

Santiago, nueve de noviembre de dos mil seis.

**VISTOS:**

Con fecha 11 de julio de 2006, el senador Juan Pablo Longueira Montes, ha formulado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal, en la solicitud de desafuero ingreso N° 7203-2006, Secretaría Criminal de la Corte de Apelaciones de Santiago, por infringir los artículos 19 N° 3 inciso quinto y N° 26; 61 y 76, de la Constitución Política de la República.

Señala el peticionario que con fecha 11 de mayo pasado, José Luis Artiagoitía Alti solicita el desafuero del senador Longueira ante la Corte de Apelaciones de Santiago, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal. Previamente había interpuesto una querrela ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 1851-2006 RUC 0610006259-1, por el presunto delito de injurias y calumnia con publicidad.

La solicitud de desafuero tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad penal como autor del delito de calumnia e injurias con publicidad.

El requirente señala que artículo 61 incisos primero y segundo de la Constitución contemplan dos privilegios de la función parlamentaria -las inmunidades-, que consisten en la inviolabilidad y el fuero, respectivamente.

El verdadero titular de esta garantía es el órgano al cual pertenece el parlamentario y su finalidad es amparar la autonomía de que deben gozar en el ejercicio de sus funciones.

La garantía del fuero se manifiesta en que el derecho a la acción penal de los presuntos ofendidos no puede alterar la labor legislativa, por lo cual el tribunal deberá acceder al desafuero del parlamentario siempre que se constate, mediante un examen de la causa, que no se pretende alterar el trabajo parlamentario.

Según el procedimiento señalado para los delitos de acción privada, el querellante debe ocurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva solicitando que declare ha lugar la formación de causa, antes de que se admitiere a tramitación la querrela por el juez de garantía.

Este procedimiento vulnera los fines de la institución del fuero parlamentario, y ciertamente la obligación constitucional de que toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, estableciendo por el legislador siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, como lo señala el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Carta Fundamental.

Es del caso que el artículo 416 del Código Procesal Penal indica que respecto de los delitos de acción pública sólo una vez investigada la participación de un parlamentario en un hecho que revista los caracteres de delito, y siendo acreditada, el fiscal podrá pedir el desafuero para formular la respectiva acusación.

Por tanto, respecto de los delitos de acción pública hay un margen de certeza respecto de la existencia del hecho punible y de la participación del imputado, lo cual permite al Ministerio Público fundar la acusación y seguir las etapas posteriores del procedimiento ordinario.

Sin embargo, en el procedimiento de desafuero de delitos de acción penal privada no hay investigación, por lo que previo a la admisibilidad de la querrela por el juez de garantía, el querellante debe ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva para solicitar el desafuero.

En este caso condicionó la procedencia del desafuero al sólo mérito de la querrela. Incluso el juez para pronunciarse sobre la admisibilidad debe previamente contar con la resolución respectiva de la Corte de Apelaciones.

Así, las normas constitucionales infringidas son:

- Artículo 91 N° 3 inciso quinto, que garantiza un procedimiento y una investigación racional y justa. Sin embargo, en los delitos de acción privada las personas que gozan de fuero no tienen posibilidad de que se investigue el hecho que sirve de fundamento al ejercicio de la acción penal, como también, que después la Corte de Apelaciones con todos los antecedentes pueda pronunciarse sobre la procedencia del desafuero, sino que tiene que ser desaforada y ahí recién se inicia el proceso en su contra, por lo que los parlamentarios quedan desamparados respecto de la garantía señalada.

- Artículos 61 y 19 N° 26, porque si el órgano jurisdiccional debe emitir un pronunciamiento sólo con el mérito de la querrela presentada por el particular en ejercicio de una acción penal privada, la garantía del desafuero se torna ilusoria, todo lo cual crea una inseguridad jurídica para el órgano legislativo que afecta la independencia de ese Poder del Estado, ya que el bien jurídico protegido es la independencia que debe tener la función parlamentaria.

- Artículo 76 inciso primero, puesto que la facultad de conocer está estrechamente vinculada a la facultad de juzgar, de tal modo que lo resuelto no puede separarse de la etapa que lo antecede, que es el conocimiento del asunto controvertido. La disposición cuestionada - artículo 416-, al establecer que la Corte de Apelaciones debe pronunciarse sobre la petición de desafuero de un parlamentario, querellado por un delito de acción privada con el sólo mérito de la querrela, resulta contrario al artículo 76 de la Carta.

Solicita finalmente que se tenga por interpuesta la acción de inaplicabilidad en el caso individualizado, declarando inaplicable el referido artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal por ser contrario a la Constitución.

Con fecha 19 de julio, fue declarado admisible por la Primera Sala de esta Magistratura, otorgándose la suspensión del procedimiento y se le dio el correspondiente trámite en el Pleno.

Con fecha 7 de septiembre, el representante de José Luis Artiagoitia Alti ha formulado observaciones a la acción de inaplicabilidad de autos, señalando que el sistema establecido en la disposición impugnada, considerado como contrario a un procedimiento racional y justo, es decir, al debido proceso, debe entenderse en base al sistema procesal penal vigente, el cual parte de la base de la existencia de dos partes que deberán hacer valer sus pretensiones ante un tribunal imparcial quien resolverá el litigio.

El sistema adversarial perfecto, en lo que se refiere a su dinámica jurisdiccional, se compone de tres

instancias jurisdiccionales, el juez de control en la etapa de investigación, y el juez que dictará sentencia. Sin embargo, existe un tercer juez, de plausibilidad, que tiene como sustento y fundamento la necesidad de analizar los antecedentes aportados por el órgano persecutor penal para efectos de evaluar si éstos son plausibles de ser conocidos por un tribunal oral en lo penal. Se trata de un juez de la etapa intermedia, que tendría a su cargo la audiencia preparatoria del juicio oral.

Ya sea en el procedimiento de acción pública o el de acción privada, la Corte de Apelaciones debe realizar un trámite vital en el modelo adversarial, como es el de analizar la plausibilidad de la solicitud del Ministerio Público o de los querellantes, no sólo analizando la mera formalidad respecto de esta acción, sino que analizando los elementos de cargo, lo que implica que la carga procesal la tiene quien realiza la solicitud, por ende la que la prueba, la que debe acompañar los antecedentes.

Al alegarse que el parlamentario no puede ofrecer prueba en una etapa de la investigación, lo es porque la prueba en los delitos de acción privada deberá rendirse en la correspondiente audiencia del juicio oral simplificado que se realice.

Concluye en sus observaciones que el modelo establecido en el artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal es el más lógico si se entiende que el desafuero no es un juicio en si y por si, sino que reviste las características de un examen de procesabilidad.

Respecto de los efectos eventuales de privar del fuero a un parlamentario, sólo es un reflejo de las

normas del estado de derecho y en especial lo establecido en el artículo 19 N° 2 en lo relativo a la igualdad ante la ley.

Finalmente señala que lo que ingresa a la Corte de Apelaciones es la solicitud de desafuero y no necesariamente la querrela, que tienen naturalezas jurídicas distintas, con sus propias particularidades.

Se trajeron los autos en relación escuchando las alegaciones de los abogados de las partes, con fecha 19 de octubre de dos mil seis.

**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 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.*

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 compulsiva 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;

**VIGESIMO QUINTO:** Que, según lo prevé el artículo 61, inciso primero, de la Constitución Política de la República, "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". En consecuencia -como se recuerda en la motivación décimo primera-, frente a la imputación de un hecho delictivo un parlamentario goza de fuero, pero no de impunidad. Interpuesta la acción criminal en su contra, el ejercicio de la misma no puede verse impedido por la inaplicación del precepto legal que regula únicamente la oportunidad de la autorización previa que otorga el Tribunal de Alzada, pues el conflicto jurídico se resuelve reconociendo la eficacia normativa de la disposición contenida en el artículo 61, inciso segundo, de la Ley Fundamental. Ella deriva de la supremacía de la Constitución y su vinculación directa con los órganos del Estado y toda persona o grupo, bases fundantes de la institucionalidad;

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que, como consecuencia de lo anteriormente razonado, esta Magistratura acogerá el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo cual la Corte de Apelaciones estará en condiciones de resolver la materia de su competencia con el mérito de las disposiciones constitucionales y legales aplicables al caso, solamente con exclusión del artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal.

**Y VISTOS,** lo dispuesto en los artículos 5º, 6º, 7º, 19 Nº 3, 61, 76 y 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República; 26 a 33 y 38 a 45 de la Ley Nº 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° 7203-2006, 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,

Guiseppe 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.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y la prevención su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 529-2006.-**

Se certifica que el Ministro señor Juan Colombo Campbell concurrió a la vista y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse ausente con permiso.

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, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.