

FUERO PARLAMENTARIO Y NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Francisco ZÚÑIGA URBINA*

SUMARIO: I. *Prolegómenos*. II. *Procedimiento de desafuero parlamentario. Generalidades*. III. *Génesis y contenido de los artículos 61 de la Constitución y 416 del Código Procesal Penal*. IV. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del inciso tercero del Código Procesal Penal*. V. *Constitucionalidad del inciso primero y segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal*. VI. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de los incisos primero y segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal*. VII. *Conclusiones*.

I. PROLEGÓMENOS

Nos interesa abordar en este trabajo monográfico el privilegio de la inmunidad o fuero parlamentario del artículo 61 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR o Constitución) y su desarrollo legal en el artículo 416 del Código Procesal Penal, así como también en la reciente jurisprudencia constitucional, retomando un abordaje al tema de hace más de un lustro, es decir, anterior a la puesta en marcha de la reforma procesal penal y de la reforma constitucional de 2005, promulgada a través de la Ley núm. 20.050.¹

* Profesor de derecho constitucional.

¹ Zúñiga Urbina, Francisco, “Justicia y política: evolución de la inmunidad parlamentaria en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Con-*

En cuanto a la muy importante reforma constitucional de 2005 atinente al estatuto del poder y que restituye completamente nuestra tradición republicana y Estado de derecho, ésta no hizo suya la tarea de poner al día o adecuar sustantivamente la Constitución a la reforma procesal penal y al nuevo Código Procesal Penal, por lo que los cambios introducidos al artículo 61 de la misma carta son simplemente de adecuación mínima al nuevo sistema de enjuiciamiento criminal. Todo lo anterior en el contexto de una reforma constitucional moderadamente garantista, como hemos sostenido en otro lugar para designar el alcance de la reforma constitucional de 2005 en la parte dogmática del derecho constitucional.²

Desde nuestro punto de vista, el fuero parlamentario, tradicionalmente concebido como un privilegio de inmunidad penal individual y relativa, recepcionado en el artículo 61, incisos segundo y siguientes de la CPR, debe ser encuadrado en cuanto privilegio parlamentario con el sistema de derechos y garantías, en especial con el principio de igualdad; por lo que la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad del artículo 416 del Código Procesal Penal, relativo al juicio especial de desafuero, es una interesante oportunidad para abordar los alcances del fuero parlamentario en el nuevo proceso penal acusatorio.

Finalmente, debemos subrayar que el Tribunal Constitucional deberá resolver en breve tiempo la cuestión de inconstitucionalidad incoada en relación con el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, y resolver en definitiva acerca de la validez del precepto como ley. Además, es probable que el Tribunal Constitucional deba resolver en breve acerca de la constitucionalidad de fondo de otros artículos de la legislación de enjuiciamiento criminal, concernientes a la formalización de la investigación y la imposición de medidas cautelares que pueden afectar a diputados o senadores, todo en relación con la exigencia de desafuero de estos parlamentarios.

temporánea, Santiago, 2001, pp. 125-149. Del mismo autor, en el contexto del antiguo Código de Procedimiento Penal y del artículo 58 de la Constitución Política de la República antes de la reforma constitucional de 2005, "El fuero parlamentario en la jurisprudencia", *La Revista de Derecho*, segunda época, año IX, núm. 4, enero-junio de 2003, pp. 443-478.

² *Reforma constitucional*, libro colectivo coordinado por Francisco Zúñiga U., Santiago, Lexis Nexis, 2005. También véase el libro colectivo coordinado por Humberto Nogueira A., *La Constitución reformada*, Santiago, Librotecnia, 2005.

II. PROCEDIMIENTO DE DESAFUERO PARLAMENTARIO. GENERALIDADES

1. *Naturaleza jurídica y objeto*

El “fuero parlamentario” es una prerrogativa o privilegio de carácter constitucional que impide la formación de causa criminal por crimen o simple delito en contra de los diputados y senadores, sin previa declaración de la Corte de Apelaciones competente, que, indicando que existe mérito para ello, autorice la formación de causa criminal en contra de éstos; y está destinado a asegurar la independencia de quienes ejercen funciones legislativas, así como el buen funcionamiento del Congreso Nacional (artículo 61, inciso segundo, CPR).³

El objeto del fuero parlamentario es que los miembros del Parlamento estén a cubierto de cualquier proceso criminal, de cualquier detención por parte de la autoridad judicial o gubernativa, con motivo de algún crimen o simple delito que se suponga hayan cometido fuera de las cámaras, salvo en el caso de delito flagrante. El fundamento de este privilegio no es otro que el de evitar que el gobierno o los particulares, valiéndose de cualquier medio de presión, alejen a las cámaras o a algún miembro de éstas que les convenga, promoviendo un proceso penal o decretando una detención.⁴ Es decir, persigue garantizar el libre ejercicio y dedicación a las funciones públicas, asegurando a los parlamentarios la tranquilidad necesaria para que puedan dedicarse de lleno a las tareas que la carta fundamental les encomienda. No se trata de hacerlos irresponsables de sus actos, de la no aplicación de la ley penal u otras leyes a ellos, sino que se trata de liberarlos de manejos ilícitos que puedan impedir su misión, para la cual fueron elegidos por la voluntad popular.

De esta manera, el fuero parlamentario coloca a los diputados y senadores miembros del Congreso Nacional en una situación especial de protección respecto de sus conductas y actuaciones que pudieren tener relevancia penal, más allá del privilegio de la inviolabilidad que opera en

³ Véase Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, t. VI, pp. 338-393.

⁴ Véase Pérez Serrano, Nicolás, *Tratado de derecho político*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1984; reimpresión de 1989, pp. 771-785.

relación con los delitos de opinión. En virtud del fuero parlamentario se les tiene a salvo de toda acción judicial o medida privativa de su libertad personal en que se trate de hacer efectiva o perseguir su responsabilidad criminal. Esta inmunidad paraliza relativamente la acción de la justicia, Ministerio Público y también de las policías, hasta que la autoridad competente, en nuestro medio la Corte de Apelaciones respectiva, en tribunal pleno, no haya declarado que se puede proceder en contra del parlamentario afectado, salvo el caso de delito flagrante, caso en el cual debe ser puesto a disposición de la Corte de Apelaciones, con la información sumaria correspondiente, la que previamente debe autorizar la formación de causa, existiendo mérito para ello. Así lo establece el artículo 61, incisos segundo a cuarto, de la CPR:

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 la 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 acuerdo con lo expuesto, el desafuero es condición necesaria para que tenga lugar la formación de causa criminal en contra de un parlamentario. En otras palabras, el desafuero *es el presupuesto necesario e indispensable del juicio criminal de que se trate*, y, por ende, su declaración en modo alguno implica que el congresista o parlamentario sea responsable del delito que se le imputa como autor, cómplice o encubridor.

En efecto, el desafuero no es un juicio criminal, sino que, por el contrario, es un procedimiento previo, indispensable para entrar a un juicio criminal, y no un antejuicio o pre-juicio como quiere sostener cierta doctrina y la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Así lo confirma nuestra doctrina jurisprudencial:

CUARTO: Que por la misma razón anterior, no puede transformarse la gestión de desafuero, así como la decisión que en ella recaiga, en un pronunciamiento anticipado acerca de los aspectos precedentemente indicados, como quiera que todos los procedimientos reglamentados en el Código Procesal Penal, incluido el de desafuero, se encuentran regidos por principios superiores que deben ser siempre considerados a la hora de decidir, como son, entre otros, los siguientes: el de que toda persona tiene derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial que señale la ley, en un juicio oral y público, y en caso de condena, que la sentencia debe ser debidamente fundada (artículos 1o. y 2o.); que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme (artículo 4o.); que las facultades, derechos y garantías que la Constitución y las leyes reconocen al imputado podrán hacerse valer por éste desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (artículo 7o.); que el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (artículo 8o.); y que se requiere de autorización judicial previa para toda actuación del procedimiento que privare al imputado del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o los restringiere o perturbare (artículo 9o.) (S.C. Apelaciones Temuco, 27 de enero de 2005, senador Lavandero Illanes).

El procedimiento de desafuero tiene por objeto hacer efectiva la condición de procesabilidad del diputado o senador cuya responsabilidad penal se trata de perseguir y que goza del privilegio o prerrogativa constitucional del fuero parlamentario, que determina, precisamente, que un parlamentario “no puede ser acusado o privado de 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 la formación de la causa” (artículo 61, inciso segundo, CPR).

2. *Sujeto activo del procedimiento*

Antes de la dictación y entrada en vigencia del Código Procesal Penal, se concluía que la petición de desafuero ante el tribunal competente podía ser solicitada por cualquier persona capaz, por el juez de la causa e incluso por el tribunal de alzada, lo que se desprendía del tenor del artículo 612 del Código de Procedimiento Penal, el que disponía 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 de primera instancia elevará los autos al tribunal de alzada correspondientes, a fin de que si hallare mérito, haga la declaración de que ha lugar a la formación de causa, si viendo el proceso por cualquier otro motivo, el tribunal de alzada halla mérito hará igual declaración.⁵

Actualmente, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 416 del Código Procesal Penal, que prescribe que:

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 a cuarto del artículo 61 de la Constitución Política, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondientes, a fin de que, si hallare mérito declare que ha lugar a la 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 trata de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía.

En consecuencia, tenemos que, para identificar al sujeto activo del desafuero, debemos distinguir entre delito de acción privada, frente al cual podrá pedir el desafuero de un parlamentario toda persona capaz de comparecer en juicio, y delito de acción pública, frente al cual podrá pedir el desafuero el fiscal competente, restringiéndose con ello la órbita de las personas que pueden solicitar el desafuero. Es indispensable precisar en este punto que el juez de garantía por ningún motivo puede elevar de oficio los antecedentes al tribunal de alzada para que éste, si hallare mérito, haga lugar a la formación de causa, por cuanto el juez de garantía no es el que sustenta la acción, ni tiene a su cargo la investigación; es decir, no es sujeto activo del procedimiento de desafuero.

⁵ Consúltese sobre las materias algunas obras generales, a saber: Verdugo M., Mario *et al.*, *Derecho constitucional*, 2 vols., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, vol. II, pp. 140-144.

3. *Requisitos de admisibilidad*

La legislación de enjuiciamiento criminal vigente contempla ciertos requisitos de admisibilidad para el desafuero, los que deben ser cumplidos sea que lo solicite el fiscal, sea que lo solicite el querellante particular. Tales condiciones son:

- 1) Que la persona contra la cual se solicita el desafuero tenga el cargo de parlamentario.
- 2) Que el fiscal sea una de las personas que solicita el desafuero en los casos que prevén los incisos segundo y tercero del artículo 61 de la carta política.
- 3) Que si es un particular el que solicita el desafuero:
 - a) La querella presentada por el particular para ante el juez de garantía reúna los requisitos o condiciones formales propios de todo escrito de querella (artículo 113, Código Procesal Penal).
 - b) Los hechos expuestos en la querella sean constitutivos de delito.
 - c) Del mérito de los hechos expuestos en la querella o de los antecedentes allegados al procedimiento de desafuero “se pueda concluir por el tribunal de alzada que la acción típica imputada se relaciona con quien aparezca como querellado, lo que no significa que esto implique una apreciación valorativa de los medios de prueba, los que deberán ser presentados y valorados en los juicios posteriores, si procedieren” (S.C. Suprema, 7 de junio de 2006, ingreso núm. 2.321-2006, cons. 11).

Respecto de las condiciones establecidas en el literal 3 precedente, debemos precisar que la Corte Suprema de Justicia ha entendido que no habiendo una explicación histórica (historia fidedigna) del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, la Corte de Apelaciones debe determinar si hay mérito para la formación de causa con los antecedentes que se hayan podido acompañar a la querella o al procedimiento de desafuero, o sobre la base de lo que se describa circunstanciadamente en la querella como hecho punible que se adecua al tipo en delitos de acción penal privada. En ello precisamente reside la precariedad del desafuero parlamentario de delitos de acción privada y explica sobradamente las

sentencias del Tribunal Constitucional estimatorias de las acciones de inaplicabilidad intentadas por parlamentarios en contra del inciso tercero del artículo 416 del Código del ramo.

Con todo, la jurisprudencia de la Corte Suprema entiende que no se trata de una simple revisión formal de la querrela, sino que la labor del tribunal de alzada no se agota en la revisión de los requisitos establecidos en los artículos 113 y 114 del Código Procesal Penal, puesto que debe encontrar indicios o sospecha de participación del aforado en los hechos que revistan caracteres de delitos (S.C. Suprema, 7 de junio de 2006, ingreso núm. 2321-2006); en otras palabras, la disposición legal citada debe aplicarse considerando íntegramente lo previsto en el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución, ya citado.

4. *Casos de procedencia del desafuero parlamentario*

Los parlamentarios pueden ser privados del privilegio de que se encuentran investidos con el objeto de ser sometidos a enjuiciamiento penal, en los casos y cumpliendo las condiciones siguientes:

A. Parlamentario sorprendido en delito flagrante

El inciso tercero del artículo 61 de la Constitución establece que “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”. Tal inciso anterior establece: “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 la formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema”.

De acuerdo a lo expuesto, la Constitución autoriza a todas las personas para detener a un parlamentario al que se sorprenda *in fraganti* en la comisión de un delito, con el sólo objeto de ponerlo inmediatamente a disposición del juez competente, dentro de las veinticuatro horas siguientes. En otras palabras, si un particular sorprende a un parlamentario co-

metiendo un delito flagrante, puede detenerlo con la sola finalidad de entregarlo en forma inmediata a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima. Por otro lado, si fuere la autoridad la que realizara la detención por delito flagrante, ésta deberá en forma inmediata, dentro de las doce horas siguientes a la detención, dar aviso a la fiscalía respectiva, poniendo al aforado a disposición de ésta.

En ambos casos toca al fiscal del Ministerio Público respectivo poner al aforado inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 417 del Código Procesal Penal, que dispone: “si el aforado fuere detenido por haberse sorprendido en delito flagrante, el fiscal lo pondrá inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva. Asimismo remitirá la copia del registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto”.

Cabe hacer notar que en caso de delito flagrante opera una suspensión o cese momentáneo del fuero parlamentario, para efectos de la detención del aforado, en la medida que en estos supuestos no es necesario obtener de la Corte de Apelaciones respectiva la declaración de formación de causa, sin perjuicio de que el fiscal se encuentra obligado con posterioridad y dentro del término exigido en la Constitución y en la ley a solicitar el desafuero del diputado o senador detenido.

B. Parlamentario que ha cometido un delito por el cual se pueda ordenar su detención

En este caso es necesario distinguir si la solicitud es realizada por el querellante particular o por la fiscalía, y en este último hay que distinguir si el fiscal lo solicita al cierre de la investigación, cuando estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito contra un parlamentario, o durante ésta (investigación), cuando quisiere solicitar la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar.

a. A petición del querellante

El inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal dispone 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”. En consecuencia, tenemos que, tratándose de un delito de acción privada, el particular deberá, necesariamente, presentar su querrela ante el juez de garantía respectivo y con el mérito de la sola presentación de ésta deberá concurrir al tribunal de alzada solicitando el desafuero del parlamentario.

Es de hacer notar que la querrela presentada ante el juez de garantía es de suma importancia, toda vez que la Corte de Apelaciones respectiva no hará una simple revisión formal de ésta, en el sentido de si cumple o no con lo dispuesto en los artículos 113 y 114 del Código Procesal Penal, sino que, además, según lo señala reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia y al tenor del artículo 61, inciso segundo, de la Constitución, el tribunal de alzada respectivo realizará un control de tipicidad del hecho descrito como delito en la querrela, determinando si hay indicio o sospecha de participación del aforado en el ilícito, esto es, conformando el actuar del parlamentario con el tipo penal, según hemos expuesto.

El mencionado inciso 3 del artículo 416 del Código del ramo —como se ha dicho— ha sido objeto de sendas declaraciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, a través de sentencias del Tribunal Constitucional (STC Rol 478-2006).

b. A solicitud del fiscal

De conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 61 de la Constitución, cuyo alcance veremos en su oportunidad.

Cabe señalar en este punto que se desprende claramente del artículo 416 citado que el querellante particular jamás podrá solicitar el desafuero con el sólo objeto de obtener la prisión preventiva del parlamentario, ya que el inciso *b* del artículo 141 del Código Procesal Penal declara la improcedencia de la prisión preventiva cuando se trata de un delito de acción privada.

5. Obligación de remisión de antecedentes al tribunal competente

Los artículos 416 y 417 del Código Procesal Penal establecen que una vez que se solicite por la fiscalía el desafuero de un parlamentario, o en caso de delito flagrante, se deberán remitir al tribunal competente todos

los antecedentes que existieren para que, si hallare mérito, éste declare que ha lugar a la formación de causa.

Tratándose de delito de acción privada, el querellante debe procurar presentar conjuntamente con la solicitud de desafuero parlamentario la querrela entablada ante el juez de garantía respectivo y los antecedentes acompañados a ésta, ya que la Corte de Apelaciones debe determinar si hay mérito suficiente para la formación de causa teniendo a la vista tales antecedentes, por cuanto del contenido descriptivo de la querrela y de los antecedentes acompañados a ésta la Corte de Apelaciones deberá determinar si cumple con las condiciones de admisibilidad de la petición de desafuero, a saber: si la querrela reúne los requisitos o condiciones formales propios de todo escrito de querrela (artículo 113, Código Procesal Penal); si los hechos expuestos en la querrela son constitutivos de delito, y si del mérito de los hechos expuestos en la querrela y/o de los antecedentes allegados al procedimiento de desafuero se puede concluir que la acción típica imputada se relaciona con quien aparece como querrellado (S.C. Suprema, 7 de junio de 2006, ingreso núm. 2.321-2006, cons. 11).

6. Tramitación ante la Corte de Apelaciones

Una vez presentada la solicitud del desafuero, ya sea por el fiscal o por el querellante, la Corte de Apelaciones fijará una audiencia para un día y hora determinado, con el objeto de conocer la petición de desafuero intentada en contra del diputado o senador, según sea el caso. En la audiencia fijada, la defensa del parlamentario, si es que se hubiere hecho parte o comparecido a aquélla, deberá realizar sus descargos.

7. Rendición de prueba

Las normas relativas al procedimiento de desafuero contempladas en el Código Procesal Penal no vislumbran en parte alguna la procedencia sobre rendición y consideración de la prueba por el tribunal de alzada; sin embargo, gran parte de la doctrina ha considerado que atendido al carácter especial del procedimiento de desafuero y la relevancia de la decisión sometida a su conocimiento, es que este tribunal debiera pronunciarse de todas las excepciones que se opongan y de toda la prueba que en los antecedentes consta.

Agregaremos en este punto que por aplicación de los principios constitucionales de igualdad ante la ley, igual protección en el ejercicio de los derechos y de debido proceso (artículo 19, núms. 2 y 3, incisos primero y quinto, CPR) las partes podrían perfectamente ofrecer y rendir la prueba que estimen pertinente en el procedimiento que nos ocupa, y que a su respecto deben aplicarse las reglas generales, según veremos.

8. *Sentencia que se pronuncia sobre el desafuero*

La sentencia que se pronuncie sobre el desafuero debe ser dictada por el tribunal de alzada, en pleno. En caso de empate producido en la votación de los ministros respecto de si dar o no lugar a la formación de causa en contra del parlamentario de que se trate, se deberá dirimir el asunto en conformidad a lo previsto en el artículo 74 del Código Orgánico de Tribunales, el que dispone que “si en materia criminal la mitad de los votos se uniforma a favor del reo, ya sea para absolverlo, ya sea para imponerle una pena menor de la que le asignan los votos de los demás jueces, aquella opinión forma sentencia. Si se produce empate acerca del cuál es la opinión que favorece al reo, prevalecerá la que cuente con el voto del miembro más antiguo del tribunal”.

En cuanto al contenido de la sentencia antedicha, sea que dé o no lugar a la formación de causa, ésta deberá sólo indicar, atendido que el procedimiento de desafuero es anterior al juicio criminal propiamente tal, si de los antecedentes agregados al proceso hay mérito suficiente para declarar si ha o no lugar a la formación de causa, ya que la resolución de la Corte de Apelaciones no puede tratar cuestiones que le correspondan su pronunciamiento al tribunal del juicio oral, tales como la determinación de la participación del aforado en el ilícito o la calificación de la participación. Así lo confirma la Corte de Apelaciones de Temuco en procedimiento de desafuero que dio lugar a la formación de causa en contra de Jorge Exequiel Lavandero Illanes, por vía de sentencia del 27 de enero de 2005:

TERCERO: Que, por consiguiente, al pronunciarse este tribunal sobre la solicitud de desafuero formulada por el Ministerio Público, debe hacerlo exclusivamente acerca de si autoriza o no la formación de causa en contra del parlamentario imputado de los hechos punibles materia de la formali-

zación, sin extender su decisión a la plena comprobación del delito y a la participación del imputado, por ser éstos aspectos de la competencia del tribunal que corresponda y en la oportunidad procesal respectiva.

CUARTO: Que por la misma razón anterior, no puede transformarse la gestión de desafuero, así como la decisión que en ella recaiga, en un pronunciamiento anticipado acerca de los aspectos precedentemente indicados, como quiera que todos los procedimientos reglamentados en el Código Procesal Penal, incluido el de desafuero, se encuentran regidos por principios superiores que deben ser siempre considerados a la hora de decidir, como son, entre otros, los siguientes: el de que toda persona tiene derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial que señale la ley, en un juicio oral y público, y en caso de condena, que la sentencia debe ser debidamente fundada (artículos 1o. y 2o.); que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme (artículo 4o.); que las facultades, derechos y garantías que la Constitución y las leyes reconocen al imputado podrán hacerse valer por éste desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (artículo 7o.); que el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (artículo 8o.); y que se requiere de autorización judicial previa para toda actuación del procedimiento que privare al imputado del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o los restringiere o perturbare (artículo 9o.).

La sentencia en comento deberá contener, además, pronunciamiento de las excepciones o incidencias promovidas por las partes que, igualmente, tengan una relación directa con el procedimiento.

Finalmente, cabe consignar que en contra de la sentencia estimatoria o desestimatoria que dicte la Corte de Apelaciones respectiva sobre la petición de desafuero procede el recurso de apelación para ante la Corte Suprema, lo que pone fin a una pésima doctrina jurisprudencial que admitía el recurso de apelación sólo de la sentencia estimatoria (artículos 61 CPR y 418 del Código Procesal Penal).

9. Efectos que produce la sentencia firme o ejecutoriada dictada en el procedimiento de desafuero

Es necesario distinguir en este punto entre la sentencia que da lugar a la formación de causa y aquella que no da lugar a la formación de causa.

A. Si la Corte da lugar a la formación de causa

Los efectos propios de la sentencia firme o ejecutoriada que da lugar a la formación de causa en contra de un parlamentario los encontramos en el inciso último del artículo 61 de la Constitución Política, y en el artículo 420 del Código Procesal Penal.

Respecto del referido precepto constitucional, tenemos que si la Corte declara que ha lugar a la formación de causa y esta sentencia se encuentra ejecutoriada, el parlamentario queda suspendido de su cargo y sujeto al “juez competente”, lo que implica que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 418 del Código Procesal Penal, la causa seguida ante el juzgado de garantía respectivo se seguirá conforme a las reglas generales, por lo que en caso de que el desafuero lo hubiere solicitado el fiscal al cierre de la investigación, el juez de garantía fijará en forma inmediata el día y hora en que se llevará a efecto la audiencia de preparación del juicio oral.

La audiencia de preparación del juicio oral deberá realizarse dentro de los quince días siguientes a la recepción de los antecedentes remitidos por la Corte de Apelaciones respectiva al juzgado de garantía. Una vez realizada la audiencia de preparación del juicio oral se procederá a fijar la audiencia del juicio oral dentro del plazo de quince días contados desde la notificación del auto de apertura del juicio referido.

B. Si la Corte no hace lugar a la formación de causa

Esta situación está contemplada en el artículo 421 del Código Procesal Penal, disposición en la que se distingue la resolución que no da lugar a la formación de causa en el caso del inciso primero del artículo 416 del mismo texto legal, referido a la situación en la que el fiscal solicitare el desafuero, y la situación del inciso tercero del mismo artículo, que es el caso en que se ha solicitado desafuero por delito de acción penal privada:

- a) Fiscal solicita el desafuero. En este caso, la sentencia que se pronuncie en el procedimiento de desafuero no dando lugar a causa producirá los efectos propios del sobreseimiento definitivo respecto del diputado o senador. Es necesario indicar que el sobreseimiento definitivo pone término al juicio y produce los efectos de autoridad de cosa juzgada.

- b) Querellante solicita el desafuero de un parlamentario. En caso de que el procedimiento de desafuero sea intentado por un querellante y esta acción sea desestimada por la Corte de Apelaciones competente, el juez de garantía se encontrará en la obligación de no dar lugar a la tramitación de la querrela que se interpuso ante él por el particular y que provocó que éste recurriera a la Corte de Apelaciones respectiva solicitando el desafuero del parlamentario, produciéndose consecuentemente el archivo de los antecedentes.

Abordado en términos generales el procedimiento de desafuero parlamentario, corresponde ahora, por ser atingente al presente trabajo, abordar someramente la génesis de los artículos 61 de la Constitución y 416 del Código Procesal Penal, de modo de determinar el sentido, alcance y contenido específico de tales disposiciones normativas.

III. GÉNESIS Y CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 61 DE LA CONSTITUCIÓN Y 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. *Génesis del artículo 416 del Código Procesal Penal*

El texto definitivo y vigente del artículo 416 del Código Procesal Penal, que regula la solicitud del desafuero parlamentario a que hace referencia el artículo 61 de la Constitución, establece que:

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 a 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 solicita 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.⁶

⁶ Véase, de entre las obras generales que recogen la historia fidedigna del establecimiento de artículo 416 del Código Procesal Penal: Maturana M., Cristián (coord.), *Refor-*

En principio, el texto propuesto por el presidente de la República en el anteproyecto del Código Procesal Penal era el siguiente:

Obligación del Ministerio Público. Tan pronto como de los antecedentes del procedimiento aparecieren datos suficientes para formular cargos por un crimen o simple delito contra un diputado o senador, el Ministerio Público remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, haga la declaración de que ha lugar a la formación de causa.

Tratándose de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir por escrito ante la Corte de Apelaciones, en cuanto el procedimiento se dedujere contra un diputado o senador (artículo 488).

Debe destacarse que tal propuesta del gobierno se fundó claramente en el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal, que señala:

Tan pronto como de los antecedentes del proceso o de la información rendida, a petición de parte, aparezcan contra una persona con el fuero del artículo 58 de la Constitución datos que podrían bastar para decretar la detención del inculpado, el juez de primera instancia elevará los autos al tribunal de alzada correspondiente, a fin de que si halla mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa.

Si viendo el proceso por cualquier motivo, el tribunal de alzada halla mérito, hará igual declaración.

Por su parte, la Cámara de Diputados aprobó la norma transcrita con las siguientes modificaciones:

- a) El título relativo a la obligación del Ministerio Público fue modificado para agregar al querellante.
- b) La expresión formular cargos se sustituyó por “formalización de la instrucción”.
- c) Se precisó que la “formalización de la instrucción” lo es por un crimen o simple delito de acción pública.
- d) La referencia al Ministerio Público debe entenderse formulada al fiscal de esa institución.

ma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias, 3 vols., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, en especial vol. III, pp. 272-276.

- e) Por último, la frase “formación de causa” se sustituyó por dicha “formalización de la instrucción”.

El Senado suprimió la referencia a diputados y senadores tanto en el título del epígrafe como en las demás normas del título, habida consideración de la reforma constitucional al artículo 30 de la Constitución Política (promulgada mediante la Ley núm. 19.672 de 2000) que incorporó el estatuto de los ex presidentes de la República, haciéndoles extensivo el privilegio del fuero de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 61 y la dieta del artículo 62 de la carta política. En atención a lo señalado se optó por referirse a las personas que tengan el fuero del artículo 61 de la Constitución, comprendiéndose en él a los senadores, diputados y ex presidentes (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, discusión particular, artículo 477).

Respecto del texto aprobado por la Cámara de Diputados, el Senado observó una contradicción entre la nomenclatura que emplea la Constitución, que se refiere a la formación de causa, y aquella que propuso la Cámara de Diputados, formalización de la instrucción o investigación, que aprobó la cámara alta. Los términos del artículo 58 (actual artículo 61) de la Constitución condicionan, así lo entendió el Senado, la redacción que pueda darse a este precepto; por ello, acordó volver a la terminología usada inicialmente en el mensaje, que hace referencia a la formación de causa, entendiéndola en el sentido de que deben existir, además de elementos formales, antecedentes serios que permitan suponer que al aforado le hubiere cabido algún grado de participación en los mismos. Estimó también necesario precisar que lo que se impide es seguir un proceso y no un procedimiento, porque el Senado ha entendido en diversas disposiciones que el procedimiento abarca tanto la etapa de investigación como el proceso mismo, y lo que la carta fundamental impide no es la investigación sino que sea “procesado” o sometido a juicio.

Con estos supuestos, entendió que la investigación debe realizarse normalmente, salvo que el fiscal no podría pedir medidas cautelares restrictivas de libertad respecto del aforado, y que una vez concluida la investigación, si el fiscal estimare que tiene antecedentes suficientes como para formular acusación, en ese momento debe remitir los antecedentes a la Corte de Apelaciones para que se pronuncie sobre la formación de causa (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, discusión particular, artículo 477).

Atendidos los acuerdos anteriores, el Senado reemplazó la norma propuesta, sustituyó la referencia a la instrucción por la “investigación”, reemplazó también la “formalización de la investigación” por “acusación” y la referencia a diputados y senadores por la de las personas que tengan el fuero a que se refiere el artículo 61 de la Constitución, e hizo referencia en la parte final del inciso primero a la formación de causa. También agregó un nuevo inciso segundo, señalando que el fiscal también deberá solicitar la declaración de desafuero si durante la investigación quisiere solicitar la prisión preventiva u otra medida cautelar en contra del aforado. En el inciso segundo precisó que la ocurrencia del querellante a la Corte de Apelaciones debe efectuarse antes de admitir a tramitación la querrela por el juez de garantía (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, discusión particular, artículo 477).

Respecto de la terminología “formación de causa” y el sentido de tal concepto, el Senado sostuvo que la “formación de causa”

...equivale a la actual auto de procesamiento, estuvimos de acuerdo en que, en el nuevo procedimiento penal, la formación de causa equivale a la acusación que formule en Ministerio Público. Ello nos pareció claro si se piensa que la formalización de la investigación, que era la actuación procesal contemplada en el proyecto, representa un estudio todavía preliminar para entender que un parlamentario está procesado, porque se desconoce si de la investigación resultará mérito para formularle cargos o no. No nos fue extraño el hecho de que, si para realizar esta actuación se requiriese el desafuero, ello importaría que el parlamentario podría estar cuatro años, en caso de que el juez aceptare el aumento que en ese sentido le solicitare el fiscal; esto es, el periodo completo de duración en su cargo de un diputado y la mitad del periodo de un senador. Por tanto, hasta el momento en que el fiscal estime pertinente deducir acusación serán aplicables a las personas con fuero las reglas generales del Código Procesal Penal, en igualdad de condiciones que a cualquier otra persona, salvo, por cierto, que se tratare de privarle de libertad, que es la otra hipótesis constitucional para la cual se requiere desafuero previo. Si el fiscal considera, una vez cerrada la investigación, que de los antecedentes surge mérito para acusar, deberá recabar de la Corte de Apelaciones la declaración previa a que alude la Constitución Política (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, discusión general, “I. Disposiciones que se mantienen. 6. Regulación del desafuero”).

Finalmente, el Senado eliminó también el siguiente texto propuesto por el gobierno: “Prohibición de actuaciones. Mientras no se declare haber lugar a la formación de causa, el Ministerio Público se abstendrá de practicar actuaciones que se refieran al diputado o senador a quien se imputare el delito, a menos de recibir expreso encargo de la respectiva Corte de Apelaciones” (artículo 491). Ello porque dicha norma se contraponía a los acuerdos que adoptó el Senado en orden a entender que el fiscal puede desarrollar la investigación hasta su cierre, con las limitaciones que se indican en el artículo aprobado.

2. Contenido del artículo 416 del Código Procesal Penal

Hemos señalado que el artículo 416 del Código Procesal Penal establece que:

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 a cuarto del artículo 58 [actual artículo 61] 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 solicita 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.

De acuerdo con la historia fidedigna de la disposición legal que nos ocupa, tenemos que el inciso primero del artículo 416 del cuerpo legal referido se pone en la situación de que del mérito de la investigación aparecieren antecedentes de que un parlamentario ha tenido participación en algún crimen o simple delito y procediere formular acusación en su contra. En este caso, el fiscal, al cierre de la investigación y no antes, deberá solicitar al tribunal de alzada la solicitud de desafuero. En específico, el inciso primero de la citada disposición legal señala que para formular “acusación” en contra de alguna persona aforada en los términos del artículo 61 de la Constitución, deberá impetrar previamente procedimiento

de desafuero, con miras a obtener que el tribunal de alzada competente autorice la formación de causa.

Debemos señalar en este punto que la “acusación”, en el sentido en que lo entiende, según hemos visto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, es el acto jurídico procesal en cuya virtud el Ministerio Público atribuye al imputado participación criminal en los hechos investigados (artículo 259 del Código Procesal Penal) y que la expresión “formación de causa”, en los términos expuestos por dicha Comisión en la discusión relativa al artículo 416 que nos ocupa, equivale a la acusación. Ello por cuanto la “formalización de la investigación”, que era la actuación procesal contemplada en el proyecto, y que es actualmente definida por el 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” (artículo 229), representa una fase procedimental consistente en un estudio todavía preliminar para entender que un parlamentario está procesado, porque se desconoce si de la investigación resultará mérito para formularle cargos o no (Segundo Informe, discusión general, “I. Disposiciones que se mantienen; 6. Regulación del desafuero”).

Por su parte, el inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal se refiere al caso en el que al fiscal, durante el curso de una investigación, le pareciere que es necesario, para el curso de ésta o para la seguridad del ofendido, que se decrete la prisión preventiva u otra medida cautelar, personal o real, en contra de un parlamentario, caso en el cual deberá obtener de la Corte de Apelaciones respectiva la declaración que ha lugar a la formación de causa antes de decretar la aplicación de la medida cautelar de que se trate (artículos 122 y siguientes del Código Procesal Penal).

Finalmente, del inciso tercero del artículo en comento se desprende claramente que, tratándose de un delito de acción privada, el particular deberá, necesariamente, presentar su querrela ante el juez de garantía respectivo, y con el mérito de la sola presentación de ésta deberá concurrir al tribunal de alzada solicitando el desafuero del parlamentario. Es decir, la ocurrencia del querellante a la Corte de Apelaciones debe efectuarse antes de admitirse a tramitación la querrela por el juez de garantía (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y

Reglamento del Senado, discusión particular, artículo 477). Debe tenerse presente que el querellante debe presentar, conjuntamente con la solicitud de desafuero parlamentario, la querrela entablada ante el juez de garantía respectivo y los antecedentes acompañados a ésta, ya que la Corte de Apelaciones debe determinar si hay mérito suficiente para la formación de causa teniendo a la vista tales antecedentes, por cuanto del contenido descriptivo de la querrela y de los antecedentes acompañados a ésta, la Corte de Apelaciones deberá determinar si cumple con las condiciones de admisibilidad de la petición de desafuero, a saber: si la querrela reúne los requisitos o condiciones formales propios de todo escrito de querrela (artículo 113 del Código Procesal Penal); si los hechos expuestos en la querrela son constitutivos de delito, y si del mérito de los hechos expuestos en la querrela y/o de los antecedentes allegados al procedimiento de desafuero se puede concluir que la acción típica imputada se relaciona con quien aparece como querrellado (S.C. Suprema, 7 de junio de 2006, ingreso núm. 2.321-2006, cons. 11).

En efecto, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, la Corte de Apelaciones respectiva no hará una simple revisión formal de la querrela, en el sentido de si cumple o no con lo dispuesto en los artículos 113 y 114 del Código Procesal Penal, sino que —además— al tenor del artículo 61, inciso segundo, de la Constitución, el tribunal de alzada respectivo realizará un control de tipicidad del hecho descrito como delito en la querrela, determinando si hay indicio o sospecha de participación del aforado en el ilícito, esto es, conformando el actuar del parlamentario con el tipo penal, según hemos expuesto. Es decir, debe encontrar indicios o sospecha de participación del aforado en los hechos que revistan caracteres de delitos (S.C. Suprema, 7 de junio de 2006, ingreso núm. 2321-2006).

Como se ha expuesto anteriormente, este inciso 3 del artículo 416 del Código Procesal Penal ha sido objeto de declaración de inaplicabilidad en sendas sentencias del Tribunal Constitucional.

3. Génesis del artículo 61 de la Constitución

El texto vigente del artículo 61 de la Constitución Política de la República establece 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 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 la 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.⁷

En consecuencia, el texto aprobado por los legisladores de la reforma constitucional sustituyó en el inciso segundo del artículo 58 (hoy artículo 61) de la Constitución, la frase “o designación, o desde el de su incorporación, según el caso, puede ser procesado” por “o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado”, y en su inciso cuarto reemplaza la palabra “acusado” por “imputado”.

Al evacuar su Primer Informe, la Comisión del Senado no propuso modificaciones al artículo 58 (actual artículo 61). Sin embargo, fue objeto de dos indicaciones, ambas para sustituir en su inciso segundo la frase “desde el día de su elección o designación, o desde el de su incorporación, según el caso”, por “desde el momento de su proclamación por el tribunal calificador de elecciones”. En su Segundo Informe, el Senado aprobó las referidas indicaciones patrocinadas por el gobierno (215) y los senadores Boeninger y Hamilton (216) para adecuar este precepto al efecto que produce la eliminación de los senadores vitalicios e institucionales. Por su parte, la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, rechazó esta enmienda con el objeto de provocar una definición

⁷ Véanse, respecto a la historia fidedigna de la enmienda al artículo 61 de la Constitución contenida en la reforma constitucional de 2005: Pfeffer U., Emilio, *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes. Debates. Informes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 321-323; *Reformas constitucionales 2005. Historia y tramitación*, Valparaíso, Senado, 2006.

acerca de qué acto jurídico procesal del nuevo sistema procesal penal haría cesar el fuero parlamentario.

Los diputados Lily Pérez, Cardemil y Martínez formularon indicación, que fue rechazada, en el sentido de sustituir los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 58 (actual artículo 61) por los siguientes:

Desde el momento de su proclamación por el tribunal calificador de elecciones, ningún diputado o senador puede ser objeto de la formalización de una investigación criminal en su contra, salvo que el pleno del tribunal de alzada de la jurisdicción respectiva lo hubiere autorizado. De esta resolución podrá apelarse ante la Corte Suprema. De igual forma, todas aquellas actuaciones que priven al diputado o senador del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de la aprobación del tribunal de alzada señalado. Dicha resolución también puede ser objeto del recurso de apelación para ante la Corte Suprema.

En caso de ser arrestado 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 primero.

Desde el momento en que se formalice la investigación por resolución firme, el diputado o senador queda suspendido de su cargo.

Por su parte, el gobierno formuló la siguiente indicación, también rechazada, para reemplazar los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 58, por los siguientes:

Desde el día de su elección, o designación, o desde el de su incorporación, según el caso, los diputados y senadores sólo podrán ser privados, restringidos o perturbados en el ejercicio de los derechos que la Constitución asegura a toda persona, en un proceso penal, mediante autorización que el Ministerio Público solicitará directamente ante el pleno de la Corte de Apelaciones respectiva.

Tratándose de las medidas cautelares, éstas sólo podrán ser decretadas por la misma Corte. De dichas resoluciones el afectado podrá apelar ante la Corte Suprema.

Asimismo, podrán ser arrestados o detenidos por delitos flagrantes, en cuyo caso serán puestos inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva, con los antecedentes correspondientes, a fin de que ésta, en pleno, examine la legalidad de la detención.

El diputado Lorenzini formuló la siguiente indicación, que fue rechazada, para eliminar el inciso final del artículo 58 y sustituir su inciso segundo por el siguiente:

Ningún diputado o senador, desde el momento de su proclamación por el tribunal calificador de elecciones, puede ser sometido a procedimiento penal, ni detenido o privado en alguna forma de su libertad personal, o sujeto a registro personal o domiciliario, 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 primer trámite, el Senado propuso sustituir en el inciso segundo del artículo 58 la frase “desde el día de su elección o designación, o desde el de su incorporación, según el caso” por “desde el momento de su proclamación por el tribunal calificador de elecciones”. En segundo trámite, la Cámara de Diputados rechazó esta enmienda, en la que, en tercer trámite, insistió el Senado, motivando el veto del Ejecutivo. El veto núm. 10 del Ejecutivo tiene por objeto resolver dos aspectos puntuales relativos al inciso del fuero parlamentario. Uno de naturaleza formal, con el objeto de eliminar las referencias que establecen la “designación” de senadores, y otro, en un aspecto complementario, con el objeto de indicar que el fuero parlamentario comienza a regir desde la elección para los parlamentarios que concurren a una votación popular y son electos en la misma, y desde el juramento en el caso de personas que asuman una vacancia parlamentaria. Por su parte, el Senado, en Informe recaído en las observaciones del gobierno, aprueba por unanimidad las enmiendas que introduce la observación núm. 10 del veto del presidente de la República, que dicen relación con la nueva integración del Senado, por una parte, y con el momento a partir del cual el diputado o senador queda suspendido de su cargo, por otra.

La discusión relativa a la sustitución del término “procesado” por “acusado” tuvo su origen a propósito de la reforma constitucional del número 2 del artículo 16 de la carta, producto de la cual se sustituyó la expresión “procesada” por “acusada”. A este respecto, el presidente de la República, por vía de veto núm. 1, propuso modificar el número 2 del artículo 16 a fin de reemplazar la locución “procesada” por “acusada”, observando que el término “procesada” correspondía a un régimen de pro-

cedimiento 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. En términos prácticos, se dedujo de esta enmienda que toda persona imputada en un proceso penal sigue manteniendo el derecho de sufragio hasta que exista formalmente una acusación en su contra por delitos que merezcan pena aflictiva, en cuyo caso aquél queda suspendido.

4. *Contenido de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 61 de la Constitución*

En efecto, de las citadas discusiones sostenidas por los parlamentarios en el iter de reforma constitucional de 2005 puede colegirse que los parlamentarios pueden ser sujetos de investigación criminal, hasta el cierre de la investigación, sin necesidad de desafuero previo, salvo en el caso de que se pretendiera decretar alguna medida cautelar en su contra, la que a pesar de la amplitud del inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal —a nuestro juicio— debe ser de tipo personal y privativa de libertad.

Ciertamente, esta primera conclusión nuestra es compleja, por las razones que pasamos a exponer:

1) El texto aprobado por los legisladores de la reforma constitucional sustituyó en el inciso segundo del artículo 58 (hoy 61) de la Constitución la frase “o designación, o desde el de su incorporación, según el caso, puede ser procesado” por “o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado”. Pues bien, la expresión “procesado” decía relación, en el antiguo procedimiento penal, al “auto de procesamiento”, acto jurídico-procesal que no tiene equivalente en el sistema procesal penal acusatorio.

En efecto, la “formalización de la investigación” es definida por el 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” (artículo 229), y que opera cuando el fiscal considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial, porque estima estar justificada la existencia de delito y algún grado de participación del imputado en éste (artículos 230 y 231). Por su parte, el antiguo “auto de procesamiento” era la resolución en la que el inculpado era

sometido a proceso por estar justificada la existencia del delito que se investigaba y existían presunciones fundadas para estimar que el inculcado tenía participación en el delito como autor, cómplice o encubridor (artículos 274 y 275 del Código de Procedimiento Penal).

Por otro lado, la “acusación”, entendida como el acto jurídico procesal en cuya virtud el Ministerio Público atribuye al imputado participación criminal en los hechos investigados (artículo 259 del Código Procesal Penal) equivale claramente al acto, denominado de la misma forma, que en el procedimiento antiguo daba lugar u origen a la fase de plenario (artículo 424 del Código de Procedimiento Penal).

2) También tenemos que el texto aprobado por el poder constituyente con motivo de la reforma constitucional, en el inciso cuarto del artículo 61, reemplaza la palabra “acusado” por “imputado”. La expresión “acusado” se refiere, tanto en el antiguo procedimiento como en el actual, a aquel en contra de quien se ha formulado “acusación”, atribuyéndosele participación criminal en un hecho punible (artículos 259 del Código Procesal Penal y 424 del Código de Procedimiento Penal). Por su parte, “imputado” es aquel 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, y para estos efectos se entiende por primera actuación del procedimiento cualquier 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 (artículo 7o.).

Claramente, la expresión “acusado” empleada por el poder constituyente derivado de la reforma constitucional en el inciso segundo del artículo 61 de la carta política es utilizada en términos de equivalencia a la condición derivada de la acusación, subsistiendo en el inciso final la expresión “imputado”.

En efecto, se impone una lectura conforme a la Constitución de la nomenclatura utilizada por la reforma constitucional en armonía con el nuevo sistema procesal penal, concebido como un sistema garantista que cautela los derechos subjetivos y garantías constitucionales del imputado desde la primera actuación del procedimiento (artículos 7o. y 10 del Código Procesal Penal) y, además, público, en tanto que el antiguo procedimiento penal se caracterizaba por ser inquisitivo y secreto.

En consecuencia, no es dable pensar que el antiguo sistema regulado en el Código de Procedimiento Penal, que, insistimos, se caracterizaba por ser inquisitivo y secreto, otorgara mayor protección a los parlamentarios que el sistema actual, que —reiteramos— es garantista y público, en el sentido de que los parlamentarios debían ser sujetos de desafuero antes del procesamiento, esto es, cuando se estimaba estar justificada la existencia del delito que se investigaba y existían presunciones fundadas para estimar que el inculcado tenía participación en el delito, y actualmente lo serían sólo una vez que fueren formalizados, esto es, cuando no existe un grado de certeza acerca de la participación criminal del parlamentario en un hecho punible.

Luego, sólo es posible entender que el desafuero se produce con motivo de la acusación (hipótesis del inciso primero del artículo 416 del Código Procesal Penal) o durante la investigación con motivo de decretar una medida cautelar en relación con el parlamentario (hipótesis del inciso segundo del artículo 416 del mismo Código), medida que debería a nuestro juicio quedar circunscrita a medidas cautelares personales y privativas de libertad personal.

A mayor abundamiento, ésta resulta la única lectura que se condice con la finalidad u objeto del fuero parlamentario, que es, precisamente, evitar que los parlamentarios queden a disposición judicial sin haberse confirmado previamente, por la Corte de Apelaciones competente, que existe mérito para formar causa en su contra o para ser privados de su libertad.

En suma, una interpretación armónica del inciso segundo del artículo 61 de la Constitución con los principios del nuevo sistema procesal penal y con la naturaleza y finalidad del fuero parlamentario, nos obliga a entender que la expresión “acusado” empleada por tal inciso primero del artículo 61 de la carta política debe ser entendida en sentido de equivalencia a la condición derivada de la acusación; aún más, la expresión “formación de causa” empleada en el mismo inciso, debe ser entendida en el sentido amplio de “acusación”. De esta suerte, la referencia a “diputado o senador imputado...” del inciso cuarto es perfectamente concordante con el inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal, que admite durante la investigación, antes de la acusación, que el Ministerio Público solicite impetrar una medida cautelar en contra del parlamentario imputado.

Con respecto al contenido del inciso tercero del artículo 61 del Código Procesal Penal, que señala que “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”, señalaremos que, tal cual lo hace el inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal, se pone en el caso de que al fiscal, durante el curso de una investigación, y antes de la formalización de ésta según hemos visto, le pareciere que es necesario, para el curso de ésta o para la seguridad del ofendido, que se decreta la prisión preventiva u otra medida cautelar en contra de un parlamentario, caso en el cual deberá obtener de la Corte de Apelaciones respectiva la declaración que ha lugar a la medida cautelar de que se trate, antes de decretar su aplicación (artículos 122 y siguientes del Código Procesal Penal).

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DEL INCISO TERCERO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Especial interés tiene para abordar este apartado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional afianzada en el juicio de desafuero por delito de acción privada (injurias y calumnias) del senador Guido Girardi Lavín, quien requirió vía acción constitucional del núm. 6 del artículo 93 de la Constitución para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, en tanto cuanto dicha norma establece que en este tipo de delitos la solicitud de desafuero se resuelve por la Corte de Apelaciones con el sólo mérito de la querrela, lo que es establecer un procedimiento en virtud del cual, con el sólo mérito de la querrela y sin presentación de pruebas por la defensa, ni una adecuada instancia de contradicción, se puede conceder el desafuero, lo que resulta contrario a los estándares de racionalidad y justicia que exige la garantía constitucional prevista en el artículo 19, núm. 3, inciso quinto de la Constitución, de un procedimiento e investigación racional y justo, puesto que la prueba está absolutamente ausente y la defensa gravemente limitada, además de alterarse gravemente el sentido del artículo 61 de la carta fundamental, cuyo objetivo es que los parlamentarios no sean acusados criminalmente sin antecedentes se-

rios, lo que en definitiva es una garantía del normal ejercicio de la función parlamentaria. Los querellantes de la causa señalaron que el desafuero, en tanto antejuicio y trámite previo, no está cubierto por la garantía del racional y justo procedimiento, la que sí se hace efectiva con posterioridad en el juicio que motiva el desafuero; que el fuero es una restricción tanto a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y al proceso debido, y no es un privilegio del parlamentario, además de que, a su juicio, en el desafuero no se compromete ningún derecho fundamental del parlamentario.

La parte considerativa de la sentencia del Tribunal Constitucional comienza con la transcripción de las normas implicadas y sigue con una útil reseña histórica del fuero parlamentario en el constitucionalismo chileno y en el antiguo Código Procesal Penal, concluyendo que “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”. A su vez se contienen citas del debate en la comisión Ortúzar respecto del significado del desafuero, aludiéndose a la opinión del comisionado Jorge Ovalle, la que para mayor comprensión se transcribe:

¿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 concurren 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”.

También se aborda una de las incógnitas resultantes de la enmienda que la reforma constitucional de 2005 —promulgada mediante la Ley núm. 20.050— introdujo al actual artículo 61, en orden a si el fuero cubría a los delitos de acción privada, pues la norma hoy habla de acusado, y en dichos delitos no existe lo que el Código Procesal Penal denomina acusación. Desde una perspectiva estrictamente constitucional, el fallo

señala que el antiguo artículo 58 de la Constitución no distinguió, y que las modificaciones de la Ley núm. 20.050 tuvieron, a este respecto, la finalidad de adecuar la normativa a la reforma procesal penal, por lo que no ha tenido por finalidad disminuir los requisitos para privar del fuero, razón por la cual la voz “acusación” ha de entenderse como formulación de cargos con fundamento suficiente; “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”, además de que establecer discriminaciones para los delitos de acción privada en lo relativo al desafuero carece de fundamento suficiente.

Aborda también la sentencia la diferencia entre el fuero y la inviolabilidad, señalando además que el desafuero, en la medida en que se concede en un juicio y mediante una sentencia, está cubierto por el mandato constitucional del artículo 19, núm. 3, inciso 5, que alude a “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción”.

La sentencia también es conceptualmente muy rica en materias procesales, pues incursiona en la conceptualización de la jurisdicción (siguiendo el concepto del ministro Juan Colombo, al igual que en sentencias anteriores), la diferencia entre proceso y procedimiento, y el contenido de las garantías del racional y justo procedimiento e investigación, citando, además, las sesiones de la Comisión Ortúzar y la jurisprudencia de la Corte Suprema y del propio Tribunal, para llegar al desarrollo de las mismas en el Código Procesal Penal. A este respecto, resulta digna de ser destacada la cita del profesor Cristián Maturana Miquel, abogado integrante del Tribunal, respecto del rol de la prueba en el derecho a la defensa, al señalar 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”.

Otro aspecto muy relevante del presente fallo es un hito que zanja una cuestión que nunca fue resuelta uniformemente por la jurisprudencia de la Corte Suprema y que la Ley núm. 20.050 buscó zanjar: la determinación del carácter concreto o abstracto del control de constitucionalidad de la ley en sede de inaplicabilidad. A este respecto, la sentencia, citando al profesor Lautaro Ríos, ex abogado integrante del Tribunal, señala 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 aquélla...

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”.⁸

Tras analizar el procedimiento de desafuero, concluye el Tribunal que el conocimiento de la solicitud de desafuero por delito de acción privada es precario e incompleto, y que “carece de relevancia que las partes puedan aportar sus probanzas en el juicio criminal mismo, porque éste es un conflicto jurídico posterior al procedimiento 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”, y que la prueba es parte esencial del derecho al racional y justo procedimiento.

Por todo lo anterior se acoge el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad recaído en el inciso 3 del artículo 416 del Código Procesal Penal, señalando el Tribunal 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.

Lo que resulta de toda lógica, pues el tribunal carece de facultades de legislador positivo, y el efecto consiguiente es que el Tribunal que era

⁸ Ríos Álvarez, Lautaro, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, pp. 77 y 78.

objeto de sujeción por la norma impugnada ahora queda vinculado directamente a las reglas generales y al contenido de la garantía del racional y justo procedimiento, por lo cual es la Corte de Apelaciones quien, conforme a los efectos de la sentencia, debe tramitar la solicitud de desafuero conforme a las reglas del racional y justo procedimiento en sujeción a la norma constitucional. Lamentablemente, al parecer la Corte de Apelaciones de Santiago no comprendió suficientemente este aspecto, y con fecha 23 de agosto de 2006 decidió no dar curso a la solicitud de desafuero al considerar que no había norma que la regulara, resolución que pugna con el principio constitucional de inexcusabilidad y con el sentido del fallo, pues es todo lo contrario de sus efectos, entre los que queda la sujeción directa a la norma constitucional una vez desechada la aplicación de la norma impugnada.

Particular mención merece la prevención del ministro Mario Fernández, ex ministro de Estado, que al respecto hace presente el efecto inmediato del desafuero: la suspensión del ejercicio del cargo parlamentario por parte del aforado, con la consecuente alteración de las mayorías parlamentarias por la vía de resoluciones judiciales, situación que se vincula al ejercicio de la soberanía por parte de los representantes de la nación según el artículo 5o. de la Constitución. Con ricas citas de doctrina resalta la importancia política de la no alteración de la función parlamentaria y concluye que el fuero es una inmunidad, por lo cual, para conceder el desafuero, se requiere un nivel de acuciosidad más alto del normal por la gravedad de lo que ello implica.

En conclusión, al analizar esta sentencia redactada por el ministro y ex senador Hernán Vodanovic Schnake nos encontramos en presencia de una resolución de gran riqueza conceptual y de importancia trascendental en materia del contenido de las garantías del debido proceso, además de tener un interesante y muy fundado contenido relativo al derecho parlamentario, también de gran importancia.

V. CONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO PRIMERO Y SEGUNDO DEL ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. *Planteamiento del problema*

El inciso segundo del artículo 61 de la Constitución Política de la República establece que “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 la formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema”. Hemos sostenido que la expresión “acusado” empleada por la referida disposición constitucional debe ser entendida en sentido de equivalencia a la condición derivada en la “acusación” y, aún más, la expresión “formación de causa” debe ser entendida en el sentido de “acusación”, por ser tal interpretación la única consistente con los principios del nuevo sistema procesal penal y con la naturaleza y finalidad del fuero parlamentario.

Pues bien, el inciso primero del artículo 416 del Código Procesal Penal establece que “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 a 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”. Es decir, el inciso primero del artículo 416 del cuerpo legal referido señala que el fiscal, al cierre de la investigación y no antes, deberá solicitar al tribunal de alzada la solicitud de desafuero, obviando la necesidad del desafuero frente a la formalización de la investigación y dejando, por ende, a los parlamentarios en igualdad de condiciones que cualquier otro ciudadano.

2. Problemas

1) El inciso segundo del artículo 61 de la Constitución Política de la República establece que “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 la formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema”. La expresión “acusado” empleada por la referida disposición constitucional debe ser entendida en sentido de equivalencia a la condición derivada de la “acusación” y, aún más, la expresión “formación de causa” debe ser entendida en el sentido de “acusación”, por ser tal interpretación la única consistente con los

principios del nuevo sistema procesal penal y con la naturaleza y finalidad del fuero parlamentario.

Pues bien, el inciso primero del artículo 416 del Código Procesal Penal establece que sólo al cierre de la investigación, y no antes, procede solicitar al tribunal de alzada competente la solicitud de desafuero.

2) El derecho fundamental al debido proceso asegura a las personas que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se fundará en un proceso legalmente tramitado, y que corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos (artículo 19, núm. 3, inciso quinto, CPR). El proceso es un conjunto de fases sucesivas, establecidas y reguladas por la ley, que deben ser recorridas con antelación a que el órgano jurisdiccional adopte y comunique su decisión.⁹ El procedimiento no es sino el reglamento con sujeción al cual ha de desarrollarse aquel debate que denominamos proceso. Para ello, la Constitución impone al legislador la obligación de contemplar un proceso con contenidos garantísticos para que dicho proceso resulte racional y justo. Racional en cuanto debe tratarse de un procedimiento lógicamente dispuesto que permita al juez sentenciar conforme a derecho, es decir, lo racional se refiere al procedimiento; y justo, en el sentido de que el proceso debe ordenarse a su finalidad, que es la justicia, pero también en el sentido de ser justo en cada uno de sus trámites, es decir, se refiere a lo sustantivo.¹⁰

El deber estatal antedicho implica entonces que el legislador debe procurar el establecimiento y regulación de procedimientos que contemplen los principios básicos denominados formativos del proceso y del procedimiento, y las garantías mínimas del debido proceso: existencia de tribunal competente, emplazamiento del demandando o imputado, tiempo racional para la debida defensa y para aportar pruebas. En efecto, el Constituyente

...prefirió referirse al racional y justo procedimiento en vez de enumerar las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de tipifi-

⁹ Véase Nogueira Alcalá, Humberto, *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Santiago, Librotecnia, 2007.

¹⁰ Cerda Fernández, Carlos, *Juris Dictio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 230. Véase, también, Zúñiga Urbina, Francisco, *Constitución y debido proceso legal*, Santiago, Universidad Central, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005.

car específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos. Con todo, acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere (S.C. Suprema, 13 de abril de 1984, RGJ núm. 46, p. 58).

Finalmente, debe agregarse que la reforma constitucional promulgada mediante Ley núm. 19.519, relativa al Ministerio Público, extendió las exigencias de racionalidad y justicia inherentes al debido proceso —desde el ejercicio de la jurisdicción a las investigaciones— con motivo de la incorporación del Ministerio Público a la carta fundamental, a raíz de la introducción, en nuestro país, de un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, con la evidente intención de que la función atribuida a dicho órgano autónomo quedara también sujeta, al igual que la de todos quienes desempeñan labores jurisdiccionales, a un obrar racional y justo:

...fue necesario modificar el texto constitucional... con lo cual, la garantía se amplió también a los actos de instrucción de la policía y del Ministerio Público, referidos a la etapa de la investigación en el nuevo procedimiento criminal. De este modo, no hay duda que el concepto de proceso previo legalmente tramitado incluye también a las actuaciones que deban practicar dichos sujetos procesales, y el apartamiento de las normas de actuación por parte de éstos puede, según se produzcan de manera irregular o incompleta, afectar garantías procesales del imputado que conduzcan a su ineficacia, en cuanto por su importancia, se puede llegar a legitimar la prueba de un hecho sobre la base de evidencia inidónea o ilegítima (cons. 5, S.C. Suprema, 29 de octubre de 2002, *Revista Procesal Penal*, Santiago, LexisNexis, 2005, p. 502).

En materia de desafuero parlamentario, un procedimiento racional y justo necesariamente debe garantizar a los parlamentarios el debido ejercicio del fuero constitucional del que gozan; es decir, dentro de las garantías mínimas del debido procedimiento de desafuero se cuenta el respeto del referido privilegio constitucional, de lo contrario no se justifica su existencia. Debe recordarse en este punto que tanto el Constituyente como el legislador establecen y regulan el fuero parlamentario, debiendo contemplar las garantías mínimas que todo procedimiento debe conside-

rar y respetar, y que en materia de procedimientos especiales, como en la especie el desafuero, deben considerarse no sólo tales garantías mínimas, sino también aquellas específicas que determina la especialidad del procedimiento de que se trate, como en la especie la garantía del fuero parlamentario. Resulta obvio que tales garantías mínimas no existen en el procedimiento de desafuero por delitos de acción privada, como muy acertadamente lo dispone el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia comentada (desafuero H. S. G. Girardi).

3) Finalmente, señalaremos que la Constitución no sólo impone al legislador el deber de asegurar y respetar el derecho fundamental al debido proceso por vía de infringir el artículo 19 en su numeral 3, inciso quinto. También lo hace por vía del inciso segundo del artículo 5o. de la carta política, en la medida en que tal disposición constitucional prevé el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales que garantice la misma Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En efecto, es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Chile en 1990 y que se encuentra vigente, que en su artículo 8o. consagra la garantía del debido proceso, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Chile en 1972 y que se encuentra vigente, que en su artículo 14.3 consagra el derecho fundamental al debido proceso.¹¹

VI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DE LOS INCISOS PRIMERO Y SEGUNDO DEL ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Recientemente, en sede de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional ha resuelto rechazar las acciones de inaplicabilidad interpuestas (STC rol núm. 561-2006, STC rol núm. 568-2006 y STC rol núm. 661-2006, todas del 12 de enero de 2007). Sin embargo, tiene interés doctrinal la prevención de los ministros Hernán Vodanovic y Marcelo Venegas, a la que se suma en otras sentencias recaídas en causas análogas el ex presidente del Tribunal e insigne procesalista Juan Colombo C., que se asila en los fundamentos jurídicos siguientes:

¹¹ Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 9.

1. Que el ya invocado inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal exige un proceso previo de desafuero si durante la investigación el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía alguna medida cautelar en contra de un parlamentario. En efecto, entre la acción penal y el parlamentario se encuentra el instituto del desafuero previo, sin el cual no puede procederse en contra del aforado.

2. Que el citado Código se refiere a la citación en el título II, párrafo cuarto, bajo el título “Notificaciones y citaciones judiciales”. En concreto, el artículo 33 expresa 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 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.

3. Que, además, en forma literal y categórica, el Código Procesal Penal incluye la medida cautelar de citación del imputado en el título V del libro I, en su párrafo II, expresando en su artículo 123 que cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal, éste dispondrá su citación de acuerdo a lo previsto en el artículo 33 antes citado.

4. Que por su parte el artículo 7o., 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 artículo 7o. se desprende nítidamente y sin lugar a dudas que puede imputar el Ministerio Público, para efectos de la investigación de los hechos, o para accionar ante el tribunal competente, o la policía, y cabe concluir entonces que mientras no se formalice la investigación, es decir, mientras investigue extrajudicialmente, no se requiere desafuero.

5. Que el título V del libro I del Código en comento, se refiere a las medidas cautelares personales, señalando como principio general que serán decretadas por medio de resolución judicial fundada.

Tiene especial importancia en este caso tener presente que el párrafo 2o. del citado título incluye expresamente a la citación entre las medidas cautelares personales.

6. Que para precisar los fundamentos de esta sentencia, resulta indispensable fijar el marco en que se desarrolla la citación en el ámbito del derecho procesal penal.

La citación procesal es un acto jurisdiccional —resolución judicial— que ordena la comparecencia de una persona al tribunal para que preste declaración.

Ella puede tener dos finalidades:

a) Que el simple sospechoso concurra al tribunal a prestar declaración sobre los hechos punibles en que se supone ha participado.

b) Cuando el tribunal requiera de la declaración de cualquier persona que no tenga el carácter de imputado, cuyo caso más frecuente es el de los testigos, peritos, o autoridades que puedan tener antecedentes útiles al proceso.

7. 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, no lo define como sujeto procesal, por lo que resulta necesario acudir a la doctrina para precisar su identificación jurídica.

En nuestra disciplina el concepto de imputado surge nítidamente cuando se examina la convicción del juez en torno a la existencia del hecho punible y de los participantes en su comisión. 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 se la formaba el juez de acuerdo al mérito del sumario, que arroja datos que hagan presumir su responsabilidad penal.

En el sistema del Código Procesal Penal, determinar esta primera fase de responsabilidad es de competencia del Ministerio Público, de acuerdo a los artículos 166, inciso segundo, de dicho Código y 83 de la Constitución Política.

En concordancia con el artículo 83 de la carta fundamental, esta imputación le permite al Ministerio Público iniciar la investigación no jurisdiccional del hecho ocurrido.

Resulta importante destacar, para la mejor comprensión de este requerimiento y su acertada resolución, que las actuaciones del Ministerio Público que priven al imputado de los derechos que la Constitución asegura, o los restrinjan o los perturben, requerirán siempre de aprobación judicial previa, estableciendo la propia carta que en el caso de los parlamentarios el tribunal competente a que se refiere la disposición citada para autorizar la formación de causa es la Corte de Apelaciones respectiva.

8. Que retomando el concepto de imputado debe señalarse que incorporado a un proceso penal, y una vez que haya prestado declaración, la convicción del juez podrá definirse en tres situaciones diferentes:

a) Se mantiene la simple sospecha: sigue en su situación de imputado con todos sus derechos y deberes.

b) Desaparece la simple sospecha: sale del proceso.

c) De simple sospecha se transforma en fundada sospecha o presunción grave de participación: el imputado pasa a ser inculpado y puede ser sometido a detención, prisión preventiva u otras medidas cautelares.

9. Que también debe tenerse muy especialmente presente el artículo 231 del Código Procesal Penal, que 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 ha de entenderse que esta citación se refiere a la medida cautelar del título V párrafo 2 del citado Código.

10. Que del tenor literal de las disposiciones legales y constitucionales citadas, 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.

11. Que precisado lo anterior, cabe ahora considerar si en este marco, el artículo 416, inciso segundo, debe ser declarado inaplicable por vicio de inconstitucionalidad al caso de autos.

Sobre este punto, los previnientes consideran que justamente la norma que le asegura en el Código Procesal Penal la garantía del fuero al parlamentario es, precisamente, el precepto legal que se impugna, en cuanto expresa que el fiscal que ha logrado convicción en torno al cumplimiento de los requisitos legales que habilitan para formalizar la investigación ante el juez de garantía, si quisiera solicitarle a éste una medida cautelar en su contra debe remitir, como lo ordena el inciso primero del artículo 416, la querrela y los antecedentes a la Corte de Apelaciones, a fin de que, si ésta hallare mérito, declare haber lugar a la formación de causa.

En tales circunstancias, no se ve ningún reproche de inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal y queda demostrado que la aplicación del precepto legal impugnado

no resulta, en este caso, contraria a la Constitución, pues es su aplicación la que asegurará, precisamente, el respeto de lo establecido en el inciso final del artículo 61 de la carta fundamental, de conformidad con el cual 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” (STC rol núm. 561-2006).

A mi parecer, discrepando de la doctrina jurisprudencial contenida en la prevención transcrita, la lectura constitucionalmente adecuada del alcance del artículo 416, incisos primero y segundo, del Código Procesal Penal debe tener presente en cambio lo siguiente:

- 1) El inciso primero del artículo 416 citado no presenta problemas interpretativos a la luz del privilegio del fuero parlamentario del artículo 61, incisos segundo y siguientes, de la Constitución Política de la República, en la medida en que exige el desafuero del parlamentario una vez concluida la investigación, caso en el cual el desafuero está enderezado a acusar.
- 2) En cambio, el inciso segundo del artículo 416 sí plantea problemas interpretativos y de una exigencia de interpretación conforme a la Constitución. En efecto, el artículo 416, inciso segundo, del Código Procesal Penal es una norma concerniente a la investigación misma, y adquiere especial interés con la formalización de la investigación, primera actuación judicial del Ministerio Público, que es simplemente “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” (artículo 229 del Código Procesal Penal). Los efectos de la formalización de la investigación se producen de pleno derecho, a saber: “a) suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal;

b) comenzará a correr el plazo previsto en el artículo 247, y c) el Ministerio Público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento” (artículo 233 del Código Procesal Penal). La mencionada formalización de la investigación es el requisito previo y necesario a la realización de ciertas actuaciones como las diligencias de investigación que afecten derechos fundamentales, a la realización de pruebas anticipadas y a la petición de medidas cautelares. Ello significa que, en el marco del sello garantista de la nueva legislación de enjuiciamiento criminal, la formalización de la investigación no lesiona la garantía legal de la presunción de inocencia ni la garantía del debido proceso legal, más aún si en esta fase el imputado no está obligado a ejercer su derecho de defensa ni a rendir pruebas, sin perjuicio de que en la audiencia misma el imputado pueda “manifestar lo que estimare conveniente” o reclamar ante las autoridades del Ministerio Público cuando considerare que la formalización respectiva hubiere sido arbitraria (artículo 232 del Código Procesal Penal). De este modo se alejan las consecuencias gravosas que el auto de procesamiento tenía para el imputado en el antiguo Código de Procedimiento Penal.

- 3) También se hace necesario referirse brevemente a las medidas cautelares concernidas en el artículo 416, inciso segundo, del Código Procesal Penal. El Código del ramo, en su título V, trata de las medidas cautelares personales y en su título VI de las medidas cautelares reales, identificando entre las primeras a la citación, detención, prisión preventiva y demás medidas enumeradas en el artículo 155 del mismo cuerpo legal.

Las medidas cautelares personales son aquellas medidas restrictivas o privativas de libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado, con la finalidad de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento, a saber: el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal. La adopción de las medidas cautelares personales está sometida a ciertos principios: principio de legalidad, que exige reserva de ley para reconocer la medida cautelar; principio de jurisdiccionalidad, que exige que las medidas sólo puedan ser adoptadas por el tribunal competente; principio de excepcionalidad, de suerte que las medidas son eventuales y deben decretarse cuando resulten indispensables; prin-

cipio de instrumentalidad, en virtud del cual las medidas no son un fin en sí, sino instrumentos cautelares orientados a los fines procesales; principio de provisionalidad, en virtud del cual las medidas deben mantenerse sólo mientras subsista la necesidad de su aplicación y mientras permanezca pendiente el procedimiento penal al que instrumentalmente se subordina, y principio de proporcionalidad, de suerte que las medidas guarden proporción con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga.¹²

- 4) En este orden de ideas, el Código de enjuiciamiento criminal identifica a la citación como una medida cautelar personal (artículos 123 y 124). La citación es una orden de comparecencia emanada de las autoridades de la persecución penal pública y dirigida a cualquier persona cuya presencia sea necesaria para la realización de un acto del procedimiento, como puede ser un testigo, un perito o simplemente el imputado. En razón de lo señalado, la citación, en una de las hipótesis establecidas en la ley, es una orden de comparecencia ante el tribunal dirigida al imputado como resultado de la formalización de la investigación, según lo dispone el artículo 231 del Código del ramo. Más aún, la citación sólo tiene un carácter restrictivo de la libertad personal, ya que impone una carga de comparecencia bajo amenaza compulsiva, por lo que es esencialmente una medida de coerción procesal. De este modo, las medidas cautelares, adicionalmente a la prisión preventiva, a que hace referencia el artículo 416, inciso segundo, del Código del ramo son aquellas medidas cautelares personales privativas de libertad, excluyéndose naturalmente a las medidas cautelares personales restrictivas de libertad y a las medidas cautelares reales.
- 5) De esta suerte, a nuestro juicio sólo resulta exigible el desafuero del parlamentario aforado cuando la citación del imputado conlleve privación de libertad en los términos del inciso tercero del artículo 33 del Código Procesal Penal. Del modo expuesto, el fuero penal adquiere coherencia en su definición tradicional de privilegio parla-

¹² Véase Horwitz L., María Inés y López M., Julián, *Derecho procesal penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, t. I, pp. 341 y ss. También Cerda S. M., Rodrigo y Hermosilla I., Francisco, *El Código Procesal Penal*, 2a. ed., Santiago, Librotecnia, 2006, pp. 120 y ss.

mentario, que hace excepción al derecho común asegurado por el principio de igualdad y los derechos de igualdad, en el nuevo sistema procesal penal, protegiendo al aforado frente a la acusación o a la privación de su libertad personal. Luego, resulta contradictorio con una lectura garantística concebir el fuero parlamentario como un “blindaje” o seguro para la impunidad.

- 6) En suma, se impone la aplicación de reglas hermenéuticas conducentes a una interpretación sistémica y finalista del privilegio parlamentario del fuero penal del artículo 61, incisos segundo y siguientes, de la Constitución. La interpretación sistémica concibe a la Constitución como un todo orgánico, por lo que el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a uno de sus preceptos; la interpretación finalista identifica en la carta ciertos principios o valores básicos en los que descansa el edificio estatal y la vida en sociedad, y que imprimen una finalidad a las normas e instituciones. Luego, tal interpretación sistémica y finalista en el control de constitucionalidad de normas, debe armonizar la definición del fuero penal como privilegio o garantía con los derechos y garantías del nuevo proceso penal, fuertemente ligados al principio de igualdad, derechos de igualdad y sus garantías en la carta, y al mismo tiempo una interpretación conforme a la Constitución del artículo 416, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en virtud de las cuales el desafuero se hace necesario para la acusación o privación de libertad del aforado, quedando circunscrita la norma legal citada a la medida cautelar personal de prisión preventiva y demás medidas cautelares personales privativas de libertad personal.
- 7) Lo expuesto guarda armonía con el artículo 416, inciso segundo, del Código Procesal Penal, que establece una norma aplicable para el desafuero del parlamentario antes de la acusación misma a que se refiere el inciso primero del mismo artículo, en cuanto etapa del procedimiento penal, cuando durante la investigación el fiscal solicita al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar, que en nuestro entendimiento se circunscribe a las medidas cautelares personales privativas de libertad. Es menester en este punto considerar que el privilegio parlamentario del fuero penal consagrado en el artículo 61, incisos segundo y siguientes, de

la Constitución es una garantía de derecho estricto e interpretación restrictiva por exigencia del principio de igualdad y derechos de igualdad en relación con el derecho común de enjuiciamiento criminal, que protege la función pública parlamentaria y a quienes la sirven (diputados y senadores) de la acusación o de la privación de libertad, de suerte que se requiere del antejuicio denominado “desafuero”, decretado por la Corte de Apelaciones respectiva en primer grado y/o la Corte Suprema en segundo grado, para proceder a la acusación, declarando haber lugar a formación de causa o para autorizar al juez de garantía a decretar una medida cautelar personal privativa de libertad. En la especie, la formalización de la investigación de resorte del Ministerio Público no trae aparejados más efectos que los dispuestos en el artículo 233 del Código Procesal Penal, ya que no se ha pedido al juez de garantía prisión preventiva u otra medida cautelar personal privativa de libertad, hipótesis que sí permitirían sostener que el artículo 416, inciso segundo, del Código del ramo es una norma o precepto legal aplicable en la gestión que sirve de presupuesto a la acción impetrada.

Por otra parte, aceptar el predicamento en orden a que la “acusación” a que se refiere el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución es un concepto genérico que engloba a la formalización de la investigación y que por ende exige previo desafuero del aforado imputado de responsabilidad penal, entrañaría dos lecturas que pugnan con la Constitución, a saber: primero, un desafuero denegado hace imposible o entraba la investigación, transformando al fuero en una completa inmunidad penal, y un segundo desafuero concedido suspende al parlamentario en la función durante la investigación desarrollada por el Ministerio Público, la que finalmente, después de un prolongado periodo de tiempo cuya duración máxima es de dos años, puede concluir en la decisión de no perseverar en ella, sin haberse decretado siquiera medidas cautelares en relación al imputado.

VII. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, podemos señalar sumariamente a modo de conclusiones las siguientes:

- 1) El inciso segundo del artículo 61 de la Constitución Política de la República establece que “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 la formación de causa”. La expresión “acusado” empleada por la referida disposición constitucional debe ser entendida en sentido de equivalencia a la condición derivada de la acusación y, aún más, la expresión “formación de causa” debe ser entendida en el sentido de “acusación”, por ser tal interpretación la única consistente con los principios del nuevo sistema procesal penal y con la naturaleza y finalidad del fuero parlamentario.
- 2) El inciso primero del artículo 416 del Código Procesal Penal establece que “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 a cuarto del artículo 58 (actual 61) 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”. Es decir, el inciso primero del artículo 416 del cuerpo legal referido señala que el fiscal, al cierre de la investigación y no antes, deberá solicitar al tribunal de alzada el desafuero, obviando la exigencia constitucional de desafuero previo frente a la simple formalización de la investigación y dejando, por ende, a los parlamentarios en igualdad de condiciones que cualquier otro ciudadano.
- 3) En cuanto al fuero parlamentario es menester concluir:
 - a) El inciso primero del artículo 416 del Código Procesal Penal establece que sólo al cierre de la investigación, y no antes, procede solicitar al tribunal de alzada competente el desafuero.
 - b) El derecho fundamental al debido proceso asegura a las personas que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se fundará en un proceso legalmente tramitado, y que corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos (artículo 19, núm. 3, inciso

quinto, CPR). El proceso es un conjunto de fases sucesivas, establecidas y reguladas por la ley, que deben ser recorridas con antelación a que el órgano jurisdiccional adopte y comunique su decisión. El procedimiento no es sino la regulación legal con sujeción al cual ha de desarrollarse aquel debate que denominamos proceso. Para ello, la Constitución impone al legislador la obligación de contemplar un proceso revestido de garantías mínimas y especiales cuando corresponda, y que se resume en la exigencia de un proceso e investigación racional y justo. Racional en cuanto debe tratarse de un procedimiento lógicamente dispuesto que permita al juez sentenciar conforme a derecho, es decir, lo racional se refiere al procedimiento; y justo, en el sentido de que el proceso debe ordenarse a su finalidad, que es la justicia, pero también en el sentido de ser justo en cada uno de sus trámites, es decir, se refiere a lo sustantivo.¹³

El deber estatal antedicho implica entonces que el legislador debe procurar el establecimiento y regulación de procedimientos que contemplen los principios básicos denominados formativos del proceso y del procedimiento, y las garantías mínimas del debido proceso: existencia de tribunal competente, emplazamiento del demandando o imputado, tiempo racional para la debida defensa y para aportar pruebas. En efecto, el Poder Constituyente

...prefirió referirse al racional y justo procedimiento en vez de enumerar las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de tipificar específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos. Con todo, acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere (S.C. Suprema, 13 de abril de 1984, RGJ núm. 46, p. 58).

Pues bien, en materia de desafuero parlamentario, un procedimiento racional y justo necesariamente debe garantizar a los parlamentarios el debido ejercicio del fuero constitucional del que gozan; es decir, dentro de las garantías mínimas del debido pro-

¹³ Cerda Fernández, Carlos, *op. cit.*, nota 10, p. 230.

cedimiento de desafuero se cuenta el respeto del referido privilegio constitucional, de lo contrario no se justifica su existencia. Ello justifica plenamente la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, es decir, de la norma que regula el desafuero parlamentario por delitos de acción privada.

- c) Finalmente, señalaremos que la Constitución no sólo impone al legislador el deber de asegurar y respetar el derecho fundamental al debido proceso por vía de infringir el artículo 19 en su numeral 3, inciso quinto. También lo hace por vía del inciso segundo del artículo 5o. de la carta política, en la medida en que tal disposición constitucional prevé el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales que garantiza la misma Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En efecto, es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8o. consagra la garantía del debido proceso, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14.3 consagra el derecho fundamental al debido proceso.
- 4) Por último, el desafuero parlamentario con motivo de la acusación al cerrarse la investigación a que se refiere el inciso primero del artículo 416 del Código Procesal Penal, resulta concordante con la Constitución. Ello excluye toda posibilidad de una interpretación extensiva del término “acusado” o “acusación” para hacerla equivalente con la formalización de la investigación, ya que en el nuevo proceso penal acusatorio es la acusación en el procedimiento ordinario el acto jurídico procesal en el que el Estado dirige la acción penal y la pretensión punitiva; situación cubierta por el fuero parlamentario. Asimismo, a nuestro juicio, el inciso segundo del artículo 416 del Código del ramo, aplicable a medidas cautelares decretadas contra el diputado o senador imputado durante la investigación, interpretado conforme a la Constitución sólo puede guardar relación con la exigencia de desafuero para imponer medidas cautelares personales privativas de libertad personal, excluyéndose las demás medidas cautelares personales y las medidas cautelares reales.

La reseñada lectura del privilegio parlamentario del fuero penal de diputados y senadores exige su armonización con el catálogo de derechos y garantías constitucionales, de suerte que una interpretación de derecho estricta y restrictiva del privilegio como la propuesta es resultado de reglas hermenéuticas que conllevan una interpretación finalista y sistémica de la Constitución. Del mismo modo, el artículo 416 del Código Procesal Penal debe ser sometido por el Tribunal Constitucional a una interpretación conforme a la Constitución, tanto con motivo del control concreto de constitucionalidad en sede de inaplicabilidad como con motivo del control abstracto de constitucionalidad en sede de cuestión de inconstitucionalidad. Las sentencias estimatorias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 416 del Código del ramo confirman la exigencia de armonización, que es resultado del control concreto de constitucionalidad, abriéndose actualmente el control abstracto. A su vez, las prevenciones citadas, que consignan una doctrina jurisprudencial sobre el alcance del fuero penal, abren un interesante debate al interior del Tribunal Constitucional y de la comunidad académica y forense acerca de esta cuestión en el marco del nuevo proceso penal. El presente trabajo es un aporte a este debate.

La reseñada lectura del privilegio parlamentario del fuero penal de diputados y senadores exige su armonización con el catálogo de derechos y garantías constitucionales, de suerte que una interpretación de derecho estricta y restrictiva del privilegio como la propuesta es resultado de reglas hermenéuticas que conllevan una interpretación finalista y sistémica de la Constitución. Del mismo modo, el artículo 416 del Código Procesal Penal debe ser sometido por el Tribunal Constitucional a una interpretación conforme a la Constitución, tanto con motivo del control concreto de constitucionalidad en sede de inaplicabilidad como con motivo del control abstracto de constitucionalidad en sede de cuestión de inconstitucionalidad. Las sentencias estimatorias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 416 del Código del ramo confirman la exigencia de armonización, que es resultado del control concreto de constitucionalidad, abriéndose actualmente el control abstracto. A su vez, las prevenciones citadas, que consignan una doctrina jurisprudencial sobre el alcance del fuero penal, abren un interesante debate al interior del Tribunal Constitucional y de la comunidad académica y forense acerca de esta cuestión en el marco del nuevo proceso penal. El presente trabajo es un aporte a este debate.