que *"el artículo 231 del CPP ha mandado al Juez de Garantía de Quilpué, en la causa RIT N° 474-2005, previa petición del Fiscal durante el período de investigación a que se refiere el artículo 416.2 del citado CPP- despachar una citación en mi contra, medida cautelar definida como tal en el art. 123 del mismo Código y que según su inciso 2° se operativiza de acuerdo al art. 33 de esa ley"*;

**DECIMOSEXTO.** Que la circunstancia en que se funda esta alegación, cual es si la citación destinada a llevar a cabo la formalización es o no una medida cautelar, es una cuestión de interpretación legal propia de los jueces del fondo, pues no es la Constitución, sino la ley, la que prohíbe decretar medidas cautelares en contra de parlamentarios sin previo desafuero;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que sin perjuicio de lo aseverado en los considerandos que preceden, estos sentenciadores entienden que un parlamentario, como la requirente en estos autos, no puede ser constreñido a comparecer a la audiencia de formalización mediante el empleo de un medio coercitivo como el que contemplan los incisos segundo y

tercero del artículo 33 del mencionado Código, desde que en tal supuesto efectivamente se estaría afectando su libertad personal, lo que no puede hacerse sin previo desafuero del imputado;

**DECIMOCTAVO.** Que tampoco puede pretenderse que la formalización de la investigación sin previo desafuero importe una transgresión de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 61 de la Carta Política, norma ésta que, junto con suspender de sus funciones al parlamentario que ha sido desaforado por sentencia firme, lo deja sujeto al juez competente. Ello porque tal consecuencia es una reminiscencia del antiguo procedimiento penal inquisitorio, en absoluto aplicable al nuevo proceso penal acusatorio, donde no hay tal sujeción del imputado al órgano judicial como tal, sino al conjunto de organismos intervinientes y, lo que es más importante, a un procedimiento reglado en sus distintas fases, en el que se incluyen las correspondientes garantías para la defensa de sus derechos.

**Y VISTO** lo prescrito en los artículos 61, inciso segundo, 83, 93, inciso primero, N° 6, e inciso décimo primero, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE: QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, SÓLO EN CUANTO EL TRIBUNAL DE GARANTÍA DE QUILPUÉ NO PODRÁ APERCIBIR A LA REQUERENTE CON LAS MEDIDAS DE APREMIO ESTABLECIDAS POR EL ARTÍCULO 33 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, AL CITARLA PARA LA AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL EN SU**

CONTRA, SOLICITADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO, SIN QUE PREVIAMENTE LA CORTE DE APELACIONES DE LA JURISDICCIÓN RESPECTIVA, MEDIANTE RESOLUCIÓN FIRME, HAYA DECLARADO HABER LUGAR A LA FORMACIÓN DE CAUSA POR ALGUNO DE LOS HECHOS PUNIBLES QUE SE LE IMPUTAN. DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS.

Se **previene** que el Presidente del Tribunal, señor Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza acogen el requerimiento sólo en mérito de las consideraciones que a continuación expresarán, y agregan que como consecuencia de la incompetencia del Tribunal de Garantía para conocer de procesos en que se impute a parlamentarios en ejercicio, en ellas sustentadas, precisan que únicamente comparten la parte resolutive en cuanto acoge el requerimiento, y no en lo declarado en su segunda sección, por ser incongruente con los fundamentos de las prevenciones que formulan.

**A. Prevención de los Ministros señores Juan Colombo Campbell y Hernán Vodanovic Schnake.**

**I. TRIBUNAL COMPETENTE PARA PRONUNCIARSE ACERCA DE LA PROCEDENCIA DE LA IMPUTACIÓN POR DELITO EN CONTRA DE UN PARLAMENTARIO EN EJERCICIO.**

**PRIMERO.** Que la diputada María Amelia Herrera Silva ha comparecido ante este Tribunal solicitando que declare inaplicable por inconstitucional el artículo 231 del Código Procesal Penal en la causa RIT N° 474-2005 del Tribunal de Garantía de Quilpué.

En lo esencial, postula que en su carácter de parlamentaria se encuentra amparada por el fuero establecido por el artículo 61 de la Constitución

Política de la República y que, por ello, no puede ser objeto de medidas cautelares en el marco de dicho proceso, mientras el Tribunal competente no levante el fuero a que se refiere la norma constitucional antes citada.

Agrega que la citación, de acuerdo a lo previsto por el Código Procesal Penal, es una medida cautelar y que, por lo tanto, el Tribunal carece de facultades para hacer uso de ella si previamente no ha sido desaforada;

**SEGUNDO.** Que, a este respecto, cabe destacar, y así se hará por estos previnientes, que el artículo 61 de la Constitución contempla tres conceptos que permiten concluir con claridad y precisión que un parlamentario no puede ser imputado jurisdiccionalmente sin estar previamente desaforado. En efecto, señala la disposición:

*“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 Suprema.*

*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 competente**”*

De su contenido se desprende claramente lo siguiente:

a) Inciso segundo: la Carta Fundamental señala, regulando dos situaciones diferentes, que ningún diputado o senador puede ser **acusado o privado de su libertad** si el tribunal de alzada no autoriza previamente la acusación declarando **"haber lugar a la formación de causa"**.

En otros términos, la Constitución le otorga competencia privativa a la Corte de Apelaciones para pronunciarse sobre el desafuero, y sólo si la sentencia lo acoge nace la competencia del juez en lo criminal para acusar o privar de libertad al parlamentario que se pretende imputar. En síntesis, la sentencia de desafuero condiciona la competencia del juez común para proceder en contra de un parlamentario en ejercicio, el que hasta tanto ello no ocurra es absolutamente incompetente.

Igualmente, a propósito de esa parte de la disposición, conviene reflexionar acerca de las expresiones "acusación" y "formación de causa" que emplea el referido inciso.

En su sentido natural, definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, acusar significa "imputar a alguien de algún delito, culpa o vicio o cualquier cosa vituperable". En su sentido procesal amplio equivale a imputar y en la regulación que actualmente contempla el Código Procesal Penal en su Libro II, Párrafo II, Título I, significa que el persecutor penal ya se ha formado convicción acerca de la responsabilidad del imputado en el hecho punible.

Frente a la norma constitucional, en cualquiera de sus acepciones, si se desea someter a juicio penal a un

parlamentario, debe recurrirse a la Corte de Alzada, como requisito habilitante para ser encausado si el desafuero se concede. En consecuencia, resulta procesalmente improcedente hacerlo sin desafuero.

Por su parte, formación de causa es equivalente a abrir un proceso, y ello ocurre cuando "reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia", los tribunales deban proceder en consecuencia. El juez competente a que se refiere el artículo 61 es el Tribunal de Alzada -Corte de Apelaciones-, que de acuerdo a la Constitución y la ley es el único que puede actuar entre la imputación y su traspaso al proceso penal.

De lo anterior se desprende que quien imputa a un parlamentario de haber cometido un hecho punible debe concurrir al único tribunal competente que la propia Constitución determina, para que éste declare si ha o no lugar a la formación de causa.

También resulta útil recordar que la Constitución sustituyó la expresión "procesado" por "acusado". Pero antes de referirnos a dicha sustitución terminológica, resulta imprescindible tener en cuenta que, tanto en su tenor literal como en su espíritu, lo que esta disposición establece es que para iniciar un proceso penal en contra de un parlamentario en ejercicio constituye presupuesto de procesabilidad el haberlo despojado de su fuero previamente. Para tramitarlo, el Código Procesal Penal establece un procedimiento especial, incluido dentro de los denominados antejuicios, que siempre han sido comprendidos como trámites previos a la iniciación del juicio, que luego podrá o no iniciarse

según lo que se resuelva. En este contexto, el antejudio sería el proceso de desafuero y el juicio a iniciar, el proceso penal.

De lo dicho debe concluirse que la expresión formación de causa es equivalente a la apertura del proceso penal, el que no puede iniciarse sin que previamente la Corte de Apelaciones, reunida en pleno, declare, por sentencia firme, que se hace lugar a la petición de despojar al parlamentario de su fuero.

b) En segundo término debe precisarse que, en el mismo artículo, la Constitución ordena que en caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, debe ser inmediatamente puesto a disposición del Tribunal que deba pronunciarse sobre el desafuero, lo que confirma que el juez de garantía no puede actuar hasta que el desafuero se haya sentenciado afirmativamente, aun cuando se esté en presencia de un delito flagrante. Cualquiera que sea la interpretación que quiera darse a esta disposición, todo conduce a concluir a este juez que si aun en el caso de delito flagrante debe concurrirse a la Corte de Apelaciones para solicitar el desafuero, con mayor razón debe hacerse en el caso de delitos que no se encuentren en tal situación.

c) Por último, el inciso final dispone que sólo a partir del momento en que se declare por resolución firme de la Corte de Apelaciones, o de la Corte Suprema en su caso, haber lugar a formación de causa, quedará el diputado o senador **sujeto al juez competente**. De la simple lectura del texto de la norma se desprende que el parlamentario, de acuerdo a lo expresado precedentemente, queda sometido al Tribunal de Alzada -tribunal con

competencia privativa- y sólo podrá intervenir el juez penal, como ya se dijo, cuando exista una sentencia firme que lo prive de su amparo constitucional.

Estas consideraciones permiten concluir que las disposiciones de la Constitución contempladas en esta parte, se armonizan plenamente con la facultad del Ministerio Público para realizar la investigación no jurisdiccional, que, en esta etapa, sólo servirá de apoyo a la petición de desafuero, a la vez que expresan claramente que no puede existir proceso penal en contra del parlamentario mientras goce de fuero;

**TERCERO.-** Que de lo considerado precedentemente se concluye inequívocamente que el único tribunal al que la propia Constitución asigna competencia absoluta y privativa para iniciar en su fase preliminar el proceso penal, mediante el proceso de desafuero, es la Corte de Apelaciones respectiva, siendo en consecuencia incompetente el juez de garantía para intervenir en cualquier proceso penal en el que se impute a un parlamentario en ejercicio.

No obstante que estos argumentos serían suficientes para acoger el requerimiento interpuesto, estos jueces, dada la trascendencia de la materia sub lite, estiman conveniente reflexionar acerca de las demás materias contempladas en el requerimiento;

**CUARTO.-** Que, en el propósito antes indicado, corresponde ahora señalar que para explicar el cambio de nomenclatura, de "procesado" a "acusado", es menester recordar el texto del Mensaje por el que el Ejecutivo envió la iniciativa del nuevo Código Procesal Penal, en la parte que expresa que *"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”.*

Cabe señalar que tanto la reforma al artículo 61 como la del artículo 16 de la Carta Fundamental, en lo que interesa para la solución de este conflicto de constitucionalidad, sustituyen en dichos textos la voz “procesado” por “acusado”, esta última condición procesal empleada en forma diferente a la del antiguo sistema de enjuiciamiento penal, en el cual mediante la formulación de la acusación jurisdiccional se abría la etapa de plenario, pudiendo plantearse, además, acusación particular por parte del querellante, si lo hubiere.

En los términos del actual Código Procesal Penal, la acusación se encuentra contemplada en su artículo 259, dentro de las normas de preparación del juicio oral, disponiendo que debe formularse una vez concluida la etapa de investigación. Sin perjuicio de que dicha norma no contempla una definición de la acusación, contiene sus elementos fundamentales, al señalar:

*“Artículo 259.- Contenido de la acusación. La acusación deberá contener en forma clara y precisa:*

- a) La individualización de el o los acusados y de su defensor;*
- b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;*

- c) *La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal;*
- d) *La participación que se atribuyere al acusado;*
- e) *La expresión de los preceptos legales aplicables;*
- f) *El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio;*
- g) *La pena cuya aplicación se solicitare, y*
- h) *En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.*

*Si, de conformidad a lo establecido en la letra f) de este artículo, el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades.*

*La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.”;*

**QUINTO.-** Que debe precisarse, en primer lugar, que la institución del desafuero opera en la fase de iniciación del proceso penal en contra de un parlamentario y, en cambio, la acusación se produce en su fase final, lo que se traduce en que se ha provocado una desarmonía entre el

término "acusación" empleado por la Constitución Política y el que utiliza el Código Procesal Penal, especialmente considerando que el imputado puede, durante las etapas del proceso previas a la acusación, haber sido ya objeto de citación, detención, prisión preventiva u otra medida cautelar personal.

De acuerdo a la norma constitucional invocada, el parlamentario debe ser desaforado, como ya se dijo, previamente a la apertura del proceso penal en su contra, la que de acuerdo al Código Procesal Penal se iniciará con su formalización por el Ministerio Público y continuará con la citación y los apercibimientos que, según el nuevo Código de enjuiciamiento, son consecuencia de su dictación.

Esta conclusión se desprende nítidamente de las dos alternativas que contempla el inciso segundo del artículo 61 de la Carta Fundamental, que distingue entre la acusación y la privación de su libertad.

Como ya se considerara precedentemente, y más adelante se demostrará, formalizar a una persona es darle el carácter de imputado en el proceso penal, lo que equivale al término acusación que emplea la Carta Fundamental, el cual debe ser entendido en sentido amplio, como ya se señalara por esta Magistratura en sus sentencias roles N°s 478, 529 y 533, y debe ser comprendido a la luz del objetivo fundamental de eliminar la voz "procesado" en el actual artículo 61, lo que se hizo a través del uso en sentido amplio de la voz acusado, la cual no tiene el mismo alcance restringido usado por el Código Procesal Penal. En este orden, cabe señalar que el proceso de interpretación de la

Constitución no debe hacerse de forma únicamente literal ni teniendo como condicionantes a preceptos legales de inferior jerarquía, pues por esa vía se somete a la norma constitucional "con infracción patente de la lógica, a los preceptos que se le hayan subordinados" (José Luis Cea Egaña, "El Nuevo Derecho Público en la Doctrina Chilena", Cuadernos del Tribunal Constitucional, número 30, Santiago de Chile, año 2006, pág. 13). En síntesis, como dijo el *Chief of Justice* John Marshall en el proceso *Mac Culloch vs. Maryland*, en 1819, "nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución".

La formalización es un acto procesal previo a la citación, la que sin duda debe practicarse a continuación para que produzca sus efectos. Por lo tanto, la formalización es el acto que contiene la imputación, mediante el cual se inicia el proceso penal. Por ello, resulta obvio que el desafuero deberá otorgarse antes de la formalización, ya que ésta genera la posterior citación y la obligación de concurrencia al tribunal bajo apercibimiento legal, ello luego de que el Ministerio Público haya reunido las pruebas necesarias para formalizar.

Lo anterior es concordante con el carácter previo que se le reconoce al desafuero, pues precisamente se establece para que el parlamentario no pueda ser enjuiciado sin que previamente el tribunal competente se haya pronunciado sobre este requisito habilitante de procesabilidad.

Por el contrario, si la sentencia rechaza el desafuero, no se podrá iniciar proceso judicial en contra del aforado;

**II.- EL DESAFUERO ES UN PROCESO REGULADO POR UN  
PROCEDIMIENTO.**

**SEXTO.-** Que el Código Procesal Penal regula el procedimiento de desafuero en su Libro Cuarto, que contiene los que denomina "Procedimientos especiales", estableciendo en su Título IV el "Procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional";

**SÉPTIMO.-** Que, como lo ha señalado este Tribunal en sentencias recaídas en los procesos roles 389, 417, 478, 529 y 533, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar, como mínimo, las garantías del emplazamiento, de la bilateralidad, de una adecuada asesoría y defensa letrada, la producción libre de pruebas, y la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores.

En consecuencia, el Código Procesal Penal, al establecer un procedimiento para el desafuero, debiera dar eficacia en la sustanciación del proceso a los principios antes enunciados;

**OCTAVO.-** Que la resolución que concede o deniega el desafuero es una sentencia definitiva y como tal queda amparada por la garantía constitucional prevista por el artículo 19, número 3, de la Carta Fundamental, en orden a que debe ser fundada y dictada de conformidad a lo actuado en el marco de un proceso previo legalmente tramitado, el que debe contar, además, con las garantías de ser racional, justo y oportuno. Es del caso señalar que en la Carta Fundamental no se encuentran excepciones a dicha garantía;

**NOVENO.**— Que el proceso de desafuero termina con la resolución que lo concede o deniega, sentencia que dirime un conflicto de relevancia jurídica y como tal es la culminación de un proceso, previo y autónomo, en el cual sólo se discute si hay mérito suficiente para dar lugar a la formación de causa en contra de un aforado y, por ende, si procede o no privarlo del fuero para ser, como su consecuencia, enjuiciado por los tribunales penales correspondientes. En ese orden, el Código Procesal Penal conceptúa el desafuero como un juicio especial y previo, para que el aforado pueda ser acusado jurisdiccionalmente por un hecho que revista caracteres de delito;

**DÉCIMO.**— Que, además de estas reflexiones, debe tenerse especialmente en cuenta lo prevenido por los Ministros señores Marcelo Venegas y Hernán Vodanovic en la sentencia Rol N° 561 de esta Magistratura, considerando noveno de su prevención, en orden a que:

*"La formalización implica el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, dirigida al juez competente, que en este caso es el juez de garantía. Su natural efecto es que, afectado por una medida cautelar, debe el imputado concurrir al tribunal en carácter de sospechoso de haber participado en un hecho punible, facultad que choca frontalmente con la disposición constitucional y legal que exige el desafuero previo para que un senador o diputado pueda ser objeto de tales medidas cautelares.*

*Por lo tanto, la formalización de un parlamentario requiere de un desafuero previo."*

En dicha prevención se agrega y reitera que, de conformidad al artículo 61 de la Carta Fundamental, "el

*parlamentario a quien se atribuye un delito queda a disposición del juez competente sólo desde que se declara, por resolución firme, que hay lugar a la formación de causa en su contra, y nunca antes de que ello ocurra. Para hacer más evidente esta conclusión basta cotejar el primer efecto de la formalización, consignado en la letra a) del artículo 233 del Código Procesal Penal, que consiste en **suspender el curso de la prescripción de la acción penal "en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal"**, con el texto de esta última norma, el cual establece que ello ocurrirá **"desde que el procedimiento se dirige en contra"** del parlamentario imputado, esto es, desde que éste queda a disposición del juez de garantía."*;

**DECIMOPRIMERO.**- Que, por su parte, y en concordancia con lo expuesto, se debe precisar y reiterar que el artículo 416 del Código Procesal Penal establece que, en delitos de acción pública, el desafuero sólo se podrá solicitar una vez agotada la investigación no jurisdiccional por parte del fiscal, dejando en claro que la misma no afecta ni el fuero ni el ejercicio del cargo por el aforado;

### **III.- OPORTUNIDAD EN QUE PUEDEN DECRETARSE MEDIDAS CAUTELARES EN CONTRA DEL AFORADO.**

**DECIMOSEGUNDO.**- Que, acorde con lo anterior, el inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal es categórico en cuanto exige un proceso previo de desafuero si durante la investigación el fiscal quisiera solicitar al juez de garantía alguna medida cautelar en contra de un parlamentario.

Puede concluirse así que, en forma literal, clara y concluyente, el nuevo Código contempla la citación entre

las medidas cautelares personales que se pueden decretar en contra del imputado, en el Título V de su Libro I, que en su párrafo segundo, artículo 123, la establece expresando que *"Cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal, éste dispondrá su citación"*, lo que confirma que antes de ser citado ya fue imputado, y en tal carácter se considera necesaria su comparecencia ante el tribunal;

**DECIMOTERCERO.-** Que corresponde, en esta fase considerativa y para una mejor apreciación de los antecedentes que plantea la requirente, reflexionar acerca de la situación del imputado en el proceso penal.

En primer lugar, se debe precisar que el artículo 7° del Código Procesal Penal, ubicado dentro de las disposiciones generales, principios básicos, no define al imputado, sino que se refiere a la "calidad" de imputado, describiéndosele como la persona *"a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento -léase proceso- en su contra"* y agrega que, 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 atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible"*.

De la redacción del citado artículo 7° se desprende nítidamente y sin lugar a dudas que cuando imputa el Ministerio Público, lo hace o para iniciar la investigación extrajudicial de los hechos, o bien, cuando exista mérito suficiente, accionar ante el tribunal

competente, para que abra un proceso jurisdiccional. Cabe concluir, entonces, que mientras no se formalice la investigación, es decir, mientras se investiga extrajudicialmente, como ya se afirmara precedentemente, no se requiere que el parlamentario imputado haya sido previamente desaforado. Pero igualmente resulta evidente concluir que cuando decida ocurrir al tribunal competente para iniciar el proceso penal en su contra, con los efectos que ello produce, indudablemente, sí lo requiere;

**DECIMOCUARTO.-** Que, no obstante que el Código Procesal Penal se refiere al imputado fundamentalmente para reconocerle sus derechos y garantías en los artículos 93 a 107, como ya se dijo, no lo define en cuanto sujeto procesal, por lo que resulta necesario acudir a la doctrina para precisar su identificación jurídica.

Para el Derecho Procesal Penal, el concepto de imputado surge nítidamente cuando se examina la formación de la convicción del juez en torno a la existencia del hecho punible y de los participantes en su comisión. Actualmente, también puede lograrla el Ministerio Público en su investigación extrajudicial. En este ámbito, el imputado, también denominado simple imputado, es aquel que aparece o es sindicado como simple sospechoso de haber participado en la comisión de un hecho punible.

En el sistema del Código de Procedimiento Penal, esta convicción la lograba el juez de acuerdo al mérito del sumario, que arrojaba los datos y pruebas que hacían presumir su responsabilidad penal.

Actualmente, en los procesos que se tramitan de acuerdo a los procedimientos del nuevo Código Procesal Penal, actúa exclusivamente en esta primera fase de

carácter investigativo y extrajudicial el Ministerio Público, de acuerdo a lo previsto en los artículos 83 de la Constitución Política y 166, inciso segundo, de dicho Código.

En concordancia con el citado artículo de la Carta Fundamental, esta imputación es la que le permite iniciar la investigación no jurisdiccional del hecho ocurrido y luego, si corresponde, encausarla ante el tribunal competente.

Sin embargo, hace excepción a esta regla general el enjuiciamiento de los parlamentarios, toda vez que, como ya quedó demostrado, le corresponde privativa y previamente a la Corte de Apelaciones respectiva decidir si se hace o no lugar a la formación de causa en su contra y sólo cuando la solicitud de desafuero sea acogida mediante resolución firme se cumplirá con los presupuestos procesales para emplazarlo y forzarlo a comparecer ante el tribunal como sujeto pasivo del proceso penal;

**DECIMOQUINTO.-** Que igualmente resulta importante destacar, para la mejor comprensión de este requerimiento y su acertada resolución, que las actuaciones del Ministerio Público que afecten al imputado en sus derechos que le asegura la Constitución, o los restrinjan o los perturben, requerirán siempre de aprobación judicial previa, estableciendo la propia Carta que, en el caso de los parlamentarios, resulta obvio que sus derechos se afectan en el sentido que precisa la Carta, cuando la formalización produzca su natural efecto, esto es, su sometimiento al juez competente y la posterior citación al tribunal para comunicarle que se encuentra

formalizada una investigación en su contra en calidad de imputado, lo que trae como natural efecto su obligación de concurrir al tribunal, bajo sanción de privación de su libertad si no lo hiciese.

El fuero se encuentra previsto precisamente para que ello no ocurra, colocando una barrera entre la investigación no jurisdiccional del Ministerio Público y el emplazamiento del aforado en el proceso penal, que sólo puede ser removida, como se ha reiterado, por la sentencia que acoge el desafuero;

**DECIMOSEXTO.-** Que también, en esta parte, debe tenerse muy especialmente presente que el artículo 231 del Código Procesal Penal, norma impugnada en el caso sub *lite*, a propósito de la formalización de la investigación que hace el Ministerio Público respecto de un imputado, expresa *"a esta audiencia se citará al imputado"* y naturalmente que dicha citación por mandato de la ley es la medida cautelar contemplada en el Título V, Párrafo 2º, del citado Código y que genera como su efecto propio la restricción de su libertad personal y su eventual privación, si no concurre oportunamente al llamamiento judicial;

**DECIMOSÉPTIMO.-** Que, en mérito de lo razonado, en opinión de estos previnientes, el Tribunal de Garantía de Quilpué no podrá abrir proceso, formalizar, citar ni menos apercibir a la diputada María Amelia Herrera Silva con las medidas de apremio contempladas en el artículo 33 del Código Procesal Penal, sin que previamente la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva, mediante resolución firme, haya declarado haber lugar a la formación de causa por alguno de los delitos que se le

imputan, quedando, en tal caso, suspendida de su cargo, por carecer de competencia, y como si ello no fuere suficiente, con el mérito de lo razonado precedentemente;

#### IV.- LA CITACIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR.

**DECIMOCTAVO.**- Que cabe concordar lo antes mencionado con el Título II, Párrafo 4º, del Código Procesal Penal, que expresa, en su artículo 33, que cuando fuere necesario citar a alguna persona para llevar a cabo una actuación ante el tribunal, se le notificará la resolución que ordenare su comparecencia. El inciso tercero de dicho artículo se refiere precisamente a la citación del imputado y señala que si éste no comparece injustificadamente, el tribunal podrá ordenar que sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva.

De esto puede colegirse nítidamente que el citado Código regula claramente el concepto y efectos de la citación como medida cautelar personal.

Por su parte, el artículo 61 de la Constitución, en concordancia con la disposición impugnada en este requerimiento y las normas que lo respaldan en el Código Procesal Penal, impiden, antes de que se otorgue el desafuero, que el parlamentario sea citado a la presencia judicial.

Cabe recordar que, dentro del ámbito del Código de Procedimiento Penal, la citación se empleaba para hacer concurrir al tribunal al simple sospechoso, al que luego de tomársele declaración, quedaba el tribunal facultado para dejarlo en libertad incondicional, detenido o preso, según el mérito del proceso.

En cambio, en el nuevo Código Procesal Penal, como ya se recordó, la investigación es conducida por el fiscal, el que en un momento determinado decide traspasar el conocimiento que tiene al sistema jurisdiccional a fin de que se abra proceso jurisdiccional para conocer y resolver. De acuerdo con ello, el artículo 229 del Código de enjuiciamiento penal vigente expresa: *“la formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra, respecto de uno o más delitos determinados”*.

De acuerdo al artículo 230, el fiscal podrá formalizar la investigación cuando lo considere oportuno; no obstante, estaría obligado a hacerlo cuando solicite medidas cautelares, las que no podrá pedir en el caso de parlamentarios en ejercicio;

**DECIMONOVENO.-** Que, según se desprende del tenor literal de las disposiciones constitucionales y legales citadas, la formalización de la investigación implica el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público respecto del imputado, dirigida al juez competente, que en este caso es el juez de garantía, para que abra proceso. Su primer y natural resultado se traduce en que pasa a ser judicialmente imputado y, afectado por su posterior citación, debe concurrir al tribunal en carácter de sospechoso de haber participado en un hecho punible, bajo apercibimiento de ser arrestado si no concurre, posibilidad que choca frontalmente con la disposición constitucional y las normas legales que la complementan, que exigen el

desafuero previo para que un senador o diputado pueda ser objeto de tales apremios;

#### V. CONSIDERACIONES FINALES.

**VIGÉSIMO.-** Que, precisado lo anterior, cabe ahora concluir, con el mérito de las consideraciones precedentes, que el artículo 231 del Código Procesal Penal debe ser declarado inaplicable por vicios de inconstitucionalidad en el caso concreto sometido al conocimiento y decisión de este Tribunal Constitucional.

El Ministerio Público deberá accionar necesariamente ante el tribunal competente, como lo señala expresamente el artículo 61 de la Carta Fundamental, en concordancia con su artículo 76.

Sobre este punto, cabe considerar que la norma que asegura en el Código Procesal Penal la garantía del fuero al parlamentario se encuentra en el artículo 416, norma que limitándose a desarrollar y complementar el artículo 61 de la Carta Fundamental, choca frontalmente con la interpretación y aplicación que pretende la Fiscalía para abrir proceso y requerir la formalización y citación sin desafuero previo y ante un tribunal que en esta fase es absolutamente incompetente.

En tales circunstancias, la aplicación del precepto impugnado provoca, como su normal efecto, una incongruencia con la Constitución, pues el parlamentario, en este momento procesal, es sindicado como sujeto pasivo de un proceso penal, debiendo aplicársele, con sujeción al procedimiento establecido en las disposiciones ya invocadas del citado cuerpo de enjuiciamiento criminal, a lo menos, la medida cautelar

de citación como única forma de continuar con la substanciación de la causa, en circunstancias que la Constitución le impide hacerlo;

**VIGESIMOPRIMERO.**— Que, a mayor abundamiento de lo expresado, se desprende, en mérito de lo dispuesto por los artículos 6º, 7º, 19, número 3º, 61, 76 y 83, todos de la Constitución Política, que:

1. El Ministerio Público es el organismo encargado de realizar en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito y la determinación de sus partícipes.

2. Si entre ellos aparece como presunto imputado una persona que goza de fuero constitucional, el referido organismo, a través de sus representantes, deberá ocurrir al único tribunal competente para iniciar el proceso jurisdiccional, y ese tribunal, por mandato expreso de la Constitución, es el Tribunal de Alzada, es decir, la Corte de Apelaciones respectiva.

Es opinión de estos Ministros que el juez de garantía establecido en el Código Procesal Penal, como consecuencia de lo expresado, es incompetente para conocer de procesos en los que se impute a parlamentarios en ejercicio, sin la previa declaración de desafuero.

3. La citación es uno de los efectos de la formalización y ésta debe ser necesariamente decretada en un proceso abierto ante juez competente; por lo tanto, como el parlamentario en ejercicio no puede ser imputado al no poder formarse

causa en su contra, no puede consecuentemente ser formalizado ni citado.

4. Resultan contrarias a la Constitución la formalización, la citación y el eventual arresto de un parlamentario sin haber sido previamente desaforado;

**VIGESIMOSEGUNDO**- Que, finalmente, respecto a lo alegado por el Ministerio Público en orden a que el precepto impugnado no resulta decisivo en la gestión en la que incide el requerimiento, cabe tener presente que, en esta materia, la doctrina de este Tribunal apunta a si la inaplicación del precepto produciría eventualmente un resultado diferente al de su aplicación, lo que en este caso resulta meridianamente claro, toda vez que de aplicarse la norma se formalizaría y se decretaría una medida cautelar en contra de la requirente sin el trámite previo del juicio de desafuero, lo que se impedirá en caso de declararse inaplicable el precepto, lo que se traduce en que no se puede formalizar ni decretar consecuentemente citación alguna sin previo desafuero, como ya se concluyó.

Además de ello, el Ministerio Público pretende diferenciar la citación del artículo 33 del Código Procesal Penal de la establecida en el artículo 231 del mismo cuerpo legal, norma impugnada en estos autos. Independiente de la posición académica en torno a esta materia, para efectos del presente juicio de inaplicabilidad no resulta relevante ni tiene aplicación, puesto que todo lo razonado precedentemente conduce a que el juez de garantía es incompetente para abrir causa en contra de un parlamentario en ejercicio y, por ende, si

no puede formalizarlo, de ninguna manera puede citarlo, pues además la citación establecida por el precepto impugnado se dicta bajo apercibimiento de arresto, por lo cual la afectación a la libertad personal y la eventual presencia de medidas cautelares sin desafuero está presente en ambos casos, violando frontalmente en esa parte el tantas veces citado artículo 61 de la Constitución Política.

**B. Prevención del Ministro señor Mario Fernández Baeza.**

1. Que como este Ministro previniente ha expresado reiteradamente en prevenciones y disidencias recaídas en las causas de Roles N°s. 478, 561, 661, entre otras, la aplicación del artículo 416 del Código Procesal Penal, en cualquiera de sus tres incisos, no puede sino resultar contraria a la Constitución en la medida en que la consistencia jurídica procesal de su texto no se condice con los importantes efectos que su verificación ocasiona en el sistema republicano y democrático que el artículo 4° de la Constitución establece para Chile. En expresiones breves y unívocas: la suspensión de un cargo originado por el ejercicio de la soberanía realizado por el pueblo de acuerdo al artículo 5°, inciso primero, de la Constitución, no puede decidirse a través de un procedimiento reñido con las garantías procesales que el mismo texto establece en el numeral tercero de su artículo 19.

2. Que en la causa *sublite* queda en evidencia el inevitable efecto contrario a la Constitución de la aplicación del artículo 416 del Código Procesal Penal en relación con el concepto *investigación*, mencionado

expresamente dos veces en el precepto, pero omnipresente en él, pues abarca todo el Título I del Libro Segundo del cuerpo legal mencionado. En efecto, la *formalización*, a secas, reiterada en la causa *sublite* incluyendo el fallo y sus prevenciones, no es sino la *formalización de la investigación* como se denomina en el Párrafo 5° del Código de autos, presentada como “la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.”. Esa investigación que se “desarrolla actualmente” al momento de su formalización, es por definición “desformalizada”, esto es, desprovista de cauce ordenado, regular, no sujeta a escrutinio por alguna instancia imparcial, ajena a los afanes del fiscal, y lo más grave, sin conocimiento del afectado, mismas características que abarcan también al procedimiento, teniendo a la vista el tenor del artículo 230 del Código de marras, “el fiscal podrá *formalizar la investigación* cuando considere oportuno *formalizar el procedimiento* por medio de la intervención judicial”. En otros términos, la actividad estatal invasiva sobre aquella persona sujeta al arbitrio de un funcionario, se regulariza cuando aquel así lo estima oportuno en su investigación y procedimiento, justamente los dos bienes eventualmente garantizados en sus calidades de racionales y justos por la Constitución Política de la República.

Redactó la sentencia el Ministro señor Francisco Fernández Fredes, y las prevenciones, sus autores, el Presidente del Tribunal Constitucional, Ministro señor

Juan Colombo Campbell, y el Ministro señor Mario Fernández Baeza.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**ROL N° 736-07.-**

Se certifica que los señores Ministros, don José Luis Cea Egaña y don Enrique Navarro Beltrán, concurrieron a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firman por encontrarse en comisión de servicio en el extranjero. Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Juan Colombo Campbell y los Ministros señores, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.