



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

## EL DEBIDO PROCESO EN EL DESAFUERO PARLAMENTARIO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR: TOMÁS ALONSO REYES ARANCIBIA

PROFESOR GUÍA: RODRIGO PICA FLORES

Santiago, Chile

2014

## ÍNDICE

<b>Resumen</b>	<b>6</b>
<b>Introducción</b>	<b>7</b>
<b>Capítulo I. El debido proceso. Origen. Concepto.</b>	<b>9</b>
I. El debido proceso	9
II. Naturaleza jurídica	18
III. Titularidad	20
IV. Sujetos obligados	36
V. Consagración en el derecho internacional. Contenido en Convenciones suscritas por el Estado de Chile	42
VI. Procedimiento racional y justo. Análisis.	45
VII. Lo racional como requisito de nuestros procedimientos	51
VIII. Lo justo. Concepción de la justicia en el contenido de la garantía	57
IX. Elementos del debido proceso	61
X. El derecho a defensa. Reconocimiento y contenido	75
XI. El derecho a requerir diligencias probatorias. Derecho a presentar pruebas de descargo.	80

XII. El término probatorio como garantía de un procedimiento racional y justo.	
¿Existe el deber de formalizar su existencia en cada procedimiento?	91
XIV. El debido proceso y la tutela judicial efectiva.	95

## **Capítulo II. El desafuero parlamentario. 109**

I. El desafuero. Historia de su regulación.	109
II. Naturaleza jurídica. Alcance según la fórmula consagrada en la Constitución.	119
III. El fuero. Origen. Adopción en nuestro ordenamiento jurídico	130
IV. El desafuero como procedimiento especial	137
V. El desafuero como incidente del juicio penal principal	142
VI. El desafuero como trámite previo de autorización o requisito de procesabilidad.	143

## **Capítulo III. El debido proceso en el desafuero parlamentario. Aplicabilidad de sus reglas. 154**

I. Procedimiento de desafuero en el Código de Procedimiento Penal.	154
II. El derecho a defensa en el procedimiento de desafuero del Código de Procedimiento Penal	162
III. Posibilidad de presentar pruebas en el procedimiento de desafuero contenido en el código de procedimiento penal.	165

IV. Posibilidad de requerir la práctica de diligencias probatorias	169
V. Situación en el procedimiento del Código de Procedimiento Penal	170
VI. Procedimiento de desafuero en el Código Procesal Penal	173
VII. Desafuero en los delitos de acción penal pública	176
VIII. Desafuero en los delitos de acción penal privada	181
IX. Situación en el procedimiento del Código Procesal Penal	184
X. Desafuero y debido proceso en los delitos de acción penal pública.	187
XI. Desafuero y debido proceso en los delitos de acción penal privada	196

**Capítulo IV. El desafuero y el debido proceso en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Constitucional. 217**

I. Conflictos de constitucionalidad de la legislación sobre el desafuero	217
II. Jurisprudencia que define al desafuero como juicio especial. Consideración del derecho a defensa en cuanto a la posibilidad de requerir o presentar pruebas de descargo	220
III. Jurisprudencia que define al desafuero como incidente del juicio principal	224
IV. Jurisprudencia que define al desafuero como un trámite o requisito de procesabilidad. Aplicabilidad del debido proceso en este caso	229
V. Jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Debido proceso y desafuero. Análisis crítico	240

VI. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Debido proceso y desafuero. Análisis crítico	261
---	-----

<b>Capítulo V. Comentario acerca del cumplimiento de los fallos del Tribunal Constitucional.</b>	<b>289</b>
--	------------

I. Situación del querellante en los delitos de acción penal privada. Inconstitucionalidad v/s inexcusabilidad	289
--	-----

<b>Capítulo VI. Posición Personal</b>	<b>302</b>
---------------------------------------	------------

I. Debido proceso. Lo que debe contener o no puede faltar en los procedimientos judiciales	302
--	-----

II. Limitación del derecho a defensa en el procedimiento de desafuero. La situación de la prueba en los delitos de acción penal privada	320
---	-----

<b>Capítulo VII. Conclusiones</b>	<b>336</b>
-----------------------------------	------------

<b>Bibliografía</b>	<b>339</b>
---------------------	------------

## **RESUMEN**

El siguiente trabajo pretende indagar acerca de la vigencia, interpretación y aplicación que se ha dado de la institución del debido proceso, en los procedimientos judiciales de desafuero parlamentario en Chile. A partir del análisis de lo que puede entenderse que integra el debido proceso en nuestro sistema, en los instrumentos de derecho internacional y en la jurisprudencia, me propongo establecer si, según la naturaleza jurídica que se atribuya al desafuero, corresponde aplicar en la sustanciación y decisión sobre esta institución las garantías de un procedimiento racional y justo y si dicha aplicación está contemplada en el procedimiento que ordena el Código Procesal Penal.

## **INTRODUCCIÓN**

El cinco de junio del año 2000, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago pronunció la resolución que declaraba el desafuero del Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte. En fallo dividido y con extensos y descriptivos considerandos, el Tribunal de Apelaciones estimó que “había lugar a formar causa” contra el ex gobernante, inculpado de varios delitos cometidos durante la dictadura militar. Aunque en la sucesión del juicio Pinochet no fue finalmente procesado, el fallo que lo despojó del fuero parlamentario constituye una de las sentencias más interesantes pronunciadas en Chile, respecto de tópicos tan relevantes como el debido proceso, los fines del desafuero y los requisitos para declararlo. Este trabajo se propone analizar si el procedimiento de desafuero fruto de la reforma procesal penal, en especial su regulación respecto a los delitos llamados “de acción penal privada”, cumple con el estándar del debido proceso consagrado en nuestra Constitución (“procedimiento racional y justo”) Para esto es esencial establecer el alcance de las sentencias que el Tribunal Constitucional ha pronunciado ante sucesivos requerimientos de las defensas de parlamentarios, frente a querellas por delitos de injurias o calumnias presentadas en su contra en los últimos años, en lo relativo a la naturaleza jurídica del desafuero y la observancia del contenido del debido proceso en su procedimiento. Comenzaremos por establecer el concepto de debido proceso que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico

por un lado y, por otro, develar la naturaleza jurídica del desafuero como institución procesal. Finalmente, abordaremos la cuestión principal: ¿las reglas del desafuero en Chile, observan los requisitos mínimos del debido proceso?

## **CAPÍTULO I. EL DEBIDO PROCESO. ORIGEN. CONCEPTO.**

### **1.1.- El Debido Proceso.**

Uno de los temas más llamativos y recurrentes del derecho lo constituye la perfecta armonía en la que convive una institución de la mayor importancia y general –sino unánime- aceptación, con la falta de un concepto definitivo que sirva para caracterizarla. Casi no hay sistema u ordenamiento jurídico en Occidente que no reconozca en alguna fórmula el derecho a defensa jurídica, a ser juzgado por tribunales preexistentes o por un juez natural y a conocer y contestar los cargos formulados por la autoridad en el marco de un proceso en el que esté involucrada la vida, la libertad o la propiedad de una persona.

Al mencionar las palabras “debido” y “proceso” automáticamente pensamos en ciertos derechos con los que contamos siempre ante la autoridad que nos juzga o nos acusa, derechos que esa misma autoridad nos reconoce y que nos permiten enfrentarnos a ella en cierto pie de igualdad forzada e irrenunciable. Tal vez se trate de un concepto dinámico, elaborado a través de varios siglos probablemente a partir de la Carta Magna de 1215, que consagrara “la ley de la tierra” (“by the law of tha land”), una garantía –en el lenguaje moderno- que reconoció el poder político a los nobles ante el Rey y luego al pueblo (*“No free man shall be taken or imprisoned or disseided or outlawed or exiled or in any way ruined, or hill w ego or send against him,*

*except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land*”). El texto, a decir de Couture, “constituyó en su momento, el apotegma de la libertad civil. Pero juzgado con el espíritu de nuestro tiempo y tratando de medir su justo significado técnico, se advierte el carácter procesal de sus dos garantías principales” <sup>1</sup>

“The lawful judgment of his peers”, entonces, configuraría el derecho a un juez competente, un juez natural de la misma condición de quien es juzgado. El súbdito no podía quedar en una situación de asimetría fáctica con su juzgador, máxime si en ello podía perder su propiedad, libertad o la vida misma.

De la misma manera, “by the law of the land” constituye la garantía de la ley preexistente, a la que el individuo debe ajustar su conducta y por cuya infracción debe responder. El súbdito debía ser juzgado bajo una ley que reconociera como propia, a la que había jurado observancia, no una ley impuesta por su mayor severidad o amplitud.

Siguiendo a Iñaki Esparza Leibar, en su Tesis doctoral “El principio del proceso debido”, al adoptar en los nuevos estados independientes de Norteamérica (USA) las garantías procesales antedichas, el concepto procesal del debido proceso presente en la Carta Magna, se hace genérico en la Constitución. “Ya no se habla del juicio de los pares y de la ley de la tierra: se habla de un “debido proceso legal” como de una garantía que involucra el

---

<sup>1</sup> COUTURE, EDUARDO. 1989. Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el Proceso Civil. Buenos Aires. Ediciones De Palma. Tomo I, p.

derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente”<sup>2</sup>

De este modo, las enmiendas V y XIV de la Constitución de Filadelfia recogieron el texto fundamental de la Carta Magna y la Corte Suprema de Estados Unidos debió establecer el contenido de las garantías que había adoptado la nueva nación. Su aproximación, sin embargo, no aportó un concepto sino más bien un trasfondo: “Cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que establecer en que consistían estas garantías del proceso debido y de la ley de la tierra, dijo: “Determinando lo que es el “due process of law” en las Enmiendas V y XIV la Corte debe referirse a los usos establecidos, a los modos de procedimiento consagrados antes de la inmigración de nuestros antepasados que, no siendo a su condición civil y política, han continuado aplicándose por ellos después de su establecimiento en el país”<sup>3</sup>.

Esta sentencia, en la cita de Couture, no propone una conceptualización sino que refiere a un contenido. Esparza Leibar añade: “Tras un estudio de la bibliografía norteamericana se desprende inmediatamente que no es característica definitoria del Due Pocess of Law su simplicidad conceptual o su no beligerancia a causa de la común aceptación del contenido y alcance de su significado. Luego agrega: “Si existe sin embargo entre los autores un sustrato

---

<sup>2</sup> COUTURE, EDUARDO. 1989. Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el Proceso Civil. Buenos Aires. Ediciones De Palma. Tomo I, p. 50-51

<sup>3</sup> COUTURE, EDUARDO, Op. Cit. p. 50-51

básico de común aceptación, que atribuye al “Due Process of Law” unos determinados contenidos que, como mínimo, deben concurrir para que efectivamente se de.”<sup>4</sup>

El intento por conceptualizar al debido proceso legal en el sistema de Estados Unidos, se tradujo más bien en la necesidad de reconocer su función protectora, comprensiva de contenidos mínimos de derechos que el ciudadano puede hacer valer ante la autoridad cuando su vida, libertad o propiedad sean objeto de un proceso por el que puedan ser privados de esos bienes. La aparente desventaja de la certera designación de su contenido, no limita su reconocimiento y su vigencia, en tanto “su definitorio concurso lo dota de una indudable flexibilidad que ha permitido la longevidad de la institución y, a cambio, la imposibilidad de definirlo absolutamente si no es en relación con un momento histórico determinado”<sup>5</sup>

Como concluye Iñaki Esparza Leibar, en su Tesis Doctoral citada, En Estados Unidos la Constitución conforma un sistema basado en los derechos fundamentales individuales (vida, libertad, propiedad), en el que el debido proceso actúa como garantía de dichos derechos cuando éstos entran en tensión o conflicto con el poder estatal. Es lo que se conoce como el “Due Process procesal”, por el que se garantiza a los ciudadanos norteamericanos que “ningún órgano jurisdiccional puede privar de la vida, la libertad o la

---

<sup>4</sup> ESPARZA LEIBAR, IÑAKI. 1995. El principio del debido proceso. Barcelona. Editorial Bosch. P. 71-78

<sup>5</sup> ESPARZA LEIBAR, IÑAKI. cit. Páginas 71-78

propiedad a ningún sujeto de derecho, excepto a través de procesos ajustados a la United State Code. Así, una persona no podrá ser expropiada sin ser notificada de ello y oídas sus alegaciones, ni puede ser privado nadie de su libertad sin un juicio limpio (“Fair Trial”)<sup>6</sup>

La otra cara de la moneda la constituye el “Due Process sustantivo”, que implica que “la administración no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos derechos fundamentales.....sin disponer de un motivo que así lo justifique. Se trata.....de una forma de autocontrol constitucional, de la discrecionalidad en la actuación de la administración pública en general.”

Respecto del primer sentido en el que se ha desarrollado el concepto o idea de “debido proceso”, el “Due Process procesal”, el autor lo circunscribe a la idea de una garantía del ciudadano ante un juicio. Señala Esparza Leibar, que “la finalidad del “Due process of law” procesal, lo constituye en esencia la garantía de un juicio limpio para las partes en cualquier proceso y en especial para las partes en un proceso penal, ya que la función jurisdiccional aplicada de acuerdo a sus características minimiza el riesgo de resoluciones injustas.”

Es por esto que las garantías que integran el “Fair Trial” en el sistema norteamericano, son manifestaciones del “Due Process of Law” procesal y forman parte de la United State Code, en la VI enmienda que las desarrolla como un catálogo, desde el derecho a un proceso rápido, derecho a un proceso con jurado imparcial y derecho a la asistencia letrada, entre otras.

---

<sup>6</sup> IÑAKI ESPARZA LEIBAR. Ob. Cit. Páginas 71 a 78

De esta manera, en USA la garantía del juicio limpio es más bien una reunión o combinación de elementos que, al decir de Esparza Leibar, “aseguran una determinada forma de proceso en torno a los valores equidad, imparcialidad, independencia, igualdad, publicidad, racionalidad, certeza y universalidad, estando todos ellos incluidos y presentes en la cláusula “Due Process of Law”, que además incorpora otros requisitos específicos, contenidos en otras partes de la United State Code.”<sup>7</sup>

De un reconocimiento de ciertos derechos y garantías de los Barones ante el poder del Rey John Lackland, en 1215, posteriormente trasladadas al pueblo inglés, con el proceso de desarrollo constitucional europeo y norteamericano el debido proceso se convertiría en una garantía del ciudadano ante la autoridad, irrenunciable y oponible cada vez que sus más preciados bienes fueran el objeto de un acto de autoridad administrativa o pudieran verse afectados por el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Pero dicho progreso o desenvolvimiento no había logrado producir un concepto unitario y comprensivo de todo lo que caracteriza al debido proceso.

En nuestro país, la dificultad para establecer un concepto del debido proceso fue similar a la vivida en USA. En cuanto a la Constitución de 1980, se estableció una fórmula, en su artículo 19 N° 3, que contempla una condición imperativa y un mandato permanente. La condición quedó enunciada como una exigencia, al decir “que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción

---

<sup>7</sup> IÑAKI ESPARZA LEIBAR. Ob. Cit. Páginas 71 a 78

debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”. La condición, si se quiere, es doble y copulativa: si un órgano que ejerce jurisdicción pronuncia una sentencia, debe haberse verificado de manera previa e ineludible un proceso. Y dicho proceso debe haber sido tramitado de acuerdo con reglas legales.

Para algunos autores se trata de requisitos de validez de la sentencia, independientemente de la autoridad específica que ejerza la jurisdicción, por lo que se asume de entrada una idea amplia del ejercicio de la jurisdicción. Para don Enrique Evans de la Cuadra, “se trata de un texto aplicable a cualquier autoridad, expresión sinónima de órgano en la Constitución, que ejerza jurisdicción, o sea, que deba cumplir funciones o ejercer atribuciones que afecten derechos de las personas”<sup>8</sup>. Junto con ello, es pacífico en nuestra doctrina y jurisprudencia que por sentencia, debe entenderse cualquier resolución de autoridad que afecte derechos constitucionales o legales.

Así las cosas, tanto en su origen como en su desarrollo, el “debido proceso” no logró una determinación tal de sus características principales o permanentes como para ser conceptualizado. Tanto en su primaria formulación como en su posterior asimilación –en USA y Chile- se prefirió la referencia a ciertos contenidos –garantías, derechos, prerrogativas- que el ciudadano podía esgrimir ante la autoridad en ciertas circunstancias. Tantas como las mismas circunstancias fueron, finalmente, haciendo visibles.

---

<sup>8</sup> ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA, 1986, Los Derechos Constitucionales, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II.

Con este breve recorrido, puede entenderse que más que un concepto determinado y descriptivo de la institución a que llamamos “debido proceso”, existe un consenso en los diferentes sistemas jurídicos acerca de ciertos elementos que la integran. Tras su reconocimiento constitucional, su fuerza y operatividad son mucho mayores. No puede establecerse procedimientos que puedan afectar derechos esenciales sin que se entienda en ellos incorporado el debido proceso.

Como bien señala Miguel Ángel Fernández, el debido proceso “es un derecho asegurado por la Constitución, con lo cual adquiere la categoría de límite al ejercicio de la soberanía, consistente en que el procedimiento y la investigación sean racionales y justos”<sup>9</sup>. Desde luego dicha descripción no puede tenerse por concepto, si atendemos a la fórmula que la Comisión Constituyente consagró. Los términos “racional y justo procedimiento”, en el lenguaje de la Constitución de 1980, son equivalentes al de “debido proceso”. De esta manera, que el debido proceso sea un derecho garantizado por la Constitución y que actúe como límite al ejercicio de la soberanía, sólo lo ubica entre la categoría genérica de derecho subjetivo público. La dificultad de su definición persiste. Sobre todo si luego se le describe como el que consiste en que “el procedimiento y la investigación sean racionales y justos”. En otras palabras, el debido proceso tendría la naturaleza jurídica de derecho fundamental (aspecto que abordaremos a continuación) lo que lo sitúa como un

---

<sup>9</sup> MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2006, La nueva justicia penal frente a la Constitución, Santiago, Lexis Nexis, p. 50.

límite objetivo al ejercicio de la soberanía, y que consiste en que el procedimiento que se establezca para resolver un conflicto de relevancia jurídica o llevar a cabo una investigación en el ámbito penal, debe ser racional y justo. Y racional y justo, como exponíamos antes, son los términos con que se decidió consagrar la idea de “debido proceso” en nuestra Constitución.

Dada la dificultad –tal vez la “ventaja”- de elaborar un concepto unitario del “debido proceso”, se ha caminado desde sus primeras formulaciones a una actualidad en la que se prefiere establecer qué garantías del ciudadano frente a la actividad jurisdiccional son básicas y permanentes. Qué conforma el debido proceso se vuelve, entonces, una cuestión de mínimos y máximos o, si se prefiere, de presencia o no de ciertos elementos que necesariamente deban integrar un proceso, según la naturaleza del mismo y de los derechos que en él se discutan. Elementos que deban cumplir la función de límite al ejercicio de la soberanía, en cuanto desenvolvimiento de la función jurisdiccional de un Estado.

Con todo, un concepto unitario –o, conforme con la última consideración, un concepto unificador- de estos elementos, puede terminar por hacer realidad los temores de la Comisión Constituyente en cuanto al riesgo de identificar lo “debido” de un proceso con aquello que la ley incluya y estime como tal. Por otro lado, al enumerar los elementos o garantías que debían componer el “debido proceso” (el procedimiento racional y justo) podía quedar fuera alguno

aún no unánimemente tenido por tal o limitar el ingreso de otros que el desenvolvimiento de la práctica y el desarrollo de la doctrina podría agregar.

## **1.2.- Naturaleza Jurídica**

La dificultad para concentrar en unas pocas palabras las características más relevantes del debido proceso, tuvo un notable contrapeso en el amplio reconocimiento del hecho de que hay elementos de dicha institución presentes en cada procedimiento en que deba decidirse sobre la vida, libertad o propiedad de alguna persona. Dicho reconocimiento tiene uno de sus antecedentes más inmediatos en nuestro sistema, con la expresión ya citada de la Comisión Constituyente, como destaca Enrique Evans, en cuanto a “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”<sup>10</sup>

Esta precisión contiene la referencia a la “historia fidedigna del establecimiento de la disposición”, como criterio de interpretación presente en la Comisión y que sería de utilidad a quienes consultaran por el alcance de la fórmula “racional y justo procedimiento”. Para la Comisión, debía dejarse

---

<sup>10</sup> ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA. 1986. Los Derechos Constitucionales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. P. 28

constancia acerca de los elementos que ésta consideraba integraban el debido proceso más allá de la fórmula gramatical que se usara para establecer su preeminencia.

Además, se usaba la expresión “garantías mínimas”. La Comisión Constituyente había discutido en sesiones previas la inclusión en la Constitución de los llamados derechos y garantías que contenían los documentos internacionales suscritos por Chile<sup>11</sup>. La Comisión –como gran parte de la doctrina- distinguía el derecho constitucional de la garantía. ¿Consiste el debido proceso en una garantía o un derecho? Para algunos autores se trata de un derecho fundamental. Quien describe mejor la naturaleza del problema, a nuestro juicio, es Mauricio Rettig, citado por Miguel Fernández González en “La Nueva Justicia Penal frente a la Constitución”.

Rettig se refiere al uso de la expresión “derecho humano”, puesto que ella contiene posiciones filosóficas y jurídicas más bien antagónicas (positivismo y iusnaturalismo). Buscando una complementación, que deje atrás la ambigüedad del uso de la expresión, es que surge según este autor el concepto de derechos fundamentales, expresión que contiene “una pretensión moral justificada”, orientada a la autonomía e independencia personal (liberalismo político), por un lado. Por otro, constituye “un subsistema dentro del Sistema Jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que

---

<sup>11</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN ORTÚZAR, Sesión N° 83, p. 11.

pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo”, es decir, constituya una garantía cuya protección sea exigible por titulares determinados al poder público en cada ocasión en que éste deba decidir sobre la afectación de derechos subjetivos públicos. Finalmente, la expresión contiene una dimensión social, cultural o sociológica, que al igual que la expresión “debido proceso” hace depender su contenido de una época o situación social determinada. Cambia, muta o se modifica, al compás de intereses sociales que se expresan en el ámbito político y se institucionalizan dentro del sistema normativo.<sup>12</sup>

### **1.3.- Titularidad.**

El derecho al debido proceso, en tanto derecho fundamental, es una expresión o consecuencia de la igualdad ante la ley lo que supone que todas las personas son sus titulares. El artículo 1º inciso 1º de la Carta Fundamental, indica que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; precepto que interpretado en armonía con el encabezado del artículo 19, no puede sino significar que en tanto se reconozca la condición o estatus de persona a un individuo, éste ya cuenta con el derecho al debido proceso.

---

<sup>12</sup> MAURICIO RETTIG, “El debido proceso ¿es un derecho o una garantía?”, En: V Revista Procesal Penal, citado en nota al pie N° 47 de Miguel Fernández González, La nueva justicia penal frente a la Constitución. Op. Cit. p. 8

En cuanto al alcance del término “persona”, la importancia de su dilucidación puede verificarse si atendemos a la discusión habida en el foro público, acerca de si nuestra Constitución incluye en dicha expresión “al que está por nacer” y a las personas jurídicas.

Para don Jose Luis Cea Egaña, citado por Miguel Angel Fernández González en “La Nueva Justicia Penal frente a la Constitución”, “...queda claro que el Capítulo III se refiere a todas las personas naturales, pero también y en lo que sea lógicamente pertinente a la manifestación de la voluntad de ellas, a las personas jurídicas y a los entes morales o sociedades de hecho, ampliándose así el ámbito de su aplicación”.<sup>13</sup>

En cuanto a la inclusión en el concepto de persona de “los que están por nacer”, conocida es la discusión acerca del momento en que se debe entender constituido un ser humano para efectos de reconocerle su estatus de persona y los efectos, en cuanto a si se hace entonces acreedor a las garantías que la Constitución asegura a todas las personas desde ese instante o si debe atenderse a otras reglas legales (específicamente, las reglas civiles sobre la existencia legal de una persona) para establecerlo.

Sucintamente, diremos que para don José Luis Cea Egaña, en su obra ya citada, “en el vocablo persona quedan, consiguientemente, absorbidos los individuos de ambos sexos, de cualquiera nacionalidad, raza o condición, sin

---

<sup>13</sup> JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, 1999, El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile

distinción de edad, oficio o profesión, cualquiera sea su estado de salud física o mental, se hallen domiciliados, sean residentes o meros transeúntes, todo en la medida que se rijan por el ordenamiento jurídico chileno. Por lo mismo, enfatizamos que para un humanista no cabe duda que la criatura que se halla en el vientre materno, desde el momento mismo de la concepción, es también persona y titular de los derechos propugnados en el artículo 19 del Código Político”.<sup>14</sup>

En la misma línea, Hernán Corral Talciani señala que “una interpretación sistemática y actualizada del Código Civil, hecha ahora en la perspectiva del concepto institucional de persona, que es el recogido por nuestro texto constitucional y por la cultura jurídica nacional, no puede sino admitir que, en nuestro Código Civil, el nasciturus es considerado un ser humano, y por ende una persona con derecho a la vida”. A continuación, el autor plantea que nuestro texto constitucional no contempla un tratamiento diferenciado del nasciturus respecto al nacido, como pudiera leerse de la fórmula utilizada en el artículo 19 (“La ley protege la vida del que está por nacer”), sino que dicha lectura “no tiene en cuenta que el mismo artículo 19 en su encabezamiento señala que los derechos que se aseguran son derechos de “personas”, por lo que el inciso relativo al nasciturus no puede sino entenderse como un mandato dirigido al legislador para que tutele especialmente la vida del que está por nacer” Para este autor, la fórmula contenida en la Constitución, vinculada con

---

<sup>14</sup> JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, Ob. Cit. pp. 46 y 47

los conceptos contenidos en Tratados Internacionales suscritos y vigentes, no deja lugar a dudas de su extensión: son personas y, por lo tanto titulares de los derechos y garantías constitucionales –entre ellos el debido proceso- tanto los individuos de la especie humana que “están por nacer” como los nacidos, separados completamente del vientre materno y que hayan sobrevivido un instante siquiera a la separación.<sup>15</sup>

Existen otras posturas, que en este punto estiman que la Constitución no afirma algo muy certero en su fórmula de reconocimiento al nasciturus. Extraen sus conclusiones a partir de dos antecedentes: las Actas de la Comisión de estudios y la consecuencia de la reforma constitucional que supuso el reemplazo de la expresión “los hombres nacen” por la de “las personas nacen” en el artículo 1. En el ámbito del reconocimiento de derechos “esencialmente iguales” del nacido y el nasciturus. Sobre esta última tesis se refiere el propio Hernán Corral en el artículo citado, quien discute la conclusión que deriva don Alejandro Guzmán Brito en su ensayo sobre “El Derecho Privado Constitucional de Chile”, sobre el punto. Guzmán Brito sostiene que la letra del artículo 74 del Código Civil, impide reconocer al nasciturus el estatus de persona en el ámbito constitucional. En su cita, Corral destaca que Guzmán Brito entiende que “por 'personas' se entiende, desde luego, a las naturales en el sentido del artículo 55 del Código Civil. Pero no al que está en el vientre de

---

<sup>15</sup> HERNÁN CORRAL TALCIANI. 2005. El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. (en línea) *Ius et Praxis*, 11(1), 37-53. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000100003&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-00122005000100003](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100003&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-00122005000100003) (consulta: 18 de agosto de 2013)

su madre, vale decir, al concebido que no ha nacido aún, porque no ha principiado a ser legalmente persona, en los términos del artículo 74 inciso 1 CC., y porque la norma aplica la igualdad a quienes 'nacen' y el nasciturus es quien no ha nacido todavía". Así las cosas, para este autor, citado por don Hernán Corral, "persona" es un estatuto predicable de quien "ha nacido" y sobrevivido un instante a la separación de la madre. Antes de ese evento, la Constitución no puede dispensarle la misma protección que al nacido, en tanto no ha alcanzado la titularidad de los derechos que la misma Constitución consagra.<sup>16</sup>

De otro lado, se argumenta que la Comisión Constituyente, si bien estableció un mandato al legislador acerca de la protección que debe dispensarle al nasciturus, no consagró "al que está por nacer" como un sujeto de derechos esencialmente igual en dignidad y derechos que el nacido y vivo. De la discusión habida en el seno de la Comisión, habría imperado la visión que sostenía que no debía consagrarse una fórmula que impusiera una visión particular en un asunto que podía fácilmente invitar a polémicas. Se citó el caso del embarazo por violación y la tesis del Comisionado Jaime Guzmán – establecer la prohibición constitucional del aborto en cualquiera de sus variantes- fue rechazada por el resto de la Comisión y se llegó al consenso de establecer la fórmula que hoy existe.

---

<sup>16</sup> ALEJANDRO GUZMÁN BRITO. 2001. El Derecho Privado Constitucional de Chile. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso

Desde luego, un asunto tan relevante –y en esto seguimos el planteamiento central de don Hernán Corral Talciani- no puede dirimirse mediante el recurso a la interpretación gramatical. Es claro que el Constituyente quiso dotar al nasciturus de cierto estatus digno de protección. No es tan claro si este estatus puede equivaler al de la persona nacida y viva, en tanto persisten las reglas civiles que señalan cuando debe considerarse que principia la existencia “legal”, cuestión que no puede ignorar el intérprete. La fórmula empleada puede entenderse como un mandato constitucional al legislador, de una intensidad mayor en tanto se contiene en el catálogo de garantías constitucionales reconocidas a todas las personas, en orden a no disponer en cualquier circunstancia de la vida del que está por nacer sin un fuerte control sobre la posibilidad concreta de afectación de su expectativa vital.

Si bien la discusión no parece quedar resuelta si se adopta este último criterio, parece sin embargo ser más consistente con la intención manifiesta del Constituyente –derivada de la historia fidedigna de su establecimiento- por lo que, en cuanto es pertinente en este trabajo, consideramos al nasciturus un ser con la “expectativa constitucional” –si se permite el término- o poseedor de un interés “constitucionalmente relevante”, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 740-2007, de constituirse en titular de los derechos y garantías descritos en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. Mismos que deben reconocerse a toda persona, cualquiera sea su edad, sexo o condición, nacida y viva.

En cuanto a las personas jurídicas, antiguo es el debate sobre su titularidad de derechos constitucionales. Recurrimos a un autor y su breve pero acertada opinión para ilustrar este punto.

Eduardo Aldunate Lizana, en el artículo “La Titularidad de los Derechos Fundamentales”, analiza el reconocimiento de derechos constitucionales a personas naturales como a las asociaciones o personas “morales” (colectivos carentes de personalidad jurídica) y a las personas jurídicas. A pesar de la aparente unanimidad de los autores que cita y quienes afirman la titularidad de derechos constitucionales de las personas “morales” (M.A. Núñez Poblete, Eduardo Soto Kloss, principalmente), Aldunate Lizana indica que el sentido, o “valor dogmático” de tal afirmación, existe desde el momento en que se permite reconocer una titularidad de derechos diferenciada respecto de los individuos que constituyen el respectivo colectivo o persona moral”<sup>17</sup>

En otras palabras, si es que en el caso concreto puede distinguirse “un ámbito de protección iusfundamental distinto (y extendido) respecto de aquel que, en ese mismo caso, podría obtenerse a partir de la protección iusfundamental a los individuos que componen dicho colectivo”. Para este autor, es dudoso que exista dicho ámbito, si se atiende a la propia regulación constitucional de la protección de intereses de personas “morales”. Dicha regulación dispensa expresamente protección –con lo que reconoce la titularidad- de ciertos derechos de colectivos morales como el derecho de las

---

<sup>17</sup> EDUARDO ALDUNATE LIZANA. 2003. La titularidad de los Derechos Fundamentales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Chile. 1, (1): 187-201

organizaciones sindicales al reconocimiento de su personalidad jurídica por el solo registro previsto en el artículo 19 N° 19, inciso segundo.<sup>18</sup>

Sin embargo, para este autor, dicha protección no se verifica respecto de otros derechos para una persona moral o colectividad sin personalidad jurídica. “Así, por ejemplo, si una colectividad no cuenta con personalidad jurídica, los bienes que posea sólo podrán estar adscritos (a) sus integrantes bajo la modalidad de copropiedad, o bien en propiedad individual puesta a disposición del grupo.” De esa manera, la protección al derecho de propiedad dispensada por la Constitución a las personas, no podría incluir a las colectividades sin personalidad jurídica, en tanto la propiedad no habría variado de titular sin el concurso de la constitución de una persona jurídica.<sup>19</sup>

A mayor abundamiento, el inciso tercero del artículo 19 N° 12, como el inciso sexto del artículo 19 N° 2, descartan la protección de colectivos que carecen de personalidad jurídica. Para este autor, “quienes sostienen, de manera general, la titularidad de derechos de las personas morales se ven enfrentados a las disposiciones de estos incisos sin poder justificar la exclusión: no se ve razón alguna, si se acepta la idea de que las personas morales son titulares de derechos constitucionales, para que se vean excluidas, en cada caso, de un precepto que comprende los dos extremos del conjunto en que

---

<sup>18</sup> ALDUNATE LIZANA, Op. Cit. p. 193.

<sup>19</sup> ALDUNATE LIZANA. Op. Cit. p. 193.

podrían situarse (personas naturales singulares –colectivos de personas naturales sin personalidad jurídica – personas jurídicas)”<sup>20</sup>

Por último, Aldunate Lizana alude a la “trascendencia” del reconocimiento de titularidad de derechos constitucionales para las personas morales, que juzga como “menor”. Refiere a que la pretendida titularidad de los derechos no sería la regla general, sino que una excepción sólo respecto de algunos derechos. “Si descontamos aquellos que expresamente aluden a colectividades sin personalidad jurídica, y examinamos la lista restante, vemos que se excluyen, por su propia naturaleza, los derechos de los numerales 1, 7, 8, 9, 10, 12, 16, 17, 18, 20” El derecho de propiedad “desde la perspectiva del derecho de acceso a la propiedad y de propiedad, la titularidad siempre será individual, bajo la modalidad de propiedad singular, o de alícuota en casos de propiedad colectiva.”<sup>21</sup>

En cuanto al numeral 3º del artículo 19, la cuestión para Aldunate Lizana “no está dada por la titularidad del derecho a tutela judicial, sino de los intereses o derechos a los cuales el ordenamiento jurídico (subconstitucional) ha dotado con especiales reglas de legitimación activa.”<sup>22</sup>

Respecto de las personas jurídicas, si se tiene en cuenta la naturaleza o el origen del reconocimiento constitucional de la titularidad de derechos o garantías a las personas, se advierte la vinculación estrecha de dicho

---

<sup>20</sup> ALDUNATE LIZANA. Op. Cit. p. 194

<sup>21</sup> ALDUNATE LIZANA. Op. Cit. p. 194.

<sup>22</sup> ALDUNATE LIZANA. Op. Cit. p. 195.

reconocimiento al hecho de la “humanidad” de su titular. De la relación de los artículos 19, 1 inciso primero y 5 inciso segundo de la Carta Fundamental, es posible sostener el carácter excepcional que debiera darse a la titularidad de derechos de las personas jurídicas.

Para el autor citado, dicho reconocimiento es excepcional y “requiere de una justificación particular”. Esa justificación se estructura a partir de la distinción entre personas jurídicas de derecho privado y personas jurídicas de derecho público. La distinción es fundamental, puesto que unas (personas jurídicas de derecho privado) son “proyecciones del actuar de los individuos”, en tanto son vehículos para el desarrollo de sus fines, mientras las otras son más bien destinatarias de las reglas que protegen a las primeras puesto que ejercen funciones públicas, ejercen el poder público. Como se ve, no podrían tener el deber de observar estos derechos y ser titulares de los mismos.<sup>23</sup>

Sin embargo, como hace notar este autor, la práctica jurisprudencial, merced a la relación entre los preceptos de los artículos 19 y 20 de la Constitución, en cuanto el primero indica que “la Constitución asegura a todas las personas..” y el segundo no distingue entre personas naturales o jurídicas en cuanto al ejercicio legítimo de la acción de protección, ha terminado por dar reconocimiento (al menos respecto al ejercicio del recurso de protección) a personas jurídicas de derecho privado y público.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> ALDUNATE LIZANA. Op. Cit. p. 195-196.

<sup>24</sup> ALDUNATE LIZANA. Op. Cit. p. 196.

En cuanto se consideren derechos de las personas y garantías frente a la actuación de los órganos públicos, los derechos fundamentales no debieran entenderse como pertenecientes a todo tipo de personas o a más de las personas naturales. Su explícito reconocimiento constitucional es excepcional y da cuenta de la restricción del Constituyente para incluir a las personas jurídicas dentro de la categoría de titulares de los derechos fundamentales protegidos o no por el recurso de protección.

De la extensión de esa titularidad de los derechos fundamentales en los casos en los que la Constitución indica, se desprende para este autor, que en principio dicha titularidad no es tal y que “este reconocimiento se hace simplemente por razones instrumentales”. Se trataría, además de derechos que no se vinculan de manera necesaria a la sustancia de la individualidad humana”

Respecto a las personas jurídicas de derecho público, nuestra Constitución tampoco reconoce de manera general la titularidad de derechos fundamentales al Estado y sus órganos, como se deduce de la regulación de la habilitación constitucional al Estado que contempla nuestra Carta Fundamental (artículo 19 N° 12 inciso 5°; artículo 19 N° 21 inciso 2°; artículo 19 N° 24 inciso 6°)

Uno de los problemas que generaría tal reconocimiento de titularidad es que el Estado ampliaría sus competencias a la defensa de sus derechos, lo que no parece compatible con el Estado de Derecho que, constreñido por el principio de juridicidad, podría reclamar para sí la titularidad y el cuidado o

protección (en un sentido más amplio) de todos los derechos fundamentales reconocidos a personas naturales, por el hecho de su naturaleza –con la referencia directa al inciso 2º del artículo 5 de la Constitución- con lo que Estado e individuo podrían reclamarse recíprocamente la observancia del deber correlativo del derecho garantizado.

De otro lado, de aceptarse la titularidad de derechos fundamentales de los órganos del Estado, se materializaría una severa contradicción en el ejercicio de los derechos, puesto que los fines de los órganos del Estado podrían, de seguirse esta tesis, pugnar directamente con los fines del desarrollo individual de las personas naturales, como presupuestos de la concreción del plan de vida de los individuos que un Estado democrático de derecho se propone proteger. “Por otro lado, hay que tener presente que las personas jurídicas de derecho público siempre son creaciones de un acto de potestad estatal (y no del mero reconocimiento de voluntades individuales que cumplen con los requisitos del ordenamiento para adquirir personalidad jurídica), y, por lo tanto, y en esa calidad, no pueden vincularse al desarrollo de fines individuales.”<sup>25</sup>

En lo que atañe al debido proceso, sin embargo, tal reconocimiento implicaría una distorsión poco feliz del sentido de la institución. Un ejemplo claro podemos advertirlo con ocasión de la solicitud de nulidad planteada por el Ministerio Público ante la Excelentísima Corte Suprema, en los autos Rol de

---

<sup>25</sup> ALDUNATE LIZANA. Op. Cit. p. 198

Ingreso Corte N° 5440-2004, . Se trataba de anular la sentencia y el juicio en contra, entre otros, de Patricia Roxana Troncoso Robles, Pascual Huentequero Pichún Paillalao y Segundo Aniceto Norín Catriman, cuya sentencia había absuelto a los acusados por el delito de asociación ilícita terrorista sancionado por el artículo 2º N° 5º en relación con el artículo 1º de la Ley N° 18.314.

La pretensión del órgano persecutor, en orden a ser titular de un derecho al debido proceso para reclamar la ilegalidad de la exclusión de prueba de cargo durante la audiencia de juicio, su resolución favorable y el posterior nuevo juicio que condenó a los acusados mencionados, configuraron un escenario poco favorable a la consagración del debido proceso como una salvaguarda o límite al que debe atender el Estado y sus órganos, antes de reclamar para sí su titularidad.

A pesar de la extensa argumentación de la Defensoría Penal en sus escritos para solicitar la inadmisibilidad de los recursos planteados, en que hacían mención expresa a la falta de legitimación activa del Ministerio Público, en tanto “la garantía del debido proceso está establecida en la Constitución Política de la República en el marco cautelar de derechos que ella establece para quienes se ven enfrentados al Estado en su actividad persecutoria” (Considerando UNDÉCIMO del fallo), el fallo elude un pronunciamiento más concreto por la vía de señalar que “la objeción formulada podría, en el mejor de los casos afectar al Ministerio Público, y hasta al acusador particular, pero no a los querellantes particulares quienes plantean más o menos las mismas

causales de nulidad que el Ministerio Público y el Ministerio del Interior, razón por la cual tampoco podría prosperar la solicitud que se ha hecho.” (Tercer párrafo, Considerando UNDÉCIMO)

Sí se pronuncia sobre el punto, en cambio, la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol de Ingreso Corte N° 1989-2002, ante un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral de Temuco, en la causa RIT N° 13-2002, en la que se había absuelto a los acusados por un delito de robo con intimidación.

En lo fundamental, el Ministerio Público recurría de nulidad de la sentencia fundado en dos causales conjuntas. La primera de ellas, basada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, argumentaba que “en el Tribunal del Juicio Oral se habrían violado derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados vigentes, en relación con lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la carta Fundamental, que asegura en todos los casos un racional y justo proceso, en razón de que en la tramitación del juicio, el Tribunal Oral impidió la rendición de la parte más sustancial de la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

A pesar que en la resolución del recurso pesó más la diferenciación de la calidad de víctima o testigo de quien finalmente no concurrió a la audiencia –y provocó la pérdida de fuerza probatoria de la teoría del caso del ente persecutor- en cuanto podía ser apremiado legítimamente a deponer en juicio,

el Considerando 2º de la sentencia que rechazó el recurso, puso al debido proceso, si cabe la expresión, en el camino que antes la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema no quiso recorrer: “2º.- Que, desde luego, no es esta la sede apropiada para discurrir sobre la cuestión de si la garantía del debido proceso alcanza también a la actividad del Ministerio Público pero, en todo caso, una vez más debemos expresar nuestras dudas sobre el particular. El Ministerio Público, como se sabe, es el titular exclusivo de la investigación y el que ejercita y sustenta la acción penal pública (artículo 77 del Código Procesal Penal). Se trata, por consiguiente, de un co-detentador de la potestad punitiva del Estado. Ahora bien, el proceso penal es la forma institucionalizada del ejercicio de la violencia en que se materializa tal potestad punitiva la cual, desde el momento en que fue monopolizada por el poder central, amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica mediante la garantía de un procedimiento estrictamente formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y, sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico para su defensa. Esa formalización y regulación es lo que constituye el debido proceso que, contra lo que pareciera desprenderse de las argumentaciones del recurrente a este respecto, no tiene realmente por objeto instaurar el fair play entre contendientes de poderío equiparable, sino asegurar el respeto del más débil por parte de la

potestad punitiva centralizada. En gran medida el giro hacia un derecho procesal contradictorio, oral y público, se funda en el propósito de preservar este equilibrio delicado e incierto, haciendo descender al estrado y someterse al escrutinio del juez y la sociedad al que investiga y persigue, en contraste con la posición de privilegio que le acordaba el viejo sistema inquisitivo, característico del Estado absoluto, y por eso desprestigiado en el presente. Por supuesto y quizás por lo mismo que venimos argumentando no puede excluirse por completo la posibilidad de que también el Ministerio Público esté en situación de invocar la garantía del debido proceso pero, a la luz de cuanto se ha expresado, cabe afirmar que ello sólo ocurrirá en casos excepcionalísimos. En términos generales no creemos que el presente se cuente entre ellos, entre otras razones por las que se exponen en las consideraciones siguientes.”

De esta manera, el fallo expresa la sustancia del debido proceso en tanto garantía: es un límite al ejercicio del poder Estatal. No puede esgrimirse de parte del Estado o de sus órganos en su favor el derecho a un debido proceso. Como bien señala Julio Maier, citado por María Inés Horvitz Lennon, “( )... se equivoca quien extiende el funcionamiento de la garantía al órgano estatal en cuyas manos se coloca el poder de persecución penal. La ley procesal penal puede otorgar facultades al Ministerio Público, colocándolo en un pie de igualdad con el imputado, o, incluso como sucede en realidad, por encima de él, pues ejerce el poder de persecución penal del estado y goza de todas las facultades que ello implica (por ej., el de dirigir la policía); pero ello no significa

regular su defensa y otorgarle oportunidades para ejercer ese derecho, sino, simplemente, darle armas para cumplir su función”.<sup>26</sup>

Es en el proceso penal en el que cobra, tal vez, mayor sentido e intensidad la vigencia del derecho a un debido proceso, pero siempre que éste se entienda como una salvaguarda de la actuación del Estado como investigador o como juzgador (racional y justo procedimiento e investigación).

#### **1.4.- Sujetos Obligados.**

En lo relativo a quienes deben observar la sujeción de sus actuaciones y resoluciones al debido proceso, la Constitución Política de la República no indica a personas o grupos determinados, que de manera especial deban ajustar su actividad según estas reglas.

Entendido como un derecho fundamental de todos los ciudadanos que habitan el territorio nacional, debe volverse sobre el punto ya tratado antes y citar al Comisionado Evans de la Cuadra, quien señalaba que la fórmula en que se consagraba el debido proceso, “se trata de un texto aplicable a cualquier autoridad, expresión sinónima de órgano en la Constitución, que ejerza jurisdicción, o sea, que deba cumplir funciones o ejercer atribuciones que

---

<sup>26</sup> HORVITZ LENNON M. 2003. Revista de Estudios de la Justicia. Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema. (3): 137.

afecten derechos de las personas”<sup>27</sup> Cada vez que una autoridad pública deba pronunciarse sobre la vida, libertad o propiedad de un ciudadano su resolución debe haber sido precedida de un procedimiento racional y justo. Debe haber observado los elementos del debido proceso.

La expresión “órgano que ejerce jurisdicción” excede a la mera consideración de los Tribunales ordinarios y debe incluir a los especiales que deban resolver un asunto controvertido y de relevancia jurídica. En un considerando del fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 198-1995, esto queda expresamente afirmado, tal como lo cita Miguel Ángel Fernández, en cuanto indica: “La norma constitucional presupone dentro del debido proceso legal la existencia de una sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debiéndose entender por tal no solamente aquella que definen los códigos procesales sino tal como lo explica el profesor don José Luis Cea en su "Tratado de la Constitución de 1980" (pág. 275), "que ella abarca todas las resoluciones que, por cualquier motivo o circunstancia un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicta afectando la persona o los bienes ajenos". En consecuencia, al adoptar el Consejo de Defensa del Estado la resolución de iniciar las investigaciones para la comprobación del cuerpo del delito y con posterioridad, si así lo decide libremente, deducir la correspondiente querrela o denuncia, está

---

<sup>27</sup> EVANS DE LA CUADRA. Op. Cit. p.

dictando resoluciones o sentencias al tenor del texto constitucional, según la referida interpretación.”<sup>28</sup>

Si la función jurisdiccional está reducida a la labor de los tribunales de justicia –ordinarios o especiales- se presenta la duda acerca de si debe entenderse que una resolución de un órgano particular también está sujeta a la observancia de los elementos que integran el debido proceso. Como bien apunta el mismo Fernández González, la cuestión puede consistir en delimitar correctamente la frontera entre la jurisdicción y el juzgamiento.

La distinción entre la jurisdicción y el juzgamiento implica distinguir la función jurisdiccional de la función judicial. Fernández González acude a la obra de don José Luis Cea Egaña para establecer la diferencia. La función jurisdiccional “es la que desempeñan los órganos de las instituciones públicas encargadas, por la Constitución y la ley, de ejercer la jurisdicción”. La función judicial “es desempeñada por los jueces en un juicio, es decir, sólo por esa especie de órganos estatales (los jueces), dentro de un proceso racional y justo para resolver un pleito entre las partes litigantes, mediante la sentencia respectiva y con recurso a la coacción (imperio) si fuere necesario.”<sup>29</sup>

Desde luego, la función jurisdiccional abarca a la función judicial. Pero la primera no se realiza siempre y únicamente en la segunda. Desde el texto de don José Luis Cea Egaña, Fernández deduce que el constituyente empleó el

---

<sup>28</sup> Considerando 10º, sentencia Rol N° 198-1995, Tribunal Constitucional; citado por MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. La Nueva Justicia Penal frente a la Constitución. Op. Cit. p. 55

<sup>29</sup> JOSE LUIS CEA EGAÑA, 1999, Teoría del Gobierno, Santiago, Ediciones Universidad Católica, p.171-173

término “órgano que ejerce jurisdicción” en un sentido amplio, inclusivo de los tribunales que la ley ha establecido y de cualquier órgano que ejerza jurisdicción “sea o no integrante del Poder Judicial y aunque no forme parte del Estado, porque la ejerce en el ámbito privado,...” (Ob. Cit. pp. 58) Para el propio Fernández González, se trata de “todo órgano con competencia para pronunciar el derecho aplicable al caso que se le haya planteado, sea estatal o privado y, entre los primeros, integre o no el Poder Judicial,...”<sup>30</sup>(Ob. Cit. p. 55)

Refuerza esta interpretación, la cita de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, en cuanto ya en el origen del precepto había plena conciencia del alcance que la fórmula “órganos que ejercen jurisdicción” debía tener. Al respecto, en la Comisión de Estudios quedó registrado: “El señor Diez señala que, en este evento, habría que aclarar que por órgano que ejerce jurisdicción se entiende a los tribunales administrativos, fiscales, Impuestos Internos, Contraloría General de la República, tribunales arbitrales, etcétera. O sea todo órgano que tenga facultad para dictar una resolución o fallo llámese como se llame, que afecte a la situación de una persona.

El señor Evans acota que ello significa establecer que la norma se aplicará en toda controversia que se suscite en el orden temporal”<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Op. Cit. p. 55

<sup>31</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Sesión 103ª, p. 14

Y al agregar “toda contienda que se suscite en el orden temporal” debe entenderse que la fórmula “órgano que ejerce jurisdicción” es aún más amplia, puesto que no se ciñe a los tribunales que ha establecido la ley, sino que puede entenderse que abarca a los órganos particulares (piénsese, por ejemplo, en un tribunal de honor de un club deportivo o en un comité de disciplina escolar) que deban emitir una resolución (una sentencia) sobre la existencia, titularidad o el ejercicio de derechos de alguna persona. Si uno de estos órganos debe dirimir una controversia sobre derechos, debe observar las reglas de un procedimiento racional y justo.

Esta consideración estuvo presente en la Comisión, cuando se ajustaba la fórmula final del debido proceso, como una inquietud de su alcance concreto, en los siguientes términos: “El señor ORTUZAR (Presidente) desea hacer presente una pequeña duda al señor Evans, porque concuerda plenamente con el precepto que ha redactado. ¿Cómo se podrían ampliar los, términos de este inciso, para no limitarlo sólo a las sentencias dictadas por los tribunales de justicia? ¿Cómo se podría referirlo en general a que nadie puede ser condenado —se entiende que civil o penalmente, como es obvio— si no es juzgado legalmente; de modo que se comprendan los juzgamientos, de tipo administrativo, sumarios o de otra clase, ya que la función jurisdiccional no sólo la ejercen los Tribunales de Justicia? Le parece perfecto, entonces, el inciso, pero la única sugerencia que hace es pensar cómo concebirlo de modo de no limitarlo exclusivamente a las sentencias dictadas por los tribunales de justicia,

otorgando esa garantía —que está muy bien concebida— a cualquier tipo de procesos. El señor Evans reconoce que el señor Presidente ha abierto un campo de inquietud interesante. El señor Evans piensa, por ejemplo, en los jueces árbitros, que no forman parte estrictamente de los tribunales de justicia, no obstante que ejercen jurisdicción por mandato de la ley, lo que es distinto. No sabe si la disposición quedaría mejor redactada si se dijera que “toda sentencia judicial o de órgano administrativo habilitado para ello, necesita fundarse en un juicio previo”. Eso le parece que abarca a los jueces árbitros y elimina, sin duda, el problema, porque esos jueces ejercen una función judicial por mandato de la ley.<sup>32</sup>

El debido proceso es, en conclusión, un estándar de comportamiento – además de un principio y una garantía- que obliga a cualquier autoridad que ejerza jurisdicción a ceñirse a él cuando deba resolver, por medio de una sentencia (de una resolución o acto que se pronuncie sobre derechos de las personas) un asunto sometido a su decisión. Pero también los actos o resoluciones de órganos que ejercen jurisdicción y no forman parte del Poder Judicial quedan sujetos al deber de cumplir dicho estándar en sus procedimientos, cuando éstos tengan como consecuencia un pronunciamiento sobre derechos de las personas.

---

<sup>32</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Sesión 102ª y 103ª. p. 554.

## **1.5.- Consagración en el Derecho Internacional. Contenido en Convenciones suscritas por el Estado de Chile**

A lo largo de los años, con el aporte de variada doctrina y certera jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales, el debido proceso se fue configurando como un estándar mínimo de cumplimiento de parte de los estados del respeto a las garantías o derechos fundamentales. Por la reunión de determinados elementos que formaban parte de cualquier proceso en el que alguien viera que su vida, libertad o propiedad son objeto de juicio, se asegura a las personas que esos elementos formarán parte del juicio como garantías que el Estado le reconoce.

De este modo, el debido proceso adquiere la fuerza de una garantía que se reconoce a las personas y que consiste en "el derecho que garantiza al ciudadano la realización en el proceso de los principios, derechos y garantías procesales constitucionalizadas"<sup>33</sup>

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el debido proceso se conforma por "las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial"<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT. J. M. CIT. POR HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, LÓPEZ MASLE, JULIÁN. Derecho Procesal Penal Chileno, 2006, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, p. 69

<sup>34</sup> Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de Octubre de 1987, Ser. A N° 9, párrs. 27-28 cit. por HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE. Op. Cit. p. 67

Especialmente en relación con el proceso penal, los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Chile y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fueron dotando de contenido sustancial al debido proceso, lo que contribuyó a su comprensión como un estándar universal insustituible. Chile es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Ambos instrumentos contienen garantías individuales y elementos que conforman el debido proceso. El PIDCP las consagra en su artículo 14 y la CADH en su artículo 8, las que denomina “garantías judiciales”<sup>35 36</sup>.

---

<sup>35</sup> PIDCP. “Artículo 14: 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”

<sup>36</sup> CADH. “Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Es un hecho que el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) reconoce a estos instrumentos como fuentes directas en su diseño. El propio mensaje presidencial del NCPP lo indica: “Los documentos que otorgan los parámetros básicos usados para el diseño del proyecto han sido la Constitución Política de la República y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que obligan al país, habiéndose tenido en cuenta especialmente entre estos últimos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

En esos instrumentos, se reconocen entre otras como garantías individuales que conforman el debido proceso, el derecho a ser oído, la igualdad ante la justicia, el derecho de defensa, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a un recurso para impugnar el fallo ante un tribunal superior. Todos ellos han

---

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

sido incorporados a nuestra legislación y conforman hoy el debido proceso en Chile.

### **1.6.- Procedimiento Racional y Justo. Análisis.**

Un aspecto importante de la discusión habida en la Comisión a propósito del establecimiento de la fórmula gramatical que contendría el debido proceso, fue la utilización de las expresiones “racional y justo procedimiento”. El Comisionado Evans de la Cuadra había advertido de su temor al emplear la expresión “debido proceso” por lo escueto de la fórmula, “aunque es partidario de un texto escueto”. Pues al establecerlo de esa forma se habría de “obligar al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente, como ha señalado el profesor Bernal, de la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas”.

Sin embargo esta posición no era unánime en el seno de la Comisión. El comisionado Guzmán, luego de expresar su concordancia con el comisionado Silva Bascuñán acerca de no entender la Constitución como “una especie de enciclopedia demasiado extensa de todo lo que pudiera ser un derecho que conviniera consagrar”, sí estimaba que el concepto del debido proceso “es un concepto que, en primer lugar, ya está incorporado a la doctrina jurídica universal y, en segundo lugar, es un concepto cuyas precisiones pueden ir

evolucionando de acuerdo con el tiempo y ser recogidas y precisadas por la jurisprudencia, de manera que se deja abierto un campo al respecto.”<sup>37</sup>

En el entendido de que el concepto del debido proceso contenía una serie de garantías de carácter judicial, la búsqueda de una fórmula escueta evitaba el problema de dejar ciertos derechos o garantías sin mencionar en el texto constitucional y, por ende, sin estar reconocidos. Guzmán prefería que fueran los intérpretes quienes extrajeran del contexto de la situación planteada la solución – o reconocimiento- del elemento o garantía del debido proceso que se ajustaba al caso: “Cree que si en este sentido se consagra la idea de que todo juicio debe realizarse conforme a las reglas del debido proceso, se está fijando una norma de rango constitucional sin entrar a detallar cuál es el contenido del debido proceso. Y justamente, en este predicamento será, por ejemplo, perfectamente lógico y razonable que no exista un recurso contra un determinado juicio que a todas luces no merezca tal recurso, y cualquier tribunal, cualquier tratadista o intérprete llegará a la conclusión de que no se ha violado, por suprimir el recurso en tal caso, la norma del debido proceso ni del derecho natural. Y, en cambio, evita tener que entrar, en una norma de rango constitucional, como es la que se está analizando, a prever todos los posibles

---

<sup>37</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Sesión 101ª, p. 12-13.

casos de excepciones, o a la inversa, que sean tan rígidas que impidieran hacer las excepciones que fueran necesarias”<sup>38</sup>

Esta postura se vio complementada con una consideración respecto al alcance que la fórmula “debido proceso” podía implicar para el desarrollo de la jurisprudencia sobre el tema. El comisionado Evans, planteaba: “El señor EVANS cree como el señor Guzmán que es extraordinariamente difícil señalar en la Constitución cuáles son las garantías mínimas del debido proceso. Cree que se entraría en una reglamentación difícil que podría ser fuente de graves conflictos el día de mañana. Pero tampoco le atrae la idea de emplear escuetamente la expresión “debido proceso”, porque existe toda una historia anglosajona que la puede complicar mucho más. El problema de los recursos está planteando una dificultad. Se pregunta si el precepto constitucional dijera que nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y con las garantías de un racional proceso, no se estaría entregando por ahí un camino a la jurisprudencia para que vaya señalando lo que se entiende por debido proceso.”<sup>39</sup>

“En cambio” –expresa Evans- “cree que nadie puede dejar de entender o de sostener con un mínimo de valor en el sentido de eficacia, que hay ciertas garantías mínimas racionales de un proceso. Ya se desprenderá de la naturaleza del proceso si es garantía mínima racional el que, por ejemplo, deba

---

<sup>38</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Sesión 101ª, p. 13.

<sup>39</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Sesión 101ª, p. 14.

ser la sentencia objeto de apelación o de consulta, o no; dependerá de la naturaleza del asunto el que racionalmente pueda concluirse que no es necesario otorgar un recurso. Por eso, consulta si sería conveniente emplear la expresión “racional” agregada a “justo”, como se ha sugerido, en lugar de “debido proceso”.<sup>40</sup>

Como puede desprenderse de estas consideraciones, al interior de la comisión era expresa la intención de apartarse de la fórmula “debido proceso” u otra que contuviera esos términos, para consagrar otra que, por una parte, evitara la dificultad de la indefinición propia del concepto lo que habría hecho obligatoria la consulta y comparación con un sistema como el anglosajón, muy diverso en sus concepciones con el nuestro, lo que habría supuesto la incorporación jurisprudencial o legislativa de elementos que fueran considerados como partes del debido proceso por el desarrollo del concepto desde la actividad judicial. Por otra parte, había cierta concordancia en considerar que se hablaba del “debido proceso”, en tanto se aludiera a la racionalidad y a la justicia como integrantes del concepto. Había, en la Comisión Constituyente, una noción sobre el contenido del debido proceso, que incluía en ella la necesidad de la racionalidad y la justicia, como expresiones de valor ajustadas a un fin.

---

<sup>40</sup> Op. Cit. Sesión 101ª. p. 14

En este sentido, “el señor Bernaldes señala que a él le gustaría agregar la expresión “justicia” a “racionalidad”, por una razón de conocimiento práctico en los tribunales”.

“Si se pone solo la expresión “debido proceso”, podría interpretarse que lo que es debido es lo que está en la ley, y lo que se debe hacer es lo que ha dicho la ley. Entonces resulta que es un poco restringido y puede interpretarse asimismo en forma limitada. Por eso, considera adecuado agregar las expresiones “racionalidad y justicia”<sup>41</sup>

Aunque alude a un problema práctico, la reserva del profesor Bernaldes parecía fundarse en la constatación del uso práctico que se daba en Chile a los conceptos jurídicos más bien indeterminados, los que se conformaban por referencia a su consagración legal expresa (si estaba en la ley, el legislador había juzgado previamente su justo propósito y su valor) con lo que podría no reconocerse en el hecho si determinado precepto restringía las garantías de un “debido proceso” o no.

Como en la experiencia norteamericana, la Comisión Constituyente “prefirió referirse al “racional y justo procedimiento” en vez de enumerar cuáles eran las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de señalar específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos. Con todo, acordó dejar en acta para la historia fidedigna de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un

---

<sup>41</sup> EVANS DE LA CUADRA. Op. Cit. p. 28.

racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere.<sup>42</sup>

Tal como había quedado plasmado en las actas de la sesión N° 103, Págs. 16 y 17, la Comisión entendía que el problema era más bien de carácter contingente, por lo que “se estimó que corresponderá en definitiva a la Corte Suprema, cuando se plantee un recurso de inaplicabilidad, determinar si en la ley impugnada se ha cumplido con esa exigencia constitucional”. De esta manera, la Comisión trasladaba la indeterminación del contenido concreto del “debido proceso” (en su fórmula de “racional y justo procedimiento”) a la Corte Suprema, cuando conociera de un recurso de inaplicabilidad. Sería ella la encargada de establecer si, en el caso particular, una ley pugnaba con los contenidos mínimos considerados por la Comisión como integrantes permanentes de un procedimiento racional y justo.

Para la jurisprudencia constitucional, “el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso. Con ello se establece la necesidad de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por

---

<sup>42</sup> Op. Cit. Sesión N° 103. p. 19-20.

un tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias del Estado de Derecho”<sup>43</sup>

Así las cosas, tanto en su origen como en su desarrollo, el “debido proceso” no logró una determinación tal de sus características principales o permanentes como para ser conceptualizado. Tanto en su primaria formulación como en su posterior asimilación –en USA y Chile- se prefirió la referencia a ciertos contenidos –garantías, derechos, prerrogativas- que el ciudadano podía esgrimir ante la autoridad en ciertas circunstancias. Tantas como las mismas circunstancias fueron, finalmente, haciendo visibles.

### **1.7.- Lo Racional Como Requisito de Nuestros Procedimientos.**

El requisito copulativo que incluyó el constituyente en la fórmula empleada para garantizar un debido proceso, se conformó por la necesidad de que el procedimiento –y, más recientemente, la investigación- fuera racional y justo.

Cuando se trate de establecer los derechos de las personas por medio de una resolución de un órgano que ejerza jurisdicción, el procedimiento que debe siempre estar previamente contemplado, debe caracterizarse por la racionalidad y la justicia.

---

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1838

Al decir de un autor nacional, debe ser racional “en cuanto debe tratarse de un procedimiento lógicamente dispuesto que permita al juez sentenciar conforme a derecho”.<sup>44</sup>

Pero no se trata solamente de un procedimiento que tenga etapas, requisitos y oportunidades claramente señaladas. La racionalidad de los procedimientos que decidirán acerca de la vida, libertad o propiedad de las personas, no se agota en la mera cuestión formal. El respeto a las formas, desde luego, integra el respeto al debido proceso, pero no constituye su única dimensión.

En lo sustantivo, un debido proceso debe estar regulado previamente, debe poder ser conocido por las personas que se sometan a él para resolver un conflicto. Y, junto a ello, debe observar los valores intrínsecos del contenido del debido proceso, como garantía constitucional. Particularmente explícita en este punto, es la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, al indicar: “Esta Corte ha establecido que no basta que los recursos existan formalmente sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones a los derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos. Es decir, que toda persona debe tener acceso a un recurso sencillo y rápido, ante jueces o tribunales competentes que amparen sus derechos fundamentales.

---

<sup>44</sup> CARLOS CERDA FERNÁNDEZ. 1994. *Iuris Dictio*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 230

Dicha garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. Además, como igualmente ha señalado el Tribunal, “(n)o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios...”<sup>45</sup>

Se trata de hacer efectivas las garantías, que produzcan el objetivo que el legislador o el constituyente han previsto o que pueda preverse racionalmente a partir de su formulación y las circunstancias de cada caso. Por esto, la sentencia citada ahonda en este punto en otro de sus considerandos: “Sobre las garantías judiciales o también conocidas garantías procesales, la Corte ha establecido que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, conforme a las disposiciones del artículo 8º de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirv(a)n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, “las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”<sup>46</sup>

El contenido de cada elemento del debido proceso debe poder hacerse efectivo en un procedimiento racional. En la comisión Constituyente, este aspecto del debido proceso tenía que ver con el procedimiento mismo. Como expresaba el Comisionado Evans, una preocupación especial de la Comisión

---

<sup>45</sup> Motivo 121, Sentencia del 21 de junio de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras.

<sup>46</sup> Motivo 124, Sentencia citada

era evitar señalar en el texto los elementos o derechos que integraban el debido proceso, porque podía aparecer que se dejaba alguno de lado. Además, una fórmula escueta –que como analizamos previamente era lo que la Comisión prefería- podría provocar la necesidad de “un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente como ha señalado el profesor Bernal, de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona.”<sup>47</sup>

Pero al mismo tiempo, el propio Comisionado Evans entendía que la racionalidad tenía que ver con el procedimiento particular que fuera objeto de análisis para saber si se ajustaba o no al debido proceso. En ese entendido, expresaba: “En cambio, cree que nadie puede dejar de entender o de sostener con un mínimo de valor, en el sentido de eficacia, que hay ciertas garantías mínimas racionales en un proceso. Ya se desprenderá de la naturaleza del proceso si es garantía mínima racional el que, por ejemplo, deba ser la sentencia objeto de apelación o de consulta o no; dependerá de la naturaleza del asunto el que racionalmente pueda concluirse de que no es necesario otorgar un recurso. Por eso, consulta si sería conveniente emplear la expresión “racional”, agregada a “justo”, como se ha sugerido, en lugar de “debido proceso”.

De esta forma, el término escogido apuntaba a la consideración del debido proceso como un catálogo más o menos amplio de derechos o garantías en el orden procesal, que debían integrarlo y considerarse incluidos en él, pero

---

<sup>47</sup> ACTAS OFICIALES. Op. Cit. Sesión 101ª. p. 516

que no era prudente enumerar por la posibilidad cierta de dar a entender que se trataba de un grupo cerrado de elementos exclusivo y excluyente. “El señor Diez....Está de acuerdo en que la Constitución no puede entrar a señalar las garantías procesales mínimas porque sería demasiado limitativa del concepto de respeto a la racionalidad de los derechos humanos envueltos. Pero cree que la Constitución podría con una redacción cuidadosa dejar constancia de que la línea general del Constituyente es que todos los procesos estén sometidos a la racionalidad, concepto que va a ir sufriendo una evolución de acuerdo con el progreso de la civilización, pero que el Constituyente, entre otras cosas, y sin que esto constituya limitación, considere algunas normas de garantías procesales mínimas. Por ejemplo, el derecho a tener oportuna noticia, o a usar fórmulas racionales que permitan presumir que se tiene adecuada noticia; el derecho a la defensa, a su juicio, resulta indispensable. De esa manera se señalaría que la interpretación del constituyente de hoy sobre esa racionalidad considera algunas cosas mínimas en el establecimiento del debido proceso, respecto de las cuales el señor Bernaldes podría orientar a la Comisión.”<sup>48</sup>

En cuanto a esto último, la Comisión tuvo en perspectiva que la racionalidad de los procedimientos sería algo contingente y que en definitiva, correspondería resolver lo que racionalmente debía integrar un determinado procedimiento al intérprete, puesto que “Ahora bien, (El señor ORTUZAR (Presidente)) cree que la expresión “racional” es muy expresiva y que no debe

---

<sup>48</sup> ACTAS OFICIALES. Op. Cit. Sesión 101ª. p. 518 y 519

dar muchas preocupaciones la interpretación que pueda dársele, porque no hay que olvidar que, en definitiva, será la Corte Suprema la única que podrá pronunciarse sobre el particular, ya eso podría dar lugar a un recurso de inaplicabilidad o inconstitucionalidad, como quiera llamársele. De manera que no serán los jueces, ni siquiera las Cortes de Apelaciones, los que entrarán a resolver; esto no tendrá aplicación sino, única y exclusivamente, frente a una ley de la que el día de mañana puede decirse que viola este precepto constitucional, y eso deberá interpretarlo la Corte Suprema. A su juicio, las expresiones que empleó el señor Evans son bastante atinadas. Si pueden afinarse más, mejor, pero, en principio, parece haber acuerdo en la Comisión.”

49

La racionalidad se entendió, entonces, como la base mínima de cualquier procedimiento. Se remitió al legislador la responsabilidad de establecer procedimientos racionales, en los que las garantías procesales estuvieran presentes y se hicieran efectivas. Para el caso de que esto no sucediera, el constituyente estimó que sería la Corte Suprema la que resolvería si eran o no aplicables las reglas de un procedimiento que una persona impugnara por inconstitucionalidad, al considerarlas contrarias a la Constitución.

---

<sup>49</sup> ACTAS OFICIALES. Op. Cit. Sesión N° 101ª. p. 520.

### **1.8.- Lo Justo. Concepción de la Justicia en el Contenido de la Garantía.**

En la Comisión Constituyente se buscó consagrar una fórmula para el debido proceso, que evitara que el desarrollo jurisprudencial habido en Estados Unidos, sirviera como antecedente para el mismo o similar desarrollo en Chile. Un desarrollo que se dirige a la consagración de derechos por vía jurisprudencial que amplía el contenido del debido proceso e inclusive abarca la actividad de las policías. Bajo la agregación del término “investigación” a la fórmula constitucional del debido proceso, la actividad del Ministerio Público y los agentes de investigación debería ser objeto de análisis para la determinación de reglas en una actividad aún en fases muy primarias en nuestro país, desde la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal.

Estas consideraciones estaban presentes en la Comisión cuando prefirieron dejar la generación de los derechos y garantías judiciales para intérpretes (la Corte Suprema), aunque finalmente fueron los tratados internacionales los que vinieron a dotar de contenidos mínimos a la garantía.

Cuando se plantea la expresión “justo proceso” como alternativa, el Comisionado Evans agrega el término “racional”. Pero desde entonces ambos conceptos se entendieron diversos además de complementarios. El Comisionado Diez apunta que “Racional, referido al procedimiento, y justo, a lo

sustantivo”.<sup>50</sup>. Para el profesor Bernal, especialmente invitado a esas sesiones de la Comisión, el uso de la fórmula “debido proceso” podía provocar la tendencia a asimilar “lo debido” del proceso a lo que la ley señalara que lo era. Al sugerir incluir el término “justicia”, estimaba que esta tendencia podía evitarse.

Pero para el Comisionado Silva Bascuñán, en lugar de los genéricos términos “racionalidad” y “justicia”, para él suficientemente expresados dentro del “Capítulo general” que por sí mismo cubriría cualquier “vacío conceptual que haya en la Constitución”, resultaba más adecuado a la Comisión expresar “en términos y palabras sumamente castellanas y tradicionales” la esencia del debido proceso, que para él estaba en el “oportuno conocimiento (de la acción) y adecuada defensa”.<sup>51</sup>

En las sesiones siguientes, el punto fue abordado mucho más desde la perspectiva de la racionalidad como requisito de cualquier procedimiento, la que debía quedar como una exigencia para el legislador, cuando éste estableciera normas procesales.

Cuando la fórmula fue, finalmente, acordada por la Comisión, se planteó establecer junto con ella lo que el Constituyente entendía por “racional y justo” del procedimiento. El Comisionado Silva Bascuñán no estaba conforme con la inclusión de esos términos sin la expresión clara de lo que ellos en concreto implicaban. “Es por eso que cree que el procedimiento que se establezca debe

---

<sup>50</sup> ACTAS OFICIALES, Op. Cit. Sesión 101ª, p. 516, Tomo III.

<sup>51</sup> ACTAS OFICIALES. Op. Cit. Sesión 101ª. p. 518, Tomo III.

permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de las pruebas que correspondiere. Porque, a su juicio, eso significa en realidad que un procedimiento sea racional y justo: que permita esas tres cosas. No que en el hecho, en cada caso se realice todo esto. Pero sí, que la racionalidad de un procedimiento y su justicia deben estar en que el mecanismo que se cree sea de tal índole y cumpla con tales requisitos de razón y de justicia, que haga posible en la práctica, cuando sea del caso, el oportuno conocimiento de la acción, sin el cual no puede haber una condena, y, al mismo tiempo, la reacción de la persona que la conoce para que se defienda y produzca la prueba.

Entonces, los términos propuestos por el señor Evans, no le satisfacen. Cree que nada se avanza. Opina que poner los requisitos de racional y justo y no definirlos se trata de dos palabras perdidas frente a un aspecto puramente procesal.”<sup>52</sup>

La Comisión decidió, entonces, dejar constancia de dos cuestiones. La primera, que el contenido del debido proceso, en la fórmula escogida de “racional y justo procedimiento” no podía quedar establecido en la Constitución por el riesgo de dejar fuera algún derecho no considerado o que pudiera desarrollarse con la actividad jurisprudencial. Finalmente, optó por expresar que “el oportuno conocimiento de la acción por parte del demandado; una defensa racional y adecuada, y la posibilidad de producir las pruebas cuando sea conducente” eran normas mínimas, pero no únicas, de lo que se consideraba

---

<sup>52</sup> ACTAS OFICIALES. Op. Cit. Sesión 102ª y 103ª. p. 556, Tomo III.

un procedimiento racional y justo.<sup>53</sup> A lo anterior se agregó, aunque no para todos los casos necesariamente, la posibilidad de que un tribunal superior revisara lo fallado por el inferior.

Por lo demás, la Comisión también estimó que la interpretación de lo que debería entenderse por racional y justo en un procedimiento, quedaría en manos de la Corte Suprema al conocer y resolver los recursos de inaplicabilidad que se interpusieran cuando se considere que no se ha respetado el procedimiento racional y justo.

No hubo pronunciamiento acerca de la concepción sobre la justicia que integraría la fórmula del debido proceso. Desde el punto de vista filosófico jurídico, la Comisión sostuvo en varios pasajes de las sesiones que se han transcrito su adhesión al derecho natural como postura ética subyacente al reconocimiento de derechos subjetivos en el texto de la nueva Constitución. En sus intervenciones posteriores, la fórmula “racional y justo” pareció fundirse en el primer término antes que expresar con claridad a qué apuntaba cada concepto. Cuando se incorpora la palabra “justo” a la fórmula, se indica que con dicho término se refería a “lo sustantivo”, mientras que lo racional se refería al procedimiento.

Para el tratadista José Luis Cea Egaña, citado por Miguel Ángel Fernández González, existen requisitos de una jurisdicción “justa”, de entre los cuales el autor le da una preponderancia especial a la imparcialidad e

---

<sup>53</sup> ACTAS OFICIALES. Op. Cit. Sesión 102ª y 103ª, p. 556.

independencia del órgano jurisdiccional. Así expresa que, de todos los requisitos, “el más importante es la imparcialidad del órgano jurisdiccional, vale decir, su obrar sin prejuicio o designio anticipado a favor o en contra de personas, ideas, situaciones, de igualdades, diferencias y de cosas.”<sup>54</sup>

Tribunal o juez imparcial es, en suma, solo aquel que procede y juzga con rectitud. Imparcial es, por lo mismo, el órgano jurisdiccional impersonal o institucionalmente concebido, cuyo actuar es objetivo, dirigido sólo por la justicia y que, para realizarla, vence o rechaza cualquier circunstancia extraña a su oficio.”<sup>55</sup>

### **1.9.- Elementos del Debido Proceso.**

La Comisión Constituyente enunció elementos que, en su concepto, formaban parte de un procedimiento racional y justo. Para sus miembros, “eran garantías mínimas de un racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere”<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> CEA EGAÑA. Op. Cit. p. 184-185

<sup>55</sup> CEA EGAÑA. Op. Cit. p. 184.

<sup>56</sup> ACTAS OFICIALES. Op. Cit. Sesión N° 103ª. p. 19-20.

En un fallo del Tribunal Constitucional,<sup>57</sup> se expuso una discusión previa sobre el alcance del concepto de “debido proceso” en el derecho anglosajón y la forma en que se debería consagrar en la Constitución chilena. En el considerando pertinente se indicó: “**SEPTIMO:** Que del tenor del requerimiento se desprende que el principal reproche de inconstitucionalidad se dirige respecto del inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Ahora bien, para analizar el sentido y alcance de la referida disposición constitucional resulta necesario transcribir parte de la discusión que se produjo al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. En tal sentido, cabe recordar que en la sesión N° 101, de 9 de enero de 1975, expuso especialmente sobre la materia el profesor José Bernales P., quien se explayó sobre los elementos que conforman lo que en la tradición anglosajona se ha denominado “due process of law”, esto es, el debido proceso legal, y que se remonta desde tiempos de la Carta Magna. Así señaló textualmente el académico: “¿Cuáles son estos principios que vienen desde tiempos inmemoriales? (...) primero, noticia al demandado del procedimiento que lo afecta. Es decir, lo que en Chile se denomina notificación. Enseguida, razonable plazo para comparecer y exponer sus derechos por sí o por testigos. A continuación, presentación de éstos y de cuantos medios de prueba disponen en apoyo de su defensa. O sea, lo que en nuestro país se llama emplazamiento. Para aquellos es importante sobre todo la posibilidad de

---

<sup>57</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 481-2006

aportar la prueba, y que el tribunal la reciba en forma legal. Pero esto debe ser racional. Lo que importa a los americanos principalmente es fijar principios racionales, que se dé noticia en forma racional (...) En seguida, un tribunal constituido de tal manera que se de una seguridad razonable de honestidad e imparcialidad (...) Después tribunales con jurisdicción, competencia adecuada (...). Por su parte, en la sesión 103ª, celebrada el 16 de enero de 1975, el profesor Silva Bascuñán cuestionó la redacción flexible o abierta de la norma en comento, señalando al efecto que, “Le parece más lógico que en lugar de hacer una simple mención, como garantía del proceso, a la racionalidad y a la justicia, que son términos precisamente susceptibles de ser manejados con diversos criterios, se definiera la descripción de qué se entiende sustancialmente por proceso racional o justo”. Como consecuencia de lo anterior procuró “sintetizar lo que significa un proceso que sea respetable en el orden humano, y le pareció que ello no se satisface sólo con las menciones doctrinarias de la racionalidad y la justicia, sino que es un proceso en el cual se le permita oportunamente a la persona afectada conocer la acción y reaccionar frente a ella realizando la defensa y produciendo la prueba”. Ante lo expresado por el señor Silva Bascuñán, el Señor Ortúzar argumentó que, “le parece bastante delicado que la Constitución entre a señalar, como exigencia para el juzgamiento -porque así se interpretará-, el oportuno conocimiento de la acción, la adecuada defensa y, aun, la producción de la prueba”. Sobre este último aspecto precisó que “la producción de la prueba es, también, un hecho relativo, porque no siempre la

hay dentro de un proceso”. En tanto, el señor Evans manifestó que “es muy difícil señalar en el texto constitucional cuáles son las garantías reales de un debido proceso, porque es un convencido de que ellas dependen de la naturaleza del procedimiento y de todo el contenido de los mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción de la prueba y los recursos dependen, en gran medida, de la índole del proceso, del asunto de que se trata, e insiste, de la naturaleza del procedimiento que para este último haya establecido la ley”. Más adelante, en la misma sesión, el señor Diez expresa que “de la historia de las palabras ‘racional y justo’ se desprende ya una conclusión: que la Comisión Constituyente estima que el procedimiento no es racional ni es justo si no se establece entre otras cosas, y sin que ello constituya una limitación, el oportuno conocimiento de la acción por parte del demandado; una defensa racional y adecuada, y la posibilidad de producir las pruebas cuando sea conducente, porque puede haber un proceso de derecho puro, donde no haya ninguna prueba que rendir”. Concluyendo sobre el punto que “Evidentemente que una de las ramas en las cuales se debe progresar en este país, es en el procedimiento judicial, lo que permitirá, además, a los tribunales ir enriqueciendo el concepto de racional y justo a través de la jurisprudencia”. Sin embargo, en relación al contenido específico de la garantía, el señor Evans planteó su preferencia por “los conceptos genéricos de ‘racional y justo’ encargándole y obligándole al legislador a establecer siempre procedimientos que den garantía de racionalidad y justicia, que el de establecer

normas demasiado precisas”. A su turno, el señor Silva Bascuñán contraargumentó señalando que, “se podría llegar a un acuerdo si se dispone que la sentencia debe fundarse en un procedimiento previo, racional y justo, señalado en la ley, que permita, por lo menos oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba”. Finalmente, como consecuencia del debate, el señor Ortúzar “declara aprobada la indicación del señor Evans, con la reserva del señor Silva Bascuñán en el sentido de que es partidario de expresar como requisitos del debido proceso los elementos que ha señalado en el curso del debate”, ante lo cual el señor Evans “propone que junto con la aprobación de texto que ha tenido la mayoría, quede constancia en actas, a título meramente ejemplar, y sin que ello constituya limitación de ninguna especie, de que son garantías de un racional y justo proceso las señaladas en el curso del debate”.

En la Constitución chilena, el derecho a la acción es un componente del debido proceso. La facultad de requerir la intervención de un órgano que ejerza jurisdicción para resolver, por medio del proceso, un conflicto de relevancia jurídica, comprende la posibilidad concreta de plantear una pretensión y probar los supuestos de hecho en que dicha pretensión se sustenta. Su consagración constitucional se desprende del artículo 19 N° 4 (en contrapartida al derecho de defensa del artículo 19 N° 3) en relación con el artículo 76 de la carta Fundamental.

La existencia de un Tribunal independiente, competente e imparcial, se desprende de lo preceptuado por el artículo 19 N° 3 inciso 4° cuando se exige la existencia de un tribunal competente y se prohíbe el juzgamiento por comisiones especiales. Y su complemento surge del artículo 76 de la Constitución, en cuanto se consagra en él que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.” La independencia que la Constitución asegura se refiere a la independencia de los Tribunales de justicia respecto de los otros poderes del Estado.

Los artículos 14 número 1 y 8 número 1 del PIDCP y la CADH respectivamente, se refieren indistintamente al juez y al tribunal competente, independiente e imparcial. La operatividad de esta garantía, por lo tanto, debe abarcar al juez como persona y al tribunal que pertenece a un poder del Estado.

La igualdad procesal consagrada en los procedimientos, también denominada bilateralidad de la audiencia, se traduce en la garantía asegurada a las partes para que puedan intervenir en ellos manifestando sus pretensiones y oponiendo sus excepciones. En el ámbito de los instrumentos internacionales, se incluye en el número 1 del artículo 8 de la CADH y en el número 1 del artículo 14 del PIDCP, como el derecho a ser oído. Y se reafirma en el derecho

a defensa, mencionado por el la letra d) del numeral 2 del mismo artículo 8 de la CADH y respecto al PIDCP, en la letra d) del numeral 3 de su artículo 14.

La garantía de publicidad del proceso, que se vincula directamente con el nuevo proceso penal, manifiesta la necesidad de generar confianza pública en el desenvolvimiento de la acción de la justicia. La CADH lo consagra en el numeral 5 del artículo 8: “5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.” También forma parte de las garantías que el PIDCP reconoce en su numeral 1 del artículo 14: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”

La publicidad del juicio en nuestro país se erige, además, en una de las principales características del nuevo procedimiento penal, en oposición a la característica principal del antiguo aún vigente: el secreto.

Otro elemento del debido proceso, es que el tribunal que deba conocer y resolver un conflicto, exista con anterioridad en la ley (“con anterioridad a la perpetración del hecho” según lo previsto por el artículo 2 del CPP). La razón de ser de esta garantía radica en la necesidad de asegurar a quien deba ser juzgado, que no habrá lugar a tribunales o jueces designados especialmente para conocer y juzgar su asunto.

La garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable. Reconocido por los instrumentos internacionales (artículo 7 número 5 y 8 número 1 CADH; letra c) del artículo 14 número 3 del PIDCP) implica una manifestación concreta de la presunción de inocencia que protege a toda persona. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó que “...el principio de la legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un periodo de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar

la culpabilidad. De conformidad con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad”.<sup>58</sup>

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos señala tres criterios a seguir para establecer si un proceso ha sido dilatado indebidamente. Así, declaró que “se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales”<sup>59</sup>

El derecho a una sentencia fundada forma parte del principio del debido proceso. La fórmula constitucional que consagra el debido proceso en Chile, precisamente habla, en el artículo 19 N° 3° inciso 5° de que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un procedimiento previo legalmente tramitado”.

Su presencia entre las garantías que conforman el debido proceso se deriva del derecho a ser oído que se encuentra consagrado por el artículo 8 de la CADH. El derecho a ser oído se concreta en el derecho al juicio previo, el que implica que su resolución deba establecerse por una sentencia fundada y motivada. La pura observancia formal de las etapas y fases de un procedimiento previo y legalmente tramitado no es suficiente concreción del

---

<sup>58</sup> DICTAMEN DE LA COMISIÓN. Jorge A. Jiménez v Argentina; 1 de marzo de 1996; citado por LÓPEZ MASLE, J. Y HORVITZ LENNON, M.I. En: Derecho Procesal Penal Chileno. 2002. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 74

<sup>59</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C N° 30 párrs. 77-81. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. serie C, N° 35, párr. 72

derecho a un juicio previo. La sentencia que resuelve el asunto debe contener los motivos y fundamentos que la dotan de la integridad suficiente para dar cuenta del análisis lógico de su contenido.

En nuestro ordenamiento procesal, la sentencia siempre debe fundarse. La práctica de esta exigencia ha tenido altibajos, como es esperable. Pero aún en aquellos asuntos que el legislador ha permitido que la prueba se aprecie “en conciencia”, la exigencia de fundar el fallo permanece inalterable.

El nuevo sistema procesal penal ha hecho explícita la exigencia desde la consagración de los principios básicos en el Libro I del CPP. En el artículo 1 del nuevo Código, se consagra que ninguna persona puede ser condenada o penada, o sometida a alguna de las medidas de seguridad previstas por la ley, “sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial”.

En el Título II del mismo Libro I del Código, se impone la obligación del tribunal, en el artículo 36, de “fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite”.

Finalmente, la ley señala al juez los requisitos formales que debe cumplir la fundamentación de la sentencia en el artículo 342 del Código, dentro del Libro II de ese cuerpo legal relativo al procedimiento ordinario. Cabe destacar que conforme lo previsto por el artículo 374, letra d) del CPP, la omisión de alguno de esos requisitos formales en la sentencia que se dicte, constituyen motivos absolutos de nulidad de la misma.

Como una lógica consecuencia del derecho a una sentencia fundada que resuelva el asunto, forma parte del debido proceso el derecho a un recurso judicial efectivo.

Esta garantía está consagrada por el artículo 8.2, letra h) de la CADH, en cuanto toda persona tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Por su parte, el PIDCP establece en su artículo 14 N° 5 que toda persona “declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”

En una nota de opinión del Poder Judicial de la Provincia de Río Negro, Argentina, la Defensora General María Rita Custet Llambi, analiza el derecho a revisión de una sentencia condenatoria en el marco de un proyecto de reforma al Código Procesal Penal de Río Negro. En el texto, la autora complementa su postura con la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con ocasión de poner bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso Mohamed contra Argentina.

Allí, la Comisión expuso las pautas mínimas que debe respetar dicho Estado en orden a observar la garantía de revisión de las condenas pronunciadas por sus tribunales. Dichas pautas constituyen una fiel interpretación del alcance con que la Comisión entiende el derecho a un recurso

efectivo contra la sentencia. En el informe del citado caso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determina que:

“a) Resulta una obligación ineludible de los Estados partes garantizar el doble conforme de las sentencias condenatorias por un tribunal superior (9). (Punto 69 Informe Caso N° 11.618, Óscar Alberto Mohamed v. Argentina)

b) El derecho a la revisión comprende el acceso a un recurso oportuno, eficaz y accesible (Punto 75 Informe Caso N° 11.618 cit. Punto 76).

c) Tal garantía debe rodearse de otras garantías procesales tales como el derecho a una sentencia debidamente fundada y actas completas del juicio en casos de sistemas orales (Punto 95 Caso N°11.618 cit.)

d) El recurso debe resultar amplio y no quedar limitado al error en la aplicación de la ley sino que incluye otros aspectos a rever como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria (Punto 76 y 80 Informe Caso N° 11.618 cit.)

e) Resulta indiferente a los fines del reconocimiento del derecho a la revisión sí se trata de una condena impuesta en única, primera o segunda instancia (Punto 70 y 73 informe Caso N° 11.618 cit.)”

“El informe también cita la posición del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas el que se ha manifestado en idéntica forma en relación al alcance del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicho Comité sostiene que se impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo

relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto (Observación General N° 32/07 Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas.)”

“Ambos organismos internacionales coinciden en que lo que exige la norma (arts. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) es la posibilidad de señalar, criticar y refutar los argumentos de la sentencia en orden a obtener respuesta sobre diversos errores que hubiera podido cometer el juez o tribunal, incluyendo errores sobre el hecho, el derecho y la valoración y recepción de la prueba. (Punto 80 Informe Caso N° 11.618 cit.)”

“En cuanto al sistema procesal el informe de marras expresa que la Convención Americana no acoge un sistema procesal penal en particular. Cada Estado podrá elegir su sistema procesal siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención (Puntos 81 y 82 Informe Caso N° 11.618 cit.)”<sup>60</sup>

Recordemos que para la Comisión Constituyente, en la discusión sobre la formulación de la garantía del debido proceso en las sesiones N° 101<sup>o</sup> y 103<sup>o</sup>,

---

<sup>60</sup>

[http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php?option=com\\_content&id=194:derecho-a-la-revision-de-la-condena-vs-juicio-por-jurados-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-procesal-penal-de-rio-negro-por-maria-rita-custet-llambi&Itemid=142](http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php?option=com_content&id=194:derecho-a-la-revision-de-la-condena-vs-juicio-por-jurados-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-procesal-penal-de-rio-negro-por-maria-rita-custet-llambi&Itemid=142)

se dejaba constancia que la posibilidad de revisión de lo fallado por un órgano que ejerza jurisdicción por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva, comprendía el contenido mínimo de la garantía.

Esta garantía tiene su fuente directa en los instrumentos internacionales que hemos revisado. En el nuevo Código Procesal Penal, el sistema de recursos ha variado con respecto al sistema procesal penal anterior, en cuanto ha eliminado ciertos recursos (la “consulta” de ciertas resoluciones) y limitado otros, como el recurso de apelación, para ciertos procedimientos. Estos ajustes fueron objeto de polémica en su discusión legislativa, pero la necesidad de compatibilizar los principios de inmediación y oralidad del nuevo proceso, con el sistema de recursos en contra de sentencias definitivas dictadas por tribunales de juicio oral en lo penal, determinó que era aconsejable eliminar la “segunda instancia” sin que esto, a la fecha, se haya traducido en un debilitamiento de la garantía del recurso judicial efectivo contra la sentencia condenatoria.

Todos estos elementos deben estar presentes cada vez que una persona enfrente la posibilidad de una sentencia emanada de un órgano que ejerza jurisdicción que se pronuncie acerca de su vida, propiedad o libertad o sobre cualquier otro derecho subjetivo público o garantía constitucional, en el lenguaje de nuestra Constitución Política de la República.

Sobre el derecho a defensa, dedicaremos un apartado especial.

### **1.10.- El Derecho A Defensa. Reconocimiento y Contenido.**

La garantía del derecho a defensa. Esta garantía constituirá uno de los ejes del análisis de la jurisprudencia en el Capítulo III de este trabajo. Por el momento debe decirse que su consagración constitucional se encuentra en el artículo 19 N 3 inciso 2º de la Constitución Política, en los siguientes términos: Artículo 19º: "La Constitución asegura a todas las personas": N° 3: "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos"; "Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos". "La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica".

En lo que respecta a los instrumentos internacionales suscritos y vigentes en Chile, el PIDCP indica en su artículo 14 numeral 3, que "Durante el Proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) "A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; d) "A hallarse presente en el proceso y a defenderse

personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre un defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. ”

Por su parte, el artículo 8 número 2, letras c), d) y e) de la CADH, señala que “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;”

Considerada una de las garantías fundamentales del debido proceso, el derecho a defensa consiste en la posibilidad concreta de intervención activa del imputado en el procedimiento o en cualquier acto del Estado o sus agentes dirigido en su contra, para impugnar la acusación que se le formule y sus fundamentos, así como a designar al defensor quien lo representará ante las autoridades.

La posibilidad de intervención concreta se traduce en que cualquier persona contra quien se dirige una investigación o un procedimiento penal, o que deba sostener una pretensión en un asunto civil o ante la autoridad administrativa, puede proponer y solicitar diligencias de investigación, conocer el contenido de hecho y de derecho de la pretensión contraria e impugnar sus fundamentos por medio de los recursos disponibles en la ley.

Genéricamente, el derecho de defensa es una manifestación del derecho a ser oído, presente en los instrumentos internacionales vigentes en Chile. A pesar de la discusión, adherimos a la tesis de su reconocimiento interno y rango constitucional a través del artículo 5 inciso 2º de la Carta Fundamental.

En este punto compartimos la clasificación que aporta la autora María Inés Horvitz Lennon, en el ya citado “Derecho Procesal Penal”, cuando indica que el derecho a defensa tiene una dimensión material y otra técnica.

En su aspecto material, el derecho de defensa permite al imputado ejercer personalmente los derechos o garantías que el ordenamiento jurídico le reconoce, para ser efectivamente oído por el Tribunal y así poder conocer y controvertir la prueba de la acusación, aportar la prueba de hechos que alegue para descartar o atenuar su responsabilidad y defenderse por sí solo o asistido por un defensor de su confianza.

Es esta última facultad la que compone el derecho de defensa técnica. Tal como lo describe Horvitz, “...surge como consecuencia necesaria de la complejidad del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal

y de los intereses en juego. Su fundamento radica en la necesidad de garantizar lo más posible la igualdad de posiciones en el proceso penal”<sup>61</sup>

El Código Procesal Penal, por último, establece que el derecho del imputado a ser defendido por un letrado operará “desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra” (Artículo 8, inciso 1º CPP). Esta fórmula ha sido objeto de polémica pues algunos consideran que la primera actuación del procedimiento, a que alude el artículo 8 del CPP debe relacionarse con la regla del artículo 102 del mismo Código, que indica que “En todo caso, la designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado” (artículo 102, inciso 1º, CPP).

De aquí ha surgido, cada vez con menos fuerza, la idea de que la primera actuación a que alude la interpretación sistemática de dichas reglas es la audiencia de formalización de la investigación. Pero la fórmula del Código establece que la designación de un letrado surge como garantía “desde la primera actuación del procedimiento” dirigido contra el imputado. Y una interpretación verdaderamente sistemática, no puede obviar la regla del literal b) del artículo 93, que se refiere al imputado y consagra su derecho a “ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación”. Desde luego, es pacífico a esta altura del desenvolvimiento del nuevo proceso penal, que los “actos de investigación” comprenden tanto hechos posteriores como anteriores a la audiencia de formalización de la investigación.

---

<sup>61</sup> LÓPEZ MASLE, J. y HORVITZ LENNON, M. I.; Derecho Procesal Chileno. 2002. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 228

Por lo tanto, la garantía del imputado de designar un asistente letrado para su defensa, se extiende desde los actos iniciales de investigación y hasta la completa ejecución de la sentencia.

En cuanto a la defensa material, dado que el CPP permite la autodefensa del imputado (“solo cuando ello no perjudicare la eficacia de la defensa”, artículo 102, inciso final CPP), debemos entender que desde los actos iniciales de investigación (artículo 93, letra b), CPP) y “hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare” (artículo 102 inciso 1º CPP), el imputado “tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvas las excepciones expresamente previstas en este Código” (artículo 8 inciso 2º CPP).

Desde “la primera actuación del procedimiento”, que puede ser eminentemente investigativa, una persona cuanta con un “ámbito de defensa”, en los términos expuestos, tal como indica el encabezado del artículo 8 del CPP.

Estos derechos o garantías integran el debido proceso. A ellos se han agregado otros de menor desarrollo doctrinal y jurisprudencial, tales como el derecho al careo con los testigos de cargo (que conformaría el derecho de defensa en su expresión de facultad de controvertir la prueba de la acusación), el establecimiento de las medidas cautelares como excepción a la libertad

personal, con lo que esta adquiere un estatus de derecho o garantía del debido proceso en el ámbito penal. O el establecimiento de una 2ª instancia en que el ámbito de la defensa pueda continuar su ejercicio e impugnar lo resuelto por un Tribunal que conoce y juzga por primera vez un asunto.

#### **1.11.- El Derecho a Requerir Diligencias Probatorias. Derecho a Presentar Pruebas de Descargo.**

Desde el punto de vista de las garantías de las partes o intervinientes en un juicio, el derecho de requerir actividad probatoria –más bien de indagación de hechos relevantes- y de presentar pruebas debe considerarse un elemento del debido proceso.

Aunque brevemente, es necesario referirse a este elemento como integrante del debido proceso tanto en materia penal como civil. Lo anterior puesto que, como bien señala un autor, “garantías como el derecho a la acción, el derecho a un juicio justo y la oportunidad de ser oído se incluyen usualmente en el inventario de derechos fundamentales. Ellos importan que las partes tienen el derecho a acceder al tribunal a efectos de interponer demandas civiles, el derecho a determinar el objeto de las disputas civiles y a perseguir una compensación adecuada, el derecho a presentar la prueba disponible, así

como el derecho a hacer ver los argumentos legales y fácticos en apoyo de sus respectivas pretensiones.”<sup>62</sup>

Para este autor, un juicio justo implica la posibilidad para las partes de aportar la prueba de que dispongan en apoyo de sus pretensiones civiles.

En los instrumentos internacionales suscritos por Chile y vigentes, el derecho a presentar pruebas o requerir diligencias probatorias se consideran integrantes del derecho a defensa. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14 que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

En el numeral 3 de este artículo se enumeran las garantías del acusado que este instrumento considera “mínimas” en un proceso. Los literales b), d) y e) se refieren al derecho de defensa de un acusado en juicio, y señalan que éste tiene derecho preparar su defensa con el debido tiempo, a disponer de un defensor o defenderse personalmente, a interrogar a los testigos de cargo y lograr que los testigos de descargo comparezcan y sean interrogados.

---

<sup>62</sup> MICHELE TARUFFO. 2003. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. [en línea]. Revista de Derecho (Valdivia). Diciembre 2003. Vol.15. p. 205-213 <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502003000200010&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200010&lng=es&nrm=iso)>. (consulta 12 julio 2013)

Sobretudo en este último caso, se garantiza al acusado presentar pruebas de descargo y a requerir diligencias (que los testigos sean interrogados)

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contempla las garantías judiciales en su artículo 8º, el que señala que toda persona acusada tiene garantías mínimas durante el proceso, entre las que se cuentan el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para preparar su defensa, de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor y comunicarse libremente con él, y en su literal f), el derecho de la defensa de “interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. De esta forma, como una manifestación concreta del derecho de defensa, el acusado puede interrogar a los testigos de cargo y aportar testigos o peritos a fin de controvertir los fundamentos de hecho de la acusación. El acusado cuenta con estas garantías reconocidas explícitamente por convenciones internacionales que son derecho interno, conforme lo previsto por el inciso 2º del artículo 5º de nuestra Constitución Política de la República.

La Comisión Ortúzar abordó este aspecto del debido proceso en las sesiones correspondientes que ya se han detallado. (101ª a la 103ª) Tal como expusimos en el apartado 1.4 de este trabajo, una sentencia del Tribunal Constitucional de nuestro país consigna la discusión habida en la Comisión en base a los aportes del profesor José Bernales. El considerando Séptimo del fallo recaído en la causa Rol N° 481-2006 da cuenta de las consideraciones que

sobre este aspecto hubo en la Comisión. Al respecto se dijo, “**SEPTIMO:** Que del tenor del requerimiento se desprende que el principal reproche de inconstitucionalidad se dirige respecto del inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Ahora bien, para analizar el sentido y alcance de la referida disposición constitucional resulta necesario transcribir parte de la discusión que se produjo al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. En tal sentido, cabe recordar que en la sesión N° 101, de 9 de enero de 1975, expuso especialmente sobre la materia el profesor José Bernales P., quien se explayó sobre los elementos que conforman lo que en la tradición anglosajona se ha denominado “due process of law”, esto es, el debido proceso legal, y que se remonta desde tiempos de la Carta Magna. Así señaló textualmente el académico: “¿Cuáles son estos principios que vienen desde tiempos inmemoriales? (...) primero, noticia al demandado del procedimiento que lo afecta. Es decir, lo que en Chile se denomina notificación. Enseguida, razonable plazo para comparecer y exponer sus derechos por sí o por testigos. A continuación, presentación de éstos y de cuantos medios de prueba disponen en apoyo de su defensa. O sea, lo que en nuestro país se llama emplazamiento. Para aquellos es importante sobre todo la posibilidad de aportar la prueba, y que el tribunal la reciba en forma legal.”

El profesor Bernales daba cuenta a la Comisión de lo que el desarrollo del debido proceso en el medio anglosajón había producido. En ese contexto, la defensa del acusado no consiste meramente en la representación o asistencia

de un letrado, sino que requiere la posibilidad concreta de presentar medios de prueba en apoyo a su defensa de fondo (o de derecho). La presentación de pruebas es una manifestación concreta del derecho de defensa, en cuanto permite controvertir lo afirmado por el ente acusador.

El considerando que se reproduce parcialmente, continúa con la intervención del Comisionado Silva Bascuñán, quien discurre sobre el contenido concreto de la fórmula que se asentaba en la Comisión para consagrar el debido proceso en la Constitución. Así se expresa que “Como consecuencia de lo anterior (El Comisionado Silva Bascuñán) procuró “sintetizar lo que significa un proceso que sea respetable en el orden humano, y le pareció que ello no se satisface sólo con las menciones doctrinarias de la racionalidad y la justicia, sino que es un proceso en el cual se le permita oportunamente a la persona afectada conocer la acción y reaccionar frente a ella realizando la defensa y produciendo la prueba”.

Sin embargo, no había pleno consenso acerca de este aspecto particular del debido proceso, en cuanto a que su consagración expresa pudiera interpretarse como un mandato general de la Constitución a pesar de que, en la práctica, la producción de prueba no fuera necesaria o procedente en algún procedimiento específico. “Ante lo expresado por el señor Silva Bascuñán, el Señor Ortúzar argumentó que, “le parece bastante delicado que la Constitución entre a señalar, como exigencia para el juzgamiento -porque así se interpretará-, el oportuno conocimiento de la acción, la adecuada defensa y, aun, la

producción de la prueba”. Sobre este último aspecto precisó que “la producción de la prueba es, también, un hecho relativo, porque no siempre la hay dentro de un proceso”.

Pero la controversia sería resuelta a favor de un texto “escueto” y la economía expresiva, dado que la Comisión veía muy difícil explicitar en el texto constitucional todas las garantías de un debido proceso, al respecto, el mismo considerando del fallo del TC da cuenta de esto: “el señor Evans manifestó que “es muy difícil señalar en el texto constitucional cuáles son las garantías reales de un debido proceso, porque es un convencido de que ellas dependen de la naturaleza del procedimiento y de todo el contenido de los mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción de la prueba y los recursos dependen, en gran medida, de la índole del proceso, del asunto de que se trata, e insiste, de la naturaleza del procedimiento que para este último haya establecido la ley”.<sup>63</sup>

Finalmente, la Comisión optó, como sabemos, por la fórmula “escueta” y para mayor claridad, decidió dejar constancia que la historia fidedigna del precepto sobre el racional y justo procedimiento, daba cuenta de la discusión y del consenso sobre los elementos o garantías mínimas que debían considerarse como integrantes del debido proceso. El mismo considerando citado agrega: “Más adelante, en la misma sesión, el señor Diez expresa que “de la historia de las palabras ‘racional y justo’ se desprende ya una conclusión:

---

<sup>63</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 481-2006. Considerando séptimo.

que la Comisión Constituyente estima que el procedimiento no es racional ni es justo si no se establece entre otras cosas, y sin que ello constituya una limitación, el oportuno conocimiento de la acción por parte del demandado; una defensa racional y adecuada, y la posibilidad de producir las pruebas cuando sea conducente, porque puede haber un proceso de derecho puro, donde no haya ninguna prueba que rendir”.

La producción de prueba, cuando esto formara parte de la naturaleza del procedimiento, fue considerada una garantía del debido proceso. La Comisión no cuestionó mayormente este elemento y decidió que quedara en actas que la fórmula finalmente aprobada no se desentendía de los contenidos mínimos considerados integrantes del debido proceso, entre los que el derecho de requerir pruebas (comparecencia de testigos) y de producirlas, eran incuestionables.

La legislación procesal penal ha previsto la necesidad de reconocer los derechos de los acusados o imputados de un delito. En el Código de Procedimiento Penal, aún vigente, se establecen derechos del inculpado en su Título III del Libro I, sobre las disposiciones generales relativas al juicio criminal, se encuentra el artículo 67, que consagra los derechos del inculpado. Dicho artículo es el resultado de sucesivas reformas legales que incluyeron derechos del inculpado en nuestros textos punitivos. El artículo 67 en cuestión reconoció, entre otros, los derechos del inculpado de designar abogado patrocinante, presentar pruebas para desvirtuar los cargos, rendir información sumaria de

testigos y pedir que la investigación “se active”, conforme la generalidad de los casos que le tocaba resolver a la justicia penal inquisitiva usualmente extendían notablemente su duración.

Estos derechos, en tanto forman parte de las reglas generales relativas al juicio criminal, deben considerarse integrantes de las reglas sobre el procedimiento de desafuero parlamentario, contenidas en el mismo Código de Procedimiento Penal. No hay reglas en el título especial dedicado al procedimiento de desafuero, que se refieran a los derechos del inculcado o señalen cómo y cuándo éste puede ejercerlos.

En el fallo sobre el desafuero del Senador Augusto Pinochet Ugarte, se analiza en extenso la naturaleza jurídica del procedimiento de desafuero, en tanto la defensa del extinto Senador había planteado en sus descargos que el procedimiento tenía la naturaleza jurídica de un juicio especial, que debía terminar con una sentencia definitiva lo que imponía respetar el debido proceso legal.

A pesar que la Corte estimó finalmente que el desafuero era “una condición de procedibilidad, un requisito o condición habilitante para poder actuar criminalmente en contra de un Diputado o Senador.”<sup>64</sup> Su consideración como juicio criminal especial implicaba incluir en él todos los derechos del inculcado, entre los cuales la solicitud y la producción de pruebas estaban expresamente incluidos.

---

<sup>64</sup> SENTENCIA DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol N° 1920-2000. Considerando 19°.

Cabe resolver la pregunta, más adelante, sobre si la consideración del procedimiento de desafuero como un “requisito de procesabilidad” o “condición habilitante” para proceder excluyen las garantías de un racional y justo procedimiento en su aplicación. En este punto diremos que de ser entendido como un juicio especial, no cabe más que dar aplicación y garantizar el ejercicio de los derechos y garantías del inculpado, como mínima observancia de las reglas de un racional y justo procedimiento en ese ámbito.

En el nuevo sistema procesal penal, la actividad de investigación y producción de elementos probatorios es parte de la función autónoma de un órgano especializado creado para ese efecto: el Ministerio Público. Sin embargo, la doctrina ha entendido que la obtención de elementos de prueba para utilizarlos durante las etapas del procedimiento, constituye una actividad que pueden llevar a cabo todos los intervinientes que indica el artículo 12 del Código Procesal Penal.

De esta manera, se ha entendido que producir pruebas de descargo es un derecho reconocido al imputado desde que éste tenga la calidad de tal, en los términos del artículo 7 del Código Procesal Penal. En el párrafo 4º del Título IV del Libro I del mismo Código, se consagran varias reglas relativas al imputado. El artículo 93 señala los derechos y garantías del imputado en el procedimiento penal. Entre esas garantías y derechos se incluye el solicitar a los fiscales diligencias de investigación para desvirtuar las imputaciones que se

le formulen (letra c)), y solicitar que se active la investigación (letra e)) lo que implica que se lleven a cabo actos de investigación para reunir elementos de prueba relevantes.

Es importante recordar que el nuevo sistema procesal penal prescinde del juez en la labor o función investigadora. En el párrafo 3º del Título I del Libro II del Código Procesal Penal, el artículo 180 indica en su primer inciso que “Los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos”. Los jueces de garantía no pueden realizar actividad alguna de investigación. Ni pueden disponer su realización por el Ministerio Público. Tan solo se contempla una circunstancia excepcional para que el juez de garantía intervenga en la investigación para ordenar la práctica de diligencias, en el párrafo 7º del Título II del Libro II, artículo 257.<sup>65</sup>

Con esta regla el derecho de requerir diligencias de investigación, en orden a reunir elementos de prueba que se dirijan a desvirtuar la imputación (su contenido fáctico) se encuentra especialmente resguardado en el nuevo

---

<sup>65</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL. “ARTÍCULO 257. Reapertura de la Investigación. Dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado.

Si el juez de garantía acogiere la solicitud ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. Podrá el fiscal, en dicho evento y por una sola vez, solicitar ampliación del mismo plazo.

El juez no decretará ni renovará aquellas diligencias que en su oportunidad se hubieren ordenado a petición de los intervinientes y no se hubieren cumplido por negligencia o hecho imputable a los mismos, ni tampoco las que fueren manifiestamente impertinentes, las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios ni, en general, todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios”.

proceso penal. Recordemos que el imputado y los demás intervinientes pueden solicitar al Ministerio Público la realización de diligencias que consideraren pertinentes para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal podrá negarse a llevar a cabo las que no considere conducentes a dicho fin y de esa decisión podrá reclamarse ante las autoridades del Ministerio Público para que ellas emitan un pronunciamiento definitivo.<sup>66</sup>

De manera que el nuevo procedimiento penal consagra expresamente el derecho del imputado de requerir diligencias probatorias y aportar pruebas para el esclarecimiento de los hechos. Tal como en el caso del Código de Procedimiento Penal, las reglas antedichas forman parte, unas, de las disposiciones generales del Código y las otras de la Etapa de Investigación, con lo que deben entenderse que se aplican a los procedimientos de desafuero parlamentario que el mismo cuerpo legal contempla. Sobre esto volveremos en un apartado especial.

En resumen, el derecho de requerir diligencias probatorias y presentar pruebas forma parte de lo que se entiende por un “procedimiento e investigación racionales y justos”. Un imputado tiene el derecho de presentar los elementos de prueba que sirvan para desvirtuar la imputación en su contra y

---

<sup>66</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL. “ARTÍCULO 183. Proposición de diligencias. Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.

Si el fiscal rechazare la solicitud, se podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia.”

puede requerir del tribunal o el Ministerio Público la realización de actos de investigación para reunir los elementos de prueba que justifiquen sus proposiciones fácticas relevantes para el juicio. Éstos derechos se encuentran consagrados por los Códigos de Procedimiento Penal y Procesal Penal, como derechos del inculcado e imputado y forman parte de los procedimientos de desafuero parlamentario que ambos cuerpos legales regulan. La Comisión Ortúzar, en su sesión 103ª, abordó los elementos mínimos de lo que debía entenderse por debido proceso legal. Entre esos elementos, dejó constancia que la posibilidad de producir prueba si el procedimiento lo requería, era parte integrante de un racional y justo procedimiento.

#### **1.12.- El Término Probatorio como Garantía de un Procedimiento Racional y Justo. ¿Existe el Deber de Formalizar su Existencia en cada Procedimiento?**

Despejado que las personas sometidas a la resolución de un órgano que ejerza jurisdicción tienen el derecho de requerir diligencias probatorias y presentar pruebas de descargo durante el proceso, es preciso establecer si estas actuaciones requieren de una etapa especial previamente establecida –un término probatorio- o si basta que el afectado requiera del órgano jurisdiccional que acepte la presentación de las pruebas que estime pertinentes y lleve a cabo

las diligencias que sirvan para fundar sus proposiciones fácticas sin más formalidad que la sola petición.

Fuera de que la consideración de la naturaleza jurídica del procedimiento de desafuero puede derivar en aceptar o rechazar un término de prueba preestablecido, el asunto es relevante puesto que si se estima que existe un derecho a presentar pruebas y requerir diligencias para atacar los fundamentos de hecho de los cargos formulados, el imputado o procesado podrá impugnar un procedimiento que no contemple una fase de recepción de la prueba relevante. Y podrá impugnar el tiempo que se establezca en esa fase o etapa, si estima que es insuficiente para presentar o requerir diligencias específicas que por su complejidad o dificultad de acceso razonablemente vayan a conseguirse fuera del plazo legal.

Aunque no puede hablarse con propiedad, ni en la Comisión Ortúzar ni en los instrumentos internacionales suscritos por Chile, de un derecho a un “término probatorio”, ambas fuentes consideran el derecho a requerir diligencias y presentar pruebas de descargo como integrantes de un derecho, genéricamente entendido, al debido proceso.

Parece lógico derivar del derecho de presentar y requerir diligencias de prueba que el Tribunal a quien se solicitan esas diligencias o ante el cual se presentan dichas pruebas, disponga de un plazo mínimo y necesario para que unas y otras se verifiquen. Luego, parece lógico esperar que cualquiera sea la naturaleza jurídica del procedimiento de desafuero, si durante su desarrollo o

previo a él la parte imputada solicitare la realización de diligencias probatorias o la recepción de determinadas pruebas con las que pretenda impugnar los hechos fundantes de la imputación, éstas deban llevarse a cabo o recibirse, respectivamente.

La cuestión es si, atendido lo anterior, el procedimiento de desafuero –si al menos se lo entiende como un procedimiento de los que la Constitución caracteriza como “racional y justo”- debe contemplar, de manera previa, una etapa o término de prueba.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión para abocarse a este punto, puesto que uno de los elementos fundantes de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentados contra la regla del inciso 3º del artículo 416 del Código Procesal Penal, fue que no se regulaba de manera explícita en la ley el momento u oportunidad específica que se concedía a la parte (al aforado) para presentar prueba alguna de descargo ni requerir diligencias de prueba para desvirtuar los mismos. Es decir, el procedimiento de desafuero que consagraba el Código Procesal Penal, en lo relativo a los delitos de acción privada, no reglamenta un término de prueba –un plazo para requerir diligencias y presentar pruebas- al que el imputado pudiera acogerse. El imputado, para los requirentes, no podía ejercer su derecho. El procedimiento no era racional ni justo. (Junto a ello se argumentaba, por parte de los requirentes, que el procedimiento carecía de una auténtica instancia de

contradicción)<sup>67</sup> (Sentencias Rol N° 478-2006, 529-2006 y 533-2006, Tribunal Constitucional, Parte Expositiva)

El Tribunal Constitucional estimó que el derecho a defensa en el procedimiento de desafuero debía incluir el de presentar y producir prueba. En el considerando vigésimo segundo de la sentencia de la causa Rol N° 478-2006, señaló: “**VIGESIMO SEGUNDO:** Que de lo relacionado se sigue que en este proceso la recepción y producción de la prueba es connatural al derecho de defensa, constituyéndose en garantía esencial de un procedimiento racional y justo. Su ausencia priva a la norma procesal impugnada, de un requisito mínimo para satisfacer el mandato constitucional”.

Lo que dejó en claro la sentencia fue que el procedimiento de desafuero debía cumplir con los requisitos de un racional y justo procedimiento. Y que al no contemplar, de manera expresa, una regla que reconociera al imputado la posibilidad de producir pruebas o requerir diligencias probatorias, no lo hacía. El Tribunal Constitucional no afirmó que era necesario que el procedimiento contemplara un plazo preestablecido y reglas procesales para desarrollar esas actividades. Pero no puede sino deducirse que la falta de una regla expresa que se refiriera al derecho de presentar pruebas y a la obligación del Tribunal (la Corte de Apelaciones respectiva) de recibirlas, fue hecha notar por la sentencia como un reproche al diseño de un procedimiento cuya naturaleza jurídica no era esencial para entender que “el desafuero se decide a través de un proceso que

---

<sup>67</sup> SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 478-2006, 529-2006 y 533-2006. Parte Expositiva.

culmina en una sentencia con efectos permanentes, cuya legitimidad se asegura por un procedimiento racional y justo.”<sup>68</sup>

Podemos adelantar, dado que trataremos más en profundidad este tema y sus implicancias en un capítulo posterior, que para el Tribunal Constitucional la naturaleza jurídica de un procedimiento como el desafuero, no supuso un criterio esencial para fallar que por sus consecuencias debía ajustarse a los requisitos de un procedimiento racional y justo. Entre ellos, de lo que se dejó constancia expresa por la Comisión Ortúzar, el derecho a defensa y sus manifestaciones más concretas como la elección de un abogado defensor y la posibilidad cierta de producir y presentar pruebas y requerir diligencias probatorias dirigidas a impugnar los fundamentos fácticos de la imputación. Dado que el procedimiento de desafuero del artículo 416 del Código Procesal Penal no contempla una regla que reconozca estos derechos de manera explícita, para el TC no puede considerársele un procedimiento acorde con la racionalidad y la justicia.

### **1.13- El Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva.**

En los últimos años, el concepto de debido proceso ha sido entendido como omnicomprendivo de una serie de garantías procesales del individuo frente a la acción jurisdiccional de un órgano o tribunal. Pero también ha sido

---

<sup>68</sup> SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 478-2006. Considerando decimoséptimo.

considerado como una manifestación de un derecho más amplio y que representa, para algunos, su actual estado de evolución. Este derecho es el de la tutela judicial efectiva. Dicha noción aparece como garantía en la Constitución española (Artículo 24.1) e italiana (Artículo 24 inciso primero) que hablan de un derecho a la tutela judicial en términos que la doctrina y la jurisprudencia constitucional de esos países han comprendido como el derecho a acceder a la justicia con plenas garantías. Lo han entendido como el debido proceso actual.

El principio o garantía del debido proceso, a pesar de gozar de un amplio reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, no ha alcanzado una determinación concreta de su contenido a través del tiempo.

Para la Corte Interamericana de derechos Humanos, el debido proceso está reconocido por el artículo 8 de la CADH, pero en lugar de hablar de debido proceso, la Convención caracteriza a los derechos que desarrolla allí como “garantías judiciales”.

Siguiendo a López Masle, el debido proceso como noción no es utilizado para enunciar el conjunto de garantías que los instrumentos internacionales reconocen a las personas. Como la CADH, la Convención Europea de Derechos Humanos enumera “garantías mínimas” en su artículo 6º, mientras el PIDCP hace lo mismo en el artículo 14. En España, el caso tiene un matiz, puesto que la Constitución no menciona el debido proceso como derecho y el

Tribunal Constitucional español “ha entendido que el principio está reconocido en el artículo 24 de la Constitución”.<sup>69</sup>

Precisamente este artículo 24 de la Constitución Española, en el numeral 1, habla del derecho de todas las personas a obtener “tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión”. En el numeral 2, el precepto constitucional español enuncia las garantías que asegurarían la tutela judicial efectiva en su sistema.

El derecho a la tutela judicial o jurisdiccional efectiva se encuentra reconocido por diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Así, el Convenio Europeo de DD.HH. (artículo 6); Convención Americana de DD.HH. (artículos 8 y 25); Declaración Universal de DD.HH. (artículos 8 y 10); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2, 3 y 14).

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho de acceso a la justicia es un requisito del Estado de Derecho. Éste derecho estaría conformado por el derecho a un recurso efectivo y el derecho a un debido proceso. En este entendido, el acceso a la justicia comprende un acceso pleno y en el que todas las garantías judiciales tienen cabida, como una obligación del Estado.

---

<sup>69</sup> LÓPEZ MASLE. Op. Cit. p. 67-68, Tomo I.

La Corte ha manifestado que, con esta comprensión del derecho al acceso a la justicia, el debido proceso “es un complemento ideal del derecho a un recurso efectivo, en el entendido que el debido proceso determina como aquel debe ser sustanciado para alcanzar su efectividad”.<sup>70</sup>

En nuestro medio, el derecho a la tutela judicial efectiva también ha sido llamado derecho a la acción. No hay, sin embargo, alguna norma constitucional que reconozca inequívocamente este derecho.

Para nuestra jurisprudencia constitucional no siempre ha habido claridad acerca del alcance del derecho a la tutela judicial efectiva. Como describe un autor, algunas veces se habla del derecho de acceder al órgano jurisdiccional (Sentencia del TC, Rol N° 546-2006 y Rol N° 792-2008), en otras el derecho de acceso se llama derecho a la acción o derecho a la tutela judicial (Sentencia del TC, Rol N° 946-2008), mientras que también se conoce como derecho fundamental al proceso (Sentencia del TC, Rol N° 1535-2010). Se trata de 4 maneras diferentes para mencionar el mismo derecho.<sup>71</sup>

Junto a al problema de su conceptualización, el mismo autor señala que también ha sido problemática la relación del derecho a la tutela judicial con otros derechos fundamentales de orden procesal. En consecuencia, el TC ha dicho en diversos fallos que el derecho al acceso a los tribunales y el derecho al

---

<sup>70</sup> PAOLA ACOSTA, El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana, 2007, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Temas de derecho Público.

<sup>71</sup> ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA, 2011, Análisis Crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. Revista chilena de Derecho, vol. 38 (N° 2): 311-337.

debido proceso son diferentes y forman parte del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (Sentencia TC, Rol N° 248-1996, voto de minoría)

Pero en otros fallos se ha dicho que el derecho a la tutela judicial o derecho de acción es uno de los presupuestos básicos de la garantía de la igual protección en el ejercicio de los derechos y el debido proceso, con lo que el debido proceso ya no forma parte del derecho a la igual protección en el ejercicio de los derechos sino que es un derecho distinto, uno de cuyos presupuestos es el derecho a la tutela judicial (Sentencia del TC, Rol N° 946-2008). En otro fallo se dice que el derecho de acceso a la justicia forma parte del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho a un procedimiento racional y justo, lo que configuraría la existencia de lo que el autor llama dos “metaderechos” en el orden constitucional: uno a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y otro al debido proceso y que el derecho de acceso a la justicia es parte de ambos (Sentencia del TC, Rol N° 1345-2009).<sup>72</sup>

Por último, el autor destaca que hay fallos en los que se ha dicho que “el derecho de acceso a la justicia es uno de los mecanismos que deben contemplar las reglas procesales para garantizar un justo y racional procedimiento y que constituye un supuesto de la protección de la ley en el ejercicio de los derechos” (Sentencia del TC, Rol N° 1345-2009). Pero en otro

---

<sup>72</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Op. Cit. p 313.

fallo se afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva estaría reconocido en el inciso primero del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución y que “comprende entre otros aspectos el libre acceso a la jurisdicción y el derecho al debido proceso (Sentencia del TC, Rol N° 1535-2010), con lo que el metaderecho sería el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la acción y al debido proceso formarían parte de él. Y en un fallo más reciente esa tesis vuelve a ser modificada, en cuanto se estima que el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la acción serían elementos del derecho al debido proceso, verdadero “metaderecho” en nuestro ordenamiento constitucional (Sentencia del TC, Rol N° 1373-2010).<sup>73</sup>

Finalmente, el autor expresa que no queda claro si el contenido del derecho a la tutela judicial consiste en que las personas puedan acceder a los Tribunales de Justicia para hacer valer una pretensión sobre derechos e intereses propios o para solicitar una decisión sobre derechos o intereses que no les comprometan ni les afecten directamente. Para Bordalí, el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho de acceso a los tribunales que está reconocido por la Constitución en su artículo 19 N° 3 inciso primero y que no forma parte del derecho al debido proceso ni contiene otros derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Op. Cit. p. 313.

<sup>74</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Op. Cit. p. 313.

El Tribunal Constitucional, ha entendido por debido proceso “aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho” (Sentencia del TC, Rol N° 1876-2010).

En el mismo fallo, señaló que el derecho a un debido proceso se enmarca en “el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas”. Conjunto que contaría con reconocimiento constitucional expreso en opinión del Tribunal, y que sería constitutivo de un derecho anterior a aquel (Sentencia del TC, Rol N°. 815, N° 1535 y N 1876)

Sin embargo, es posible constatar esfuerzos por describir el debido proceso y la justicia y racionalidad de procedimientos e investigaciones, por separado (Sentencia del TC, Rol N° 1876 y 2181)

De este panorama algo confuso ha surgido la noción de la tutela judicial efectiva, como actual corolario de la evolución de la noción de debido proceso. Debemos consignar que, para López Masle, en España la noción de debido proceso no forma parte de la Constitución y es el Tribunal Constitucional, a través de sus fallos, el que ha desarrollado la idea de su reconocimiento en el

artículo 24 de la Constitución española.<sup>75</sup> En Alemania e Italia ocurriría igual cosa, con pequeños matices.<sup>76</sup> En su nota al pie N° 95, López Masle indica que la doctrina y jurisprudencia españolas, “han utilizado la noción de debido proceso en dos sentidos diferentes: en el primero, incluyen todas las garantías del artículo 24 de la CE, en el segundo, sólo las garantías del artículo 24.2.<sup>77</sup> Estas últimas garantías incluyen el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, el derecho a defensa y asistencia letrada, el derecho a ser informado de los cargos, el derecho a un juicio público, el derecho a utilizar todos los medios de prueba para su defensa, el derecho de no declarar contra sí mismos, el derecho a no confesar y a la presunción de inocencia.

Todas esas garantías conforman el derecho a la tutela judicial efectiva, que puede definirse como “aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión”<sup>78</sup>

En España, se considera que el derecho a la tutela judicial efectiva cumple el rol del principio del debido proceso. En el sistema español, la tutela judicial efectiva protege a los individuos como personas físicas, nacionales o

---

<sup>75</sup> “Art. 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión.

<sup>76</sup> LÓPEZ MASLE, Op. Cit. p. 68.

<sup>77</sup> Ibidem. P. 68-69, Nota al Pie N° 95.

<sup>78</sup> GREGORIO CÁMARA VILLAR, 2005, EN: FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN “et al”, Derecho Constitucional, México, Editorial Tecnos, Tomo II, p. 215

extranjeras, titulares de derecho e intereses legítimos frente a los poderes públicos.

Como resume un autor, en la formulación del artículo 24 de la Constitución española, el derecho a la tutela efectiva comparte el rango de garantía junto a la presunción de inocencia, la defensa en juicio, la exclusión del deber de testificar y las garantías del proceso penal. Se le considera el equivalente al *due process of law* consagrado en las Enmiendas VI y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América. Para el Tribunal Constitucional español, como cita el mismo autor, "el derecho a la tutela judicial efectiva es un auténtico derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio (Sentencia del TCE, Rol N° 89-1985), pero igualmente el Tribunal Constitucional precisa, en relación con su naturaleza, que "no es la de un derecho de libertad ejercitable sin más, directamente a partir de la Constitución, sino la de un derecho de prestación, que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal" (Sentencia del TCE, Rol N° 99-1985) <sup>79</sup>

Para este mismo autor, en su resumen para el sitio web del Congreso de España, el derecho a la tutela judicial efectiva "se podría estructurar, siguiendo a los profesores De Esteban y González-Trevijano, de la siguiente forma. En primer lugar tenemos el derecho de libre acceso a los Jueces y Tribunales; en

---

<sup>79</sup> DAVID ORTEGA GUTIÉRREZ, 2003, Sinopsis artículo 24, Constitución española (en línea) <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>> (consulta: 10 agosto 2013).

este sentido la STC 223/2001 señala que "desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal ha venido reiterando que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado por el artículo 24.1 CE consiste en el acceso a la jurisdicción"; con idéntico sentido encontramos también las SSTC 73/2004, 237/2005, 119/2008, 29/2010. Ello implica tres cuestiones; primera, dirigirse al órgano judicial competente; segunda, la admisión de cualquier tipo de pretensión -independiente es, evidentemente, que prospere o no-; tercera y última, el costo de los procesos no puede ser un obstáculo (el artículo 119 de la Constitución consagra la justicia gratuita en los términos que establezca la ley, en concreto, la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita). En segundo lugar está el derecho a obtener una sentencia que ponga fin al litigio suscitado en la instancia adecuada (SSTC 144/2003, 290/2006, 24/2010). En tercer término el derecho al cumplimiento de la sentencia (artículos 117.3 y 118 CE y SSTC 224/2004, 282/2006, 20/2010). Por último, en cuarto lugar, el derecho a entablar los recursos legales (SSTC 37/1993, 111/2000, 21/2002, 59/2003)."<sup>80</sup>

Como vemos, para la doctrina jurisdiccional del Tribunal Constitucional español, la tutela judicial efectiva es una más de las garantías que contempla la Constitución española. Una garantía entendida, genéricamente, como garantía al derecho de acceso a la jurisdicción. Por su ejercicio, las personas pueden dirigirse al tribunal competente para que éste conozca sin exclusiones su

---

<sup>80</sup> ORTEGA GUTIÉRREZ, Op. Cit. (en línea)  
<<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>>

pretensión, obtengan una sentencia que ponga término al litigio y puedan requerir su cumplimiento o impugnarla por medio de los recursos legales.

Sin embargo, en tiempo reciente, esta garantía ha experimentado una evolución y ha terminado por constituirse en “el derecho de toda persona a que se haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”.<sup>81</sup>

Desde su consideración como “derecho de acceso a la justicia”, la tutela judicial efectiva ha transitado hasta su actual comprensión de un derecho que incluye varias garantías procesales, genéricamente entendido como el derecho a un debido proceso legal en el sistema español.

En nuestro medio, Andrés Bordalí, como dijimos al comienzo, niega tal contenido a este derecho y considera que el derecho a la tutela judicial efectiva, que el autor denomina también como derecho a la acción o de acceso a los tribunales o al proceso, está reconocido, a partir de una interpretación histórica y sistemática, en el artículo 19 N° 3 inciso 1º CPR.

Además, estima que dicho derecho a la tutela judicial efectiva no forma parte del derecho al debido proceso ni contiene a otros derechos fundamentales reconocidos por la Constitución en contraposición a la actual comprensión de este derecho en España, además, consiste en un derecho que garantiza el

---

<sup>81</sup> JESÚS GONZÁLEZ, 1984, El derecho a la tutela jurisdiccional, Madrid, p. 29.

acceso a un proceso para pedir tutela de derechos e intereses que se reclaman como propios.<sup>82</sup>

Esta opinión es consistente con las últimas sentencias del Tribunal Constitucional español citadas más arriba, aunque hoy persiste la idea de considerar que el debido proceso, en el sistema español, se encuentra reconocido o consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución española y que algunas de las garantías que lo conforman están consagradas en el N° 2 del mismo artículo. La noción de tutela judicial efectiva entre nosotros tiene, sin embargo, un significado diverso.

Al menos para Bordalí, el artículo 19 N° 3 contiene diversos tipos de derechos procesales, entre ellos el derecho a la tutela judicial (art. 19 N° 3 inc. 1° CPR), el derecho de defensa jurídica (art. 19 N° 3 inc. 2° CPR), el derecho de defensa jurídica gratuita (art. 19 N° 3 inc. 3° CPR), el derecho a un juez natural (art. 19 N° 3 inc. 4° CPR) y el derecho a un debido proceso (art. 19 N° 3 inc. 5° CPR).

Y esos derechos, “desde un punto de vista de la interpretación constitucional”, son derechos diferentes consagrados, por lo mismo, en incisos diferentes.

El Tribunal Constitucional ha querido referirse a ellos y englobarlos en un derecho de carácter superior (“metaderecho” para Bordalí) que a veces es el

---

<sup>82</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Op. Cit. p. 314.

debido proceso, pero que puede ser el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Pero esto supone dos problemas. Primero, que el derecho a la tutela judicial tiene un contenido equivalente al del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos o al del debido proceso. Con este predicamento, éstos últimos derechos o garantías se encuentra reiterados en la norma del artículo 19 N° 3. Con base en la propia historia del establecimiento de la norma, tal reiteración no fue lo que el Constituyente se propuso, sino que expresamente optó por la distinción. En la sesión N° 100 la Comisión “señaló que “no valía la pena incluir una cláusula que expresamente reconociera que "toda persona puede ocurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos y dispondrá de recurso efectivo contra actos que los violen", como alguien pensó agregar al texto constitucional, porque ese derecho de acceso a la justicia ya estaba contenido en el inciso 1º del art. 19 N° 3 CPR.”<sup>83</sup>

De otro lado, la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva como omnicompreensivo del debido proceso y de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, plantea que la dificultad de establecer el contenido concreto o mínimo del debido proceso, se traslade ahora a la noción de tutela judicial efectiva. En la práctica, se reemplaza un concepto por otro sin que ambos queden delimitados en función de su ejercicio, puesto que ambos operan en momentos distintos y para producir efectos diferentes. Mientras el

---

<sup>83</sup> BORDALÍ SALAMANCA, OP. CIT. p. 317.

derecho a la tutela judicial efectiva obliga al Estado frente al ciudadano, a proveer los medios efectivos de acceso al proceso para obtener satisfacción de sus intereses y poder revisar las decisiones del mismo Estado sobre esos derechos o intereses, el principio del debido proceso asegura al ciudadano que, en ese proceso al que la tutela judicial efectiva lo conduzca podrá ejercer, sin limitaciones de acuerdo con la naturaleza del procedimiento mismo, todas las garantías que la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes le reconocen frente al poder del Estado para que pueda incidir en la determinación de sus derechos o intereses de orden penal o civil.

De no delimitarse ambos derechos, se corre el riesgo de entender que cada vez que se niega el acceso al proceso a un individuo, se le está privando de un debido proceso, aún antes que éste se haya incoado. Por estas consideraciones estimamos que el derecho al debido proceso está diferenciado en Chile respecto al de la tutela judicial. Ambos consagran garantías diferentes para momentos diferentes del ejercicio de los derechos del individuo cuando su vida, libertad o propiedad se encuentre en riesgo.

## **CAPÍTULO II. EL DESAFUERO PARLAMENTARIO.**

### **2.1.-. El Fuero. Historia de su Regulación. Concepto.**

Antes de abordar el concepto jurídico y la historia del Fuero, es preciso distinguirlo de otra institución presente en la Constitución y que, a pesar de su evidente relación, implica efectos muy diversos respecto al primero.

La inmunidad parlamentaria debe distinguirse de la inviolabilidad parlamentaria. Una es manifestación de la otra.

Para la Real Academia Española, la palabra Inmunidad, (del latín *immunitas – itas*), unida a “Parlamentaria”, significa prerrogativa de los senadores y diputados (a Cortes) que los exime de ser detenidos o presos, excepto en los casos que determinan las leyes o procesados y juzgados sin previa autorización del cuerpo legislador (parlamento, Congreso o Asamblea).<sup>84</sup>

Como se ve, se trata de una definición que apunta a la inmunidad como un límite para la persecución penal.

El término “inviolabilidad”, en cambio, asociado a “parlamentaria”, se define como “la prerrogativa personal de los senadores y diputados, que los exime de responsabilidad por las manifestaciones que hagan y los votos que

---

<sup>84</sup> DICCIONARIO RAE. Vigésimo Segunda Edición. (en línea) < <http://www.rae.es/rae.html> > (consulta 21 junio 2013)

emitan en el respectivo cuerpo colegislador”.<sup>85</sup> Se trata aquí de la concurrencia de una causal eximente de responsabilidad penal, por “las manifestaciones que hagan y los votos que emitan” los legisladores. La distinción fundamental entre una y otra es que en el caso de la inmunidad, ésta no exime de responsabilidad penal al Parlamentario. Más bien impide ciertas consecuencias propias de la persecución penal –como la detención, la privación de libertad- y el desarrollo de un juicio para establecer la responsabilidad penal, de no mediar una autorización del Congreso al que pertenezca el Parlamentario que declara que éste ya no goza del Fuero para evitar esas consecuencias o el desarrollo del juicio en su contra, con mérito en la imputación misma (para el caso nuestro, la autorización la otorga el Poder Judicial a través de la resolución de sus Tribunales superiores de Justicia) Aunque esto último no es completamente cierto, puesto que en el caso de flagrancia (en el que el mérito de la imputación puede ser menos discutible) también se requiere la autorización de la Cámara o el Tribunal competente.

La inviolabilidad implica que en el ejercicio de sus funciones, por las manifestaciones (los dichos, las afirmaciones) de los parlamentarios, así como por sus votos no hay responsabilidad penal alguna. Nunca.

La inmunidad ha sido definida por diversos autores. Adolfo Posada, entre ellos, indica desde el propósito de la institución que "para dar a los miembros de la Cámara independencia personal política", se revestía el cargo de representante

---

<sup>85</sup> DICCIONARIO RAE. Vigésimo Segunda Edición (en línea) < <http://www.rae.es/rae.html>> (consulta 21 junio 2013)

y su desempeño de ciertas garantías. "Tales garantías -añade- son las conocidas como inmunidades parlamentarias, y comprenden: 1º la inviolabilidad de los representantes por sus opiniones y votos, y 2º, la inmunidad personal, en razón de la que los miembros de las Cámaras no pueden ser perseguidos por causa de delito, sino en ciertas condiciones o con previo acuerdo de la Cámara respectiva".<sup>86</sup>

El autor incluye en la inmunidad, a diferencia del Diccionario de la RAE, tanto a la inviolabilidad como a la inmunidad personal (Fuero), las que denomina genéricamente "garantías".

Henry Capitant, define a la inmunidad parlamentaria como el "privilegio cuya finalidad es permitir al parlamentario el libre ejercicio de su función, asegurándole protección frente a las acciones intentadas en su contra por los particulares o el gobierno".<sup>87</sup> Para este autor, la inmunidad parlamentaria se compone de la irresponsabilidad y la inviolabilidad.

Por la primera "los miembros del parlamento nunca son responsables criminal o civilmente por los actos que realicen en el ejercicio de sus funciones". La inviolabilidad parlamentaria, en cambio, es aquella "en virtud de la cual, durante el período de sesiones, los miembros del parlamento no pueden ser perseguidos criminalmente por los crímenes y delitos no flagrantes cometidos

---

<sup>86</sup> ADOLFO POSADA. Tratado de Derecho Político. 1916. Madrid. España. Librería General de Victoriano Suárez. Segundo Tomo. p. 491

<sup>87</sup> VOCABULARIO JURÍDICO. 1979. Buenos Aires. Argentina. Ediciones Depalma. p. 322, 331 y 332

fuera del ejercicio de sus funciones, salvo autorización de la cámara a que pertenecen".

Para Capitant, la inviolabilidad (que corresponde a la inmunidad o fuero en las definiciones previas) opera "durante el periodo de sesiones" y se extiende a los crímenes y delitos no flagrantes "cometidos fuera del ejercicio de sus funciones". Se trata de una concepción restringida del privilegio acotado a un periodo limitado.

En nuestra doctrina constitucional, la inmunidad parlamentaria se refiere al fuero y se distingue claramente de la inviolabilidad parlamentaria. Para Alejandro Silva Bascuñán, "La inmunidad o fuero consiste únicamente en que los parlamentarios no pueden sin más trámite, como los demás habitantes del país, ser procesados o privados de libertad cuando corresponda, sin que previamente deba realizarse la tramitación que requiere el privilegio".<sup>88</sup> (Ob. Cit. letra b), nota 164).

Para este autor, su consagración busca "mantener la independencia de los mandatarios del pueblo, tanto en relación al Ejecutivo, como a las demás autoridades y a los particulares, defendiéndolos de persecuciones ligeras, apasionadas o infundadas, que pueden perturbar innecesariamente el ejercicio de su función y por ende la del Parlamento".

---

<sup>88</sup> Silva Bascuñán. Op. Cit. p.

Silva Bascuñán agrega que el privilegio que supone el fuero, se aplica a las acciones de naturaleza penal que se sigan contra el Parlamentario. Y dentro de éstas, a aquellas que supongan, ya sea por su eventual sanción o porque el procedimiento lo autorice, la privación de libertad del legislador. Así, indica que “el fuero se refiere, pues, a aquellas acciones penales en las cuales, ya la investigación o ya el cumplimiento de la pena haga posible o necesaria la privación de la libertad, o en relación a cualquiera acción civil también contemple alguna forma de esa privación.”<sup>89</sup>(Ob. Cit. Nota 166).

La inviolabilidad, por su parte, consiste en el privilegio de los Parlamentarios, para expresarse libremente en el desempeño de sus cargos. La norma constitucional (artículo 61), señala que dicho privilegio aplica “en sesiones de sala o de comisión”. Es decir, está limitado a esas instancias del ejercicio de la función parlamentaria.

La inviolabilidad supone una tensión entre la igualdad ante la ley como principio constitucional y garantía individual y la libertad de expresión. Resuelta a favor de ésta última, ha sido objeto de críticas e intentos reiterados de reforma y eliminación. Ya en el año 2000 y luego en el 2005, algunos parlamentarios (Iván Moreira y Cristián Leay, ambos de la UDI el 2000; el entonces Presidente del Senado, Hernán Larraín (UDI), junto a los senadores Andrés Chadwick (UDI), Andrés Zaldívar (DC), Alberto Espina (RN) y José Antonio Viera Gallo (PS) el 2005) presentaron proyectos para su eliminación, en ambos casos con

---

<sup>89</sup> Silva Bascuñán. Op. Cit. p.

base en el aparente abuso del privilegio por parte de algunos parlamentarios. Las iniciativas, sin embargo, no prosperaron.

Debe precisarse, en todo caso, que la inviolabilidad tiene contornos bien definidos. La norma constitucional de 1925 (artículo 32) declaraba que los parlamentarios “son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos”. Se trataba de una regla de inmunidad bastante amplia, pues declaraba “inviolables” a los parlamentarios por sus opiniones y votos “en el desempeño de sus cargos”. Esto último obligaba al intérprete (desde esa norma, la Corte de Apelaciones respectiva) a establecer si el Parlamentario objeto de imputación había emitido opinión – respecto a la emisión de su voto era mucho menos probable un problema de determinación del ámbito de protección- fuera del “desempeño de su cargo”.

La norma de la Constitución de 1980 fue más precisa al respecto. Se preocupó de hacer hincapié en que los parlamentarios “sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión.” El ámbito de protección quedó reducido a las instancias en las que el Parlamentario efectivamente realice las labores propias de su cargo. Y éstas, al menos en la norma constitucional, se refieren a sus intervenciones en las sesiones de sala o de comisión.

De esta manera, la inviolabilidad parlamentaria, significa la falta de responsabilidad jurídica de los Parlamentarios por sus opiniones expresadas y votos emitidos en sesiones de sala o comisión. A pesar de los intentos por

modificar o suprimir este privilegio, los eventuales abusos no parecen representar suficiente causa para limitar la libertad de expresión política de los Congresistas, útil herramienta además para el ejercicio de fiscalización parlamentaria de los actos públicos a través, principalmente, de las comisiones investigadoras.

El fuero, en cambio, se refiere a la limitación objetiva de la persecución penal contra el Parlamentario, por delitos de acción pública o privada cometidos desde el día de su elección o el de su juramento.

El Fuero es una institución consagrada originalmente en Inglaterra y Francia. Su consideración como privilegio o protección personal de quien ejerciera autoridad es, sin embargo, mucho más antigua. Antecedentes de privilegios con objeto protectorio pueden encontrarse ya en la Grecia Antigua, aunque sin una consagración escrita, sino más bien derivados del respeto cívico a las autoridades o representantes. En Roma se consagra con la “lex sacra”, que luego del triunfo del Tribunado contra la arbitrariedad del Senado y los Cónsules, se logró instaurar para proteger el derecho a la inviolabilidad de los tribunos, maldiciendo a quienes los estorbaban en el ejercicio de sus funciones.

En Inglaterra surge como una manera de proteger a los Parlamentarios de acciones civiles que podían derivar en su arresto. La “freedom from arrest”

permitía a los parlamentarios asistir a las sesiones y representar con voz y voto a las personas. Dicha protección se extendía a su familia y servidores.<sup>90</sup>

Tal como señala Silva Bascuñán, luego de 1869 con la proscripción de la prisión por deudas, la institución quedó abolida en nuestro país. Por los delitos penales quedaban sujetos a las reglas comunes y el privilegio no opera hasta hoy. <sup>91</sup>(ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, Tratado de Derecho Constitucional, 2000, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, tomo VI, nota 164)

En Francia, los privilegios parlamentarios son tributarios de la Revolución de 1789. Su consagración jurídica se produce con el Decreto del 26 de junio de 1790, por el que los miembros de la Asamblea Nacional tenían inmunidad (*inviolabilité*). Fue regulada por la Ley 1317 de junio de 1791, en sus artículos 51 y 53. La Constitución francesa de 1791, señalaba que la inmunidad “consistía en no llevar a cabo detenciones y procesamientos, pero en materia criminal, salvo en los casos de flagrante delito y con la posibilidad de ser levantada con autorización de la Cámara respectiva”<sup>92</sup>

En España, la inmunidad parlamentaria consagraba el mismo contenido del modelo francés, cuya protección se dirigía contra la persecución penal. Se tiene como antecedentes el Decreto de 24 de septiembre de 1810, así como el

---

<sup>90</sup> SUSANA THALÍA PEDROZA DE LA LLAVE “et al”. Diccionario Universal de Términos Parlamentarios. 2ª Edición. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, D.F. p. 363

<sup>91</sup> ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, Tratado de Derecho Constitucional, 2000, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, tomo VI, nota 164

<sup>92</sup> PEDROZA DE LA LLAVE “et al”. Op. Cit. p. 363.

Reglamento del 24 de noviembre del mismo año. Otro de los antecedentes lo encontramos en la Constitución de Cádiz de 1812, en su artículo 128.<sup>93</sup>

Para Silva Bascuñán, constituye “otra excepción al principio de la igualdad ante la ley que se consagra en favor de los elegidos por el pueblo.” Y define la institución como aquella que “consiste únicamente en que los parlamentarios no pueden sin más trámite, como los demás habitantes del país, ser procesados o privados de libertad cuando corresponda, sin que previamente deba realizarse la tramitación que requiere el privilegio”.(CITA)

El fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago que se pronunció sobre la solicitud de desafuero contra el Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte, en su considerando tercero, señaló: “3º) Que el fuero es una garantía que el régimen jurídico contempla en favor de los parlamentarios y en razón de su investidura para evitar que se dirija en su contra alguna actividad procesal penal, sin que previamente y salvo el caso de delito flagrante, la Corte de Apelaciones respectiva declare que existe mérito para la formación de causa en su contra.”

De esa definición cabe destacar que se atribuye su consagración a la “investidura” de los parlamentarios. Lo anterior constituye, a nuestro juicio, una observación parcial del propósito de la institución en análisis, puesto que, como bien indica Silva Bascuñán, “(L)la razón de esta institución excepcional se halla en la necesidad de mantener la independencia de los mandatarios del pueblo,

---

<sup>93</sup> PEDROZA DE LA LLAVE “et al”. Op. Cit. p. 363.

tanto en relación al Ejecutivo, como a las demás autoridades y a los particulares, defendiéndolos de persecuciones ligeras, apasionadas o infundadas, que pueden perturbar innecesariamente el ejercicio de su función y por ende la del Parlamento.”<sup>94</sup> (Ob. Cit. literal b), Nota 164). De acuerdo con esto, la razón fundamental excede la mera consideración al honor personal o institucional del legislador. Se trata de asegurar el correcto funcionamiento del Congreso, por la vía de procurar que cada parlamentario se enfoque en sus labores y no se inhiba de llevar a cabo sus deberes o iniciativas por temor a ser coaccionado con acusaciones que no tengan sustento.

El Fuero, en una descriptiva definición de Francisco Zúñiga Urbina, consiste en “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 ellos;....”<sup>95</sup>

Con Silva Bascuñán, este autor también sostiene que el propósito primordial del Fuero es garantizar la independencia en el funcionamiento del Congreso, por la vía de proteger a sus miembros de imputaciones falsas o infundadas, dirigidas precisamente a impedir o entorpecer la labor del parlamentario. Debe tenerse presente, en todo caso, que el Fuero no supone

---

<sup>94</sup> Op. Cit. literal b), Nota 164

<sup>95</sup> FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA. Fuero Parlamentario y nuevo Código Procesal Penal. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio (en línea) México D.F. < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/30.pdf>> p. 731-778.

inimputabilidad. Tan sólo provee un privilegio procesal al parlamentario para no verse expuesto de inmediato –como cualquier ciudadano no aforado- a la secuencia de un juicio penal o a las consecuencias regulares de una imputación que conlleve la restricción o privación del derecho a la libertad ambulatoria según las reglas generales.

En suma, inmunidad y fuero son instituciones muy diversas. Ambas se refieren a la labor o función parlamentaria, a la que revisten de un manto protector de diferente alcance y envergadura. Mientras la primera exime de toda responsabilidad a los congresales por sus dichos, el segundo sólo supone un límite para ejercer la acción penal en contra de los mismos.

## **2.2.- Naturaleza Jurídica. Alcance Según la Fórmula Consagrada en la Constitución.**

Sobre la naturaleza jurídica del desafuero se ha discutido incansablemente. Desde que fuera considerado un procedimiento judicial, ha sido entendido como un incidente del juicio criminal, un juicio especial, un trámite o gestión, un procedimiento prejudicial o antejuicio.

La jurisprudencia ha acogido estas tesis en diversas épocas, sin que pueda afirmarse que exista consenso en este punto. Tal como reseña Patricia Canales Nettle, en su estudio “Desafuero Parlamentario en Chile” para la Biblioteca digital del Congreso, tras la revisión de la jurisprudencia sobre

desafuero desde 1930 a 1999, se le ha considerado un juicio especial, un incidente y una mera gestión. La sentencia de la Excelentísima Corte Suprema que resolvió el recurso de apelación del desafuero del Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte, citada en este trabajo, también consideró al desafuero como “un trámite o gestión” (Considerando 1, acápite I del fallo: “. En cuanto a los fines del desafuero y a la extensión de la competencia del tribunal que debe declararlo”)

Para la Real Academia Española, el significado del término desafuero (de desaforar) indica en su acepción 3ª que es el “hecho que priva de fuero a quien lo tenía”. Al consultar por el verbo desaforar, la RAE señala en su 2ª acepción, que consiste en “privar a alguien del fuero o exención que goza, por haber cometido algún delito de los señalados para este caso.”<sup>96</sup>

En modelos comparados, el desafuero es un procedimiento regulado, entregado al propio Parlamento o a la Cámara a que pertenece el parlamentario imputado, que consiste en la autorización para proceder contra el legislador cuando sean imputados de algún hecho delictivo.

Como apuntáramos antes, una reseña de sistemas comparados puede verse en el considerando 5º de la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional Rol N° 2067-2011-INA, a la que puede agregarse lo preceptuado por la Constitución de Estados Unidos de 1787, artículo 1º, sección 6 que dice: “los senadores y representantes, durante el periodo de sesiones de sus respectivas

---

<sup>96</sup> DICCIONARIO RAE. Vigésimo Segunda Edición (en línea) < <http://www.rae.es/rae.html> > (consulta 21 junio 2013)

Cámaras, así como mientras se dirijan a las mismas, o de ellas regresen, no podrán ser arrestados, excepto en caso de traición, delito grave y alteración de la paz”.

En Argentina, la Constitución de 1853, regula la inmunidad parlamentaria en sus artículos 61 a 63. De similar forma la regulan la Constitución de Colombia, en su artículo 186 y la Constitución de Brasil de 1988, en su artículo 53.

En la mayoría de los casos la autorización que despoja a un parlamentario de su fuero o inmunidad debe provenir únicamente de la Cámara a la que pertenece. Como bien señala Nogueira, “El caso chileno constituye una excepción a la regla general, ya que es un órgano de la administración de justicia ordinaria quien determina el desafuero”.<sup>97</sup>

Dado que nuestro sistema opera desde la Constitución de 1925 con resoluciones de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema cuando conoce del recurso de apelación, debemos contrastar las definiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el desafuero.

En el considerando 1º del fallo de la Excelentísima Corte Suprema, que confirmó el desafuero del Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte, se indica “1) Que, como se ha expresado anteriormente en numerosos fallos sobre la materia, el trámite del desafuero tiene como objetivo, exclusivamente, proteger a los parlamentarios contra infundadas acciones judiciales penales que

---

<sup>97</sup> Derecho Constitucional. 1994. Por MARIO VERDUGO MARINKOVIC “et al”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, p. 143

podieran intentarse en su contra, permitiéndoles el mejor cumplimiento de su mandato. La finalidad propia de esta gestión es sólo la de decidir si ha o no lugar a formar causa a un parlamentario que es inculcado de un delito. Resulta fundamental destacar que este trámite o gestión no importa, en caso alguno, un juzgamiento del parlamentario, el que deberá llevarse a efecto, si resultare procedente, por el tribunal de justicia que corresponda, en conformidad con las reglas generales. Por lo ya dicho no debe considerarse, tampoco, el desafuero como un privilegio a favor de los parlamentarios, sino solamente como una garantía para el adecuado desempeño de sus funciones;”.

La Excelentísima Corte Suprema, en este relevante asunto, afirma que el desafuero es una “gestión” o “trámite” (en oposición a la tesis de la defensa del recurrente, que afirmaba entre sus argumentos, como consiga el considerando undécimo del fallo, que el desafuero correspondía considerarse un “juicio especial”, dado que “debe terminar por sentencia definitiva, en la que habrá de declararse si existen o no presunciones fundadas o al menos sospechas fundadas, en cuanto a si su representado tuvo o no participación en delitos de suma gravedad...”) que su finalidad es decidir si ha o no lugar a formar causa a un parlamentario inculcado de un delito. A continuación expresa que el desafuero no implica juzgar al parlamentario, puesto que dicho juicio deberá llevarse a cabo “en conformidad a las reglas generales”. Por lo mismo, la Corte no consideró al desafuero un “privilegio”, sino más bien una “garantía”, sin entrar a señalar el fundamento de esa afirmación.

La noción de “autorización para proceder” aparece en el fallo de manera clara en el considerando segundo, cuando indica que “la declaración de "haber lugar a formarle causa", que menciona el artículo 611 del Código de Procedimiento Penal, sólo se traduce en permitir que una investigación se dirija en contra de un parlamentario en calidad de sujeto pasivo de la acción penal.”

De ahí entonces que la sentencia de la Corte estime que lo que debe resolver es si, con los antecedentes reunidos hasta el momento de la solicitud de desafuero, puede ordenarse por el juez que instruye el sumario la detención del parlamentario. El considerando tercero dice: “3) Que, en consecuencia, el criterio que debe seguirse para resolver si se formula o no la declaración de haber lugar a la formación de causa en contra de un diputado o senador, es el que fluye del contenido del artículo 612 del Código de Procedimiento Penal, al disponer que esta declaración procederá cuando de los antecedentes del proceso aparezcan en contra del parlamentario de que se trate, datos que podrían bastar para decretar la detención del inculpado.”

Como vemos, la Corte estimó que no era objeto del “trámite” de desafuero “juzgar” al parlamentario, analizar si los antecedentes de la imputación son suficientes para estimar que se ha configurado un delito. Lo que debía evaluar la Corte en el desafuero, era si los antecedentes reunidos eran suficientes para que se decretara la detención del legislador inculpado.

Esta posición ya había sido expuesta en nuestros Tribunales Superiores de Justicia. En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 13 de abril de 1949, la Ilustrísima Corte afirma que “Si la Constitución Política del Estado ha creado el fuero parlamentario, no ha sido para establecer la impunidad de los congresales frente a un hecho delictuoso, sino únicamente como una exigencia o formalidad previa para proceder en su contra, la que se cumple mediante la resolución del competente Tribunal que declara haber lugar a la formación de causa”

En la causa sobre la solicitud de desafuero del Diputado Pedro Pablo Alvarez Salamanca Büchi, por querrela por los delitos de calumnias e injurias graves con publicidad, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca cita la doctrina de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, luego confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, en un antiguo fallo en su considerando 14, que dice: “14. Que la expresión "si halla mérito para ello", no se encuentra determinada ni precisada en la Constitución Política de la República ni tampoco en el Código precitado, por lo que, la jurisprudencia ha entendido que debe atribuirse a ella el significado que tiene de acuerdo con los principios generales establecidos en la legislación, es decir, que los hechos imputados al miembro del Congreso reúnan los elementos que exige la ley para configurar un delito. C. de Santiago, 27 de septiembre de 1950 G. 1950, 2º sem. pág. 555. Confirmada por el fallo de la Corte Suprema de 28 de octubre de 1950, publicado en la p. 423 de la misma Gaceta;”

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo confirmado por la Exc. Corte Suprema, estimaba que el desafuero debía pronunciarse si el Tribunal “halla mérito para ello”, frase cuyo significado era que los hechos que se le imputaban al parlamentario eran suficientes para configurar los elementos objetivos de un tipo penal. Esto implicaba que el Tribunal debía analizar si los hechos imputados, la acción específica atribuida al parlamentario, podían subsumirse en un tipo específico contenido en el Código Penal o en una ley especial que lo sancionara. Desde luego esto no es equivalente a un juzgamiento, si se reduce el término al momento en el que se ha de dictar una resolución que declara que existe un hecho punible y participación culpable o dolosa, pero no es menos cierto que la jurisprudencia citada admitía un nivel de juzgamiento que la sentencia recaída en el desafuero del Senador Pinochet Ugarte prefería trasladar al Tribunal de inferior jerarquía.

En la sentencia sobre el desafuero del Diputado Alvarez Salamanca, el criterio a seguir era establecer si los hechos imputados podían calificarse como delito. A primera vista parecía exigir lo mismo que la sentencia sobre el desafuero del Senador Pinochet. Pero en sus considerandos tercero y cuarto el fallo va más allá y derechamente plantea que el parámetro es la “fundada sospecha” de participación en un delito, que permite el juez dictar la orden de detención sobre el presunto partícipe: “Tercero: Que, por su parte, el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal prescribe 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 correspondiente, a fin de que si halla mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa. Cuarto: Que, a su vez, el artículo 255 N° 1 del cuerpo legal precedentemente citado preceptúa que el Juez que instruye un sumario puede decretar la detención cuando, estando establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, tenga el Juez fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor a aquél cuya detención se ordene.”

Aunque no queda claro por qué motivos esos antecedentes tenidos en cuenta son, finalmente, suficientes para estimar que puede haber lugar a formar causa contra un parlamentario, este fallo entiende el procedimiento de desafuero como un requisito o condición previa de procesabilidad y rehuye pronunciarse sobre la participación del imputado o la existencia o no de los delitos que se le imputan.

En cuanto a la fórmula que consagró el desafuero en la Constitución, la Comisión Ortúzar optó por mantener casi en idénticos términos las reglas de la Constitución de 1925. En una primera fórmula se reprodujo la redacción del artículo 33 de la anterior Carta Fundamental. Tan solo fueron adecuados los términos “acusado, perseguido y arrestado” a la nomenclatura del Código de Procedimiento Penal de 1906, por lo que se introdujeron los conceptos de

“procesado o privado de libertad”. El otro término reemplazado tuvo mayores repercusiones. Se prefirió el “apelarse” por el anterior “recurrirse”, lo que tuvo como consecuencia una discusión recurrente sobre la procedencia del recurso de casación para impugnar la decisión de la Corte de Apelaciones.

La Comisión tuvo en cuenta algunos aspectos problemáticos para establecer la fórmula final, en cuanto al derecho de apelación a la resolución que se pronunciara sobre el desafuero y sobre qué Corte de Apelaciones –si aquella donde fue cometido el delito o la del lugar en el que había sido electo el legislador- debía conocer del requerimiento de desafuero.

El Consejo de Estado mantuvo la fórmula “el día de la elección” considerando que el Senado tendría representantes elegidos y designados. Desde el día de la elección comenzaba a regir el fuero de los legisladores elegidos por votación popular. En su formulación original, el fuero también debía regir “desde el día de su elección o designación, o desde la incorporación, según el caso” (Art. 58 inciso 2º, CPR).

Finalmente, la redacción escogida configuró el artículo 58 de la Constitución Política de la República de 1980, dentro del Capítulo VI denominado Congreso Nacional, en el apartado “Normas comunes para los diputados y senadores”, en los siguientes términos: “Artículo 58.- Los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión.

Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o designación, o desde su incorporación según el caso puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse 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 acusado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente".

La Ley N° 20050, publicada el 26 de agosto del 2005, introdujo varias modificaciones a la Constitución Política de la República en su único artículo. La disposición sobre el fuero parlamentario quedó establecida por el artículo 61 de la Carta Fundamental, con modificaciones terminológicas introducidas para adecuar los términos de la Constitución Política a la nueva nomenclatura del Código Procesal Penal. Y junto a ello se precisó el momento desde el cual debe regir el fuero, al sustituir 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". Finalmente, se reemplazó en el inciso cuarto la palabra

“acusado” por “imputado”, conforme la nomenclatura del nuevo Código Procesal Penal.

Así las cosas, la disposición vigente es la siguiente: “Artículo 61.- Los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión.

Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de 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.”

Junto con mantener la competencia para juzgar el mérito de la imputación en el Poder Judicial, la disposición vigente señala el momento desde el que un Parlamentario goza de inmunidad y consagra la apelación como

recurso jurisdiccional para impugnar la sentencia del Tribunal de Alzada (Corte de Apelaciones).

### **2.3.- El Fuero. Origen. Adopción en Nuestro Ordenamiento Jurídico.**

En Chile, la consagración de la inmunidad parlamentaria tuvo su primera manifestación en la Constitución de 1822, En el Capítulo III, "De las calidades de los Diputados", el artículo 45 establecía: "Art. 45. En ningún caso, ni por autoridad alguna se reconvendrá a los Diputados por sus opiniones: no podrán demandarse por deudas, mientras duren las sesiones, y si dieren mérito para alguna causa criminal, serán jueces cinco abogados sorteados de veinte, que nombrará la misma Cámara de los Diputados; pudiendo recusarse cinco sin causa, y con ella los demás. Conocerá de la recusación la misma Cámara en el término de ocho días perentorios.". Como puede apreciarse, respondía al modelo francés, imitado por el español, que incluía la proscripción de la persecución por deudas y se dirigía fundamentalmente a la protección contra la persecución penal.

La Constitución de 1823, consagró por vez primera una fórmula que perduró a través de los años en nuestro sistema. En el Título VI, "Del Senado", dispuso en su artículo 39 lo siguiente: "Art. 39. En virtud de los artículos antecedentes debe sancionar el Senado: N° 26 En las acusaciones y causas criminales juzga a los Senadores la Suprema Corte de Justicia, declarando

previamente la Cámara Nacional haber lugar a la formación de causa por consulta del Senado.” El carácter moralista de esta Constitución, unido a un clima interno muy inestable, precipitó su reemplazo. Tras breves ensayos que buscaron instaurar el federalismo, la Constitución de 1828 volvió a consagrar la inmunidad parlamentaria. En el Capítulo VI, “Del Poder Legislativo”, en su apartado “Del gobierno interior de las cámaras”, se incluyeron los artículos 43 al 45, que indicaban: “Art. 43. Ningún Diputado o Senador podrá ser arrestado durante sus funciones en la Legislatura, y mientras vaya o vuelva de ella, excepto el caso de delito in fraganti.”

“Art. 44. Ningún Diputado o Senador podrá ser acusado criminalmente desde el día de su elección, sino ante su respectiva Cámara, o la Comisión Permanente, si aquélla estuviera en receso. Si el voto de las dos terceras partes de ella declarase haber lugar a la formación de causa quedará el acusado suspenso de sus funciones legislativas, y sujeto al tribunal competente.”

“Art. 45. En caso de ser arrestado algún Diputado o Senador por delito in fraganti, será puesto inmediatamente a disposición de la Cámara respectiva, con la información sumaria. La Cámara procederá entonces conforme a lo dispuesto en la segunda parte del artículo precedente.”

Nuevamente se utilizaba la fórmula de “haber lugar a la formación de causa” que incluyera la Constitución de 1822. El artículo 43 establecía la inmunidad penal como regla general del estatus procesal penal de un

Parlamentario, al impedir el arresto de un Diputado o Senador en ejercicio, inclusive si se dirigía o volvía de su Legislatura (seguramente fue objeto de discusión si la inmunidad se hacía efectiva en el lugar físico donde ejerciera la legislatura o en cualquier lugar en donde ésta efectivamente se llevara a cabo).

Otro aspecto interesante de esta fórmula es la época desde la cual se iniciaba la inmunidad del parlamentario (“desde el día de su elección”), que hasta hoy es objeto de discusión e interpretación discordante. La excepción a la inmunidad la constituía el delito “in fraganti”. Finalmente, la consecuencia de una declaración que le privara de su inmunidad a un parlamentario es otro aspecto a destacar de esta fórmula (en esta Constitución tal declaración debía hacerse por la misma Cámara del inculpado o una comisión permanente cuando ésta no funcionara), dado que el Parlamentario, además de quedar sujeto al Tribunal competente, era suspendido de sus funciones legislativas.

La Constitución de 1833, que tras una guerra civil vino a reemplazar a su antecesora, consagró reglas prácticamente idénticas en cuanto a inmunidad parlamentaria. Así, los artículos 15 a 17 reproducen los preceptos de la Constitución anterior. En el Capítulo VI titulado “Del Congreso Nacional”, se indica: “Art. 15. Ningún Senador o Diputado desde el día de su elección, podrá ser acusado, perseguido o arrestado, salvo en el caso de delito in fraganti, si la Cámara a que pertenece no autoriza previamente la acusación, declarando haber lugar a formación de causa.”

“Art. 16. Ningún Diputado o Senador será acusado desde el día de su elección, sino ante su respectiva Cámara, o ante la Comisión Conservadora, si aquella estuviere en receso. Si se declara haber lugar a formación de causa, queda el acusado suspendido de sus funciones legislativas i sujeto al juez competente.”

“Art. 17. En caso de ser arrestado algún Diputado o Senador por delito in fraganti, será puesto inmediatamente a disposición de la Cámara respectiva o de la Comisión Conservadora, con la información sumaria. La Cámara o la Comisión procederá entonces conforme a lo dispuesto en la segunda parte del artículo precedente.”

El modelo chileno otorgaba a la Cámara respectiva la potestad de decidir si un parlamentario acusado de un delito, incluso en el caso de una detención por delito flagrante, debía quedar sujeto al juez competente al autorizar la acusación mediante la declaración de “haber lugar a formación de causa” en su contra.

Esta situación no fue siempre bien administrada por el Parlamento. A menudo surgió el espíritu de cuerpo y la sospecha de intenciones veladas en la solicitud de desafuero, hizo que predominara éste por sobre el mérito del requerimiento.

Para Silva Bascuñán, “los abusos y exageraciones del sistema impresionaron de tal manera a la opinión nacional que, cuando en 1906 se dictó el Código de Procedimiento Penal, se entregó a la Corte de Apelaciones

respectiva la facultad de pedir a la Cámara correspondiente el desafuero cuando hallaba mérito para ello según los antecedentes reunidos.”<sup>98</sup> (Ob. Cit. Nota 164).

Desde luego la controversia sobre el uso político del requerimiento de desafuero simplemente se trasladó de un Poder del Estado a otro. Pero en ese momento, pareció la solución más sensata y libre de subjetividades. La Constitución de 1925 vino a consagrar de manera definitiva la potestad del Poder Judicial (que recaía, en primera instancia en una Corte de Apelaciones como Tribunal Pleno y en la Corte Suprema por vía de apelación) para decidir si se autorizaba la acusación “declarando haber lugar a la formación de causa”. En el Capítulo IV, denominado “Congreso Nacional”, se estableció: “Art. 33. Ningún Diputado o Senador, desde el día de su elección, puede ser acusado, perseguido o arrestado, salvo el caso de delito flagrante, si la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva, en Tribunal Pleno, no autoriza previamente la acusación, declarando haber lugar a la formación de causa. De esta resolución podrá recurrirse ante la Corte Suprema”.

Los artículos 32 (“Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos”), 34 (“En caso de ser arrestado algún Diputado o Senador en delito infraganti, será puesto inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva, con la información sumaria. La Corte procederá entonces conforme

---

<sup>98</sup> Silva Bascuñán. Op. Cit. p.

a lo dispuesto en el artículo precedente") y 35 ("Desde el momento en que se declare por resolución firme haber lugar a la formación de la causa, queda el Diputado o Senador acusado suspendido de sus cargos y sujeto al juez competente") completaban el grupo de disposiciones que institucionalizaron la inmunidad parlamentaria en la Constitución de 1925.

Dado el propósito de protección de la labor de los representantes de los ciudadanos de acusaciones infundadas o frívolas, se juzgó más competente para estimar que un Parlamentario quedara despojado de su inmunidad a los Tribunales de Justicia que a la propia Cámara donde el congresista ejercía su función.

El modelo que entrega la decisión a los Tribunales Superiores de Justicia no es, sin embargo, la regla general en este asunto. Como reseña la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol N° 2067-2011-INA, en el segundo párrafo de su considerando quinto, las legislaciones comparadas de la Europa Continental mantienen la potestad de la decisión sobre el mérito de los antecedentes en la Cámara a la que pertenece el legislador imputado. "QUINTO: En la actualidad, el fuero parlamentario forma parte del derecho público de las más antiguas democracias occidentales, las cuales, ordinariamente, radican la autorización previa para el arresto o juzgamiento de los parlamentarios en el propio Parlamento o en alguno de sus órganos, sin ulterior recurso (V. gr., Alemania: [artículo 46 de la Ley Fundamental]: (2)A causa de actos sujetos a sanción

penal, un diputado puede ser responsabilizado o detenido sólo con la autorización del Bundestag, a no ser que sea detenido en delito flagrante o durante el día siguiente de haber cometido el acto. (3) La autorización del Bundestag es necesaria igualmente para toda otra restricción de la libertad personal de un diputado o para iniciar contra un diputado el procedimiento previsto en el artículo 18. (4) Todo proceso penal y todo procedimiento según el artículo 18 iniciado contra un diputado, toda detención y toda otra limitación de la libertad personal, deberán ser suspendidos a solicitud del Bundestag.; Francia: [artículo 26 de la Constitución, incisos segundo y siguientes]: En materia criminal o correccional ningún miembro del Parlamento podrá ser objeto de arresto o de cualquier otra medida privativa o restrictiva de libertad sin autorización de la Mesa de la Cámara de la que forma parte. No será necesaria esta autorización en caso de crimen o de flagrante delito o de condena definitiva./ Quedarán en suspenso la detención, las medidas privativas o restrictivas de libertad o la persecución de un miembro del Parlamento, durante la duración del período de sesiones, si lo requiere la Cámara de la que forma parte./ La Cámara interesada se reunirá de pleno derecho en sesiones suplementarias para permitir, en caso necesario, la aplicación del apartado anterior.; España, [artículo 71 de la Constitución: 2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva. /3. En las

causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.; Italia [artículo 68 de la Constitución, incisos segundo y siguientes]: Ningún miembro del Parlamento podrá ser sometido, sin autorización de la Cámara a la que pertenezca, a registro personal o domiciliario, ni podrá ser arrestado o privado de su libertad personal, ni mantenido detenido, salvo que se ejecute una sentencia firme de condena, o bien que sea cogido en flagrante delito./ La misma autorización será necesaria para someter a los miembros del Parlamento a interceptaciones, fuere cual fuere su modalidad, de conversaciones o comunicaciones, así como para proceder a la incautación de correspondencia.”

La fórmula consagrada en la Constitución de 1925, si bien formaba parte de las reformas que resultaron de la reacción de reproche a los vicios del parlamentarismo de la etapa política previa, consiguió prosperar en nuestro ordenamiento jurídico hasta nuestros días. La Constitución del 80 mantuvo sus aspectos esenciales.

#### **2.4.- El Desafuero Como Procedimiento Especial.**

La consideración del desafuero como un juicio especial tiene expresiones jurisprudenciales bien tempranas.

En 1930, ante la solicitud de desafuero del Senador por Concepción José Maza, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción acogió la solicitud. La defensa del Senador interpuso contra esa resolución los recursos de apelación y casación en la forma. La Corte acogió el recurso de casación en la forma, al considerar que la sentencia era susceptible de ese recurso, conforme con los artículos 535 del Código de Procedimiento Civil y 766, 770 inciso cuarto, 772, 777 y 778 del Código de Procedimiento Civil.

Es decir, la Corte de Apelaciones de Concepción, consideró que el desafuero era un juicio especial, “puesto que, declarando admisible el recurso de casación en la forma, al considerar lo dispuesto por el artículo 766 del Código de Procedimiento Civil que establece que este recurso se concede sólo contra las sentencias definitivas y las interlocutorias cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, estimó la resolución casada una sentencia definitiva, ya que no se puede pensar que esta resolución fue conceptuada por la Corte como interlocutoria, puesto que no pone término al juicio, ni hacen imposible su continuación y, siendo reputada como definitiva, en relación con la definición que de ella da el Código de Procedimiento Civil, se concluye que la Corte de Apelaciones de Concepción, calificó al procedimiento de desafuero como un juicio especial”.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> CANALES NETTLE, P. y LOUSEA, V. 1999. Desafuero Parlamentario en Chile. (en línea). Santiago, Chile. <<http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/informes>> (consulta: 23 junio 2013)

La Corte Suprema, al conocer del recurso de casación, sostuvo en la admisibilidad que el desafuero era una “mera gestión.” Uno de los votos disidentes en este fallo, sostuvo que el procedimiento de desafuero parlamentario debe equipararse al de un Intendente o Gobernador, con la diferencia que en el primer caso son competentes las Cortes de Apelaciones y en el segundo el Senado. Afirmó, entonces, que la tramitación no era la de un juicio sino la de “un permiso para proceder en contra de un parlamentario” (Libro de Votos especiales de la Corte Suprema, 1925-1930, pp. 293 a 294)

La noción del desafuero como juicio especial se expresaba en los primeros años posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1925. Una memoria de prueba de 1933, afirmaba que “el actual procedimiento de desafuero parlamentario es un juicio especial. La resolución que le pone término es una sentencia definitiva, de acuerdo con el inc. 2º del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil y habrá de ser susceptible de todos los recursos que procedan según las reglas generales, entre los que se encuentra el recurso de casación”<sup>100</sup>

La consideración de la procedencia del recurso de casación, se daba en el marco de la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la resolución que declaraba el desafuero de un parlamentario. La tesis que proponía considerar dicha resolución una sentencia definitiva, debía afirmar que el procedimiento en

---

<sup>100</sup> ALBERTO ECHAVARRÍA LORCA. 1933. El desafuero de los miembros del Congreso Nacional ante el recurso de casación. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. p. 44 y 74.

el que se pronunciaba esa sentencia era un juicio especial, puesto que la resolución que no pone fin a una instancia no podía ser objeto del recurso de casación, lo que pugnaba con la disposición constitucional que indicaba que la resolución que declaraba el desafuero podía recurrirse ante la Corte Suprema. Parte de la doctrina afirmaba que esa regla no se limitaba al recurso de apelación. E incluso se añadía que la apelación también debía concederse al solicitante del desafuero si éste no era declarado.

La jurisprudencia, sin embargo, tendió a inclinarse más por la tesis que afirmaba que el constituyente se refirió, en la regla del artículo 33 de la Constitución de 1925, al recurso de apelación como el único susceptible de ser interpuesto contra la resolución que desaforara al parlamentario.

La tesis que afirma que el desafuero es un juicio especial, fue expuesta en el desafuero del Senador Augusto Pinochet por su defensa. Antes que la procedencia de un eventual recurso de casación, sus asesores sostenían que el procedimiento de desafuero debía considerarse un "juicio o proceso". De esa forma, le eran aplicables todas las garantías de un "debido proceso legal".

La Corte Suprema estimó, tras el largo análisis de la naturaleza jurídica del procedimiento, que aquella correspondía a "una condición de procedibilidad, un requisito o condición habilitante para poder actuar criminalmente en contra de un Diputado o Senador. La doctrina científica, en general, ha considerado el desafuero como un "preproceso"; un "antejuicio"; como un trámite de "diligencias previas"; "un presupuesto de admisibilidad"; o, por último, un "requisito de

perseguibilidad". A partir de un presupuesto de carácter subjetivo, la calidad de Diputado o Senador de una persona que aparece como imputada en un juicio penal, se refuerzan sus garantías procesales penales y se exige una autorización previa para proceder en su contra la que incidirá directamente, y, en mayor o menor medida, en un juicio penal pendiente. En efecto, la falta de autorización, en nuestro derecho positivo, puede posibilitar la oposición de la excepción contemplada en el N° 8 del artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere, precisamente, a la "falta de autorización para procesar en los casos que sea necesaria con arreglo a la Constitución o a las leyes", excepción que puede hacerse valer en alguna de las formas a que se refieren los artículos 433 y 434 del citado Código y que, según sea acogida o denegada, dará lugar a alguna de las situaciones previstas en los artículos 442 y 617 del mismo Cuerpo legal;..."<sup>101</sup>

Conforme a esa conclusión, la Excelentísima Corte estimó que, dado que "la gestión de desafuero no tiene los caracteres de un juicio o proceso debe, lógicamente, concluirse que a ella no le resultan aplicables las garantías del "debido proceso".<sup>102</sup>

Por cierto, esa relación requería tomar en cuenta presupuestos que este trabajo se propone exponer en la parte correspondiente. Sin embargo, por la

---

<sup>101</sup> SENTENCIA DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. Rol N° 1920-2000. Considerando N° 19.

<sup>102</sup> SENTENCIA DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. Rol N° 1920-2000. Considerando N° 20.

trascendencia del fallo, es posible afirmar que a esa altura de la evolución jurisprudencial sobre la materia, la consideración del procedimiento de desafuero como juicio especial era prácticamente nula.

## **2.5.- El Desafuero Como Incidente Del Juicio Penal Principal.**

Esta postura afirma que la resolución que falla la solicitud de desafuero, recae sobre una cuestión accesoria del juicio principal, que es el juicio criminal. La resolución de desafuero, además, no se pronuncia sobre los puntos controvertidos que son el objeto del proceso penal.

De otro lado, la resolución de desafuero no tiene el carácter de sentencia definitiva ni interlocutoria. En el inciso segundo del artículo 630 del Código de Procedimiento Penal, se indica que “este auto, en el caso de no ser apelado...”. Esta denominación legal ha servido para levantar la tesis de que la naturaleza jurídica del desafuero sea la de un incidente.

La sentencia del 29 de enero de 1948 de la Excelentísima Corte Suprema, que se pronunció sobre la solicitud de desafuero del Senador Pablo Neruda, es un ejemplo de aceptación, aunque parcial, de esta tesis. En su parte pertinente expone “la resolución que acuerda un desafuero es de naturaleza incidental, que debe clasificarse como auto o como sentencia interlocutoria, este último carácter debería atribuírsele también si se la estima como

pronunciamiento acerca de un trámite previo a la dictación de una sentencia definitiva o interlocutoria.”<sup>103</sup>

La clasificación del procedimiento de desafuero como incidente parece consistente si se atiende a la definición legal (artículo 82 del Código de Procedimiento Civil) y la evidente relación directa del desafuero con el juicio criminal que debe entenderse como el principal. Sin embargo, su consideración como tal parece forzada. No forma parte de los incidentes ordinarios que contempla el Libro I del Código de Procedimiento Civil (artículos 82 a 91) ni de los especiales que se encuentran dispersos por el Código de Procedimiento Civil. Antes bien, el desafuero estaba regulado expresamente como “Procedimiento especial” en el Código de Procedimiento Penal (vigente a la época de la sentencia citada) lo que desde luego implica una opción del legislador en cuanto a considerarlo un asunto principal y no accesorio del juicio.

En vista de esa decisión expresa y, por lo tanto, de su falta de accesoriedad, el procedimiento de desafuero no puede considerarse un incidente del juicio principal.

## **2.6.- El Desafuero Como Trámite Previo de Autorización o Requisito de Procesabilidad.**

---

<sup>103</sup> GACETA DE LOS TRIBUNALES. Santiago, Chile. 1948. Primer semestre 1949. p. 225-228. Considerando 1º.

Respecto a las reglas del Libro II del Código de Procedimiento Penal, se ha sostenido que el legislador consagró en el título “De los procedimientos Especiales”, “una serie de reglas para cumplir algunos presupuestos previos al juzgamiento de una persona en el procedimiento penal o para el juzgamiento de los delitos de acción penal privada o faltas” <sup>104</sup>

De dichas reglas puede extraerse una distinción de los procedimientos allí consagrados. Mientras hay procedimientos penales propiamente tales, como el procedimiento por faltas y por crimen o simple delito de acción penal privada, dichas reglas se refieren a otro tipo de procedimiento: el antejuicio. Un antejuicio implica la necesidad de cumplir con presupuestos objetivos antes o durante el desarrollo de un juicio penal propiamente tal, a fin de permitir el juzgamiento válido de una persona en él. Entre éstos procedimientos previos o antejuicios, se menciona al desafuero, la querrela de capítulos, la extradición y los procedimientos por crimen o simple delito contra ausentes.

En el considerando 1º del fallo de la Excelentísima Corte Suprema, que confirmó el desafuero del Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte, se indica “1) Que, como se ha expresado anteriormente en numerosos fallos sobre la materia, el trámite del desafuero tiene como objetivo, exclusivamente, proteger a los parlamentarios contra infundadas acciones judiciales penales que pudieran intentarse en su contra, permitiéndoles el mejor cumplimiento de su mandato. La finalidad propia de esta gestión es sólo la de decidir si ha o no

---

<sup>104</sup> CANALES NETTLE, P. Op. Cit.

lugar a formar causa a un parlamentario que es inculcado de un delito. Resulta fundamental destacar que este trámite o gestión no importa, en caso alguno, un juzgamiento del parlamentario, el que deberá llevarse a efecto, si resultare procedente, por el tribunal de justicia que corresponda, en conformidad con las reglas generales. Por lo ya dicho no debe considerarse, tampoco, el desafuero como un privilegio a favor de los parlamentarios, sino solamente como una garantía para el adecuado desempeño de sus funciones;”.

La Excelentísima Corte Suprema, en este relevante asunto, afirma que el desafuero es una “gestión” o “trámite” y que su finalidad es decidir si ha o no lugar a formar causa a un parlamentario inculcado de un delito. A continuación expresa que el desafuero no implica juzgar al parlamentario, puesto que dicho juicio deberá llevarse a cabo “en conformidad a las reglas generales”. Por lo mismo, la Corte no consideró al desafuero un “privilegio”, sino más bien una “garantía”.

La noción de “autorización para proceder” aparece en el fallo de manera clara en el considerando segundo, cuando indica que “la declaración de "haber lugar a formarle causa", que menciona el artículo 611 del Código de Procedimiento Penal, sólo se traduce en permitir que una investigación se dirija en contra de un parlamentario en calidad de sujeto pasivo de la acción penal.”

De ahí entonces que la sentencia de la Corte estime que lo que debe resolver es si, con los antecedentes reunidos hasta el momento de la solicitud de desafuero, puede ordenarse por el juez que instruye el sumario la detención

del parlamentario. El considerando tercero dice: “3) Que, en consecuencia, el criterio que debe seguirse para resolver si se formula o no la declaración de haber lugar a la formación de causa en contra de un diputado o senador, es el que fluye del contenido del artículo 612 del Código de Procedimiento Penal, al disponer que esta declaración procederá cuando de los antecedentes del proceso aparezcan en contra del parlamentario de que se trate, datos que podrían bastar para decretar la detención del inculpado.”

Como vemos, la Corte estimó que no era objeto del “trámite” de desafuero “juzgar” al parlamentario, analizar si los antecedentes de la imputación son suficientes para estimar que se ha configurado un delito. Lo que debía evaluar la Corte en el desafuero, era si los antecedentes reunidos eran suficientes para que se decretara la detención del legislador inculpado.

En la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, que se pronunció sobre la solicitud de desafuero del Diputado Pedro Pablo Álvarez Salamanca Büchi, por querrela por los delitos de calumnias e injurias graves con publicidad, se cita la doctrina de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, luego confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, en un antiguo fallo en su considerando 14, que dice: “14. Que la expresión "si halla mérito para ello", no se encuentra determinada ni precisada en la Constitución Política de la República ni tampoco en el Código precitado, por lo que, la jurisprudencia ha entendido que debe atribuirse a ella el significado que tiene de acuerdo con los principios generales establecidos en la legislación, es decir, que los hechos

imputados al miembro del Congreso reúnan los elementos que exige la ley para configurar un delito. C. de Santiago, 27 de septiembre de 1950 G. 1950, 2º sem. pág. 555. Confirmada por el fallo de la Corte Suprema de 28 de octubre de 1950, publicado en la pág. 423 de la misma Gaceta;”

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo confirmado por la Exc. Corte Suprema, estimaba que el desafuero debía pronunciarse si el Tribunal “halla mérito para ello”, frase cuyo significado era que los hechos que se le imputaban al parlamentario eran suficientes para configurar los elementos objetivos de un tipo penal. Esto implicaba que el Tribunal debía analizar si los hechos imputados, la acción específica atribuida al parlamentario, podían subsumirse en un tipo específico contenido en el Código Penal o en una ley especial que lo sancionara. Desde luego esto no es equivalente a un juzgamiento, si se reduce el término al momento en el que se ha de dictar una resolución que declara que existe un hecho punible y participación culpable o dolosa, pero no es menos cierto que la jurisprudencia citada admitía un nivel de juzgamiento que la sentencia recaída en el desafuero del Senador Pinochet prefería trasladar al Tribunal de inferior jerarquía.

En la sentencia sobre el desafuero del Diputado Álvarez Salamanca, el criterio a seguir era establecer si los hechos imputados podían calificarse como delito. A primera vista parecía exigir lo mismo que la sentencia sobre el desafuero del Senador Pinochet. Pero en sus considerandos tercero y cuarto el fallo va más allá y derechamente plantea que el parámetro es la “fundada

sospecha” de participación en un delito, que permite el juez dictar la orden de detención sobre el presunto partícipe: “Tercero: Que, por su parte, el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal prescribe 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 correspondiente, a fin de que si halla mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa. Cuarto: Que, a su vez, el artículo 255 N° 1 del cuerpo legal precedentemente citado preceptúa que el Juez que instruye un sumario puede decretar la detención cuando, estando establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, tenga el Juez fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor a aquél cuya detención se ordene.”

Esta postura jurisprudencial es apoyada por parte de la doctrina que, además, aporta más jurisprudencia y considera que el desafuero no tiene carácter de juicio criminal ni de antejuicio, sino que se trata de un requisito o condición de procesabilidad. Para don Francisco Zúñiga, el desafuero “es el presupuesto necesario e indispensable del juicio criminal de que se trate”, por lo que al ser declarado no implica juzgamiento sobre el parlamentario, en cuanto a su participación en cualquier grado.<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> ZÚÑIGA URBINA, F. Op. Cit. p.4

Para este autor, el desafuero es un procedimiento previo al juicio criminal que intenta resolver si se verifican los presupuestos constitucionales y legales para permitir un juicio criminal contra un congresista. En apoyo de su punto de vista, cita una jurisprudencia que, sin embargo, señala que el desafuero es un “antejuicio”, a pesar de describirlo como un requisito o condición de procesabilidad. En los considerandos pertinentes, la sentencia señala: “**SEGUNDO:** Que como reiteradamente ha sido declarado por la Excma. Corte Suprema, la gestión de desafuero es un antejuicio que tiene por objeto hacer efectiva la condición de procesabilidad del Diputado o Senador cuya responsabilidad penal se trata de perseguir y que goza de la garantía procesal, que determina, precisamente, que el parlamentario "no puede ser procesado 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", como establece la norma constitucional citada y que, en definitiva y desde otra perspectiva, tiene por objeto salvaguardar el derecho fundamental de igualdad ante la ley;

**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 la causa en contra del parlamentario imputado de los hechos punibles materia de la formalización, 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 (Arts. 1° y 2°); que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme (Art. 4°); 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 (Art.7°); que el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (Art. 8°); 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 (Art.9°);”<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> SENTENCIA DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 43-2005.

Cabe destacar a este fallo, puesto que en el considerando cuarto citado mantiene la posición acerca de la naturaleza jurídica del procedimiento de desafuero, sin embargo de lo cual resuelve que, como todos los procedimientos del Código Procesal Penal, él se encuentra regido por las garantías procesales que se reconocen al imputado, las que incluyen la observancia de un debido proceso (un procedimiento racional y justo) y todos sus elementos.

Junto a esto, este fallo se aparta de la consideración sobre el objeto del desafuero presente en los fallos previamente citados. Mientras dichos fallos entendían el desafuero como una instancia de revisión de los antecedentes que constaban en el proceso (usualmente la actividad de investigación del juez), para decidir si se había cometido un delito y si cabía responsabilidad (al menos indiciaria) del parlamentario en él, éste se remite a la concepción de requisito de procesabilidad para seguir un juicio criminal. En apariencia, toma en cuenta los antecedentes expuestos por el solicitante (el Ministerio Público) y decide que son suficientemente serios y relevantes para permitir que se investigue si el parlamentario imputado tuvo responsabilidad en los hechos objeto de la investigación. En particular, la Corte indicó: “**SEXTO:** Que del análisis de los antecedentes anteriores, especialmente los vertidos en la audiencia por los intervinientes y ya expresados, no controvertidos en lo sustancial, y que constan en el registro de audio de la misma, (cumpliéndose así los principios de inmediación, oralidad y publicidad que rigen este tipo de procedimiento), este Tribunal arriba a la convicción de que la petición de desafuero formulada por el

Ministerio Público reúne caracteres de seriedad y plausibilidad suficientes para acceder a la misma, a fin de que la investigación del Fiscal pueda seguir su curso sin obstáculos y eventualmente obtener del Juez de Garantía determinadas medidas cautelares, previo debate acerca de su procedencia, así como de la calificación de su necesidad para asegurar los fines del procedimiento, en la oportunidad que corresponda; o bien realizar otras actuaciones destinadas a cumplir el rol que entregan al Ministerio Público la Constitución Política de la República y las demás leyes que rigen la materia;

**SEPTIMO:** Que, finalmente, este Tribunal reitera que el presente pronunciamiento no significa, en modo alguno, decidir acerca del fondo del asunto -esto es, la comprobación de los delitos y la participación y responsabilidad en ellos del imputado-, sino únicamente, y por los fundamentos expresados con anterioridad, declarar que hay mérito, por ahora, para privar de fuero al parlamentario imputado, con las finalidades ya señaladas;.....”<sup>107</sup>

Aunque no queda claro por qué motivos esos antecedentes tenidos en cuenta son, finalmente, suficientes para estimar que puede haber lugar a formar causa contra un parlamentario, este fallo entiende el procedimiento de desafuero como un requisito o condición previa de procesabilidad y rehuye pronunciarse sobre la participación del imputado o la existencia o no de los delitos que se le imputan. Los anteriores también consideraron al desafuero como un requisito o condición previa de procesabilidad, pero se abocaron a

---

<sup>107</sup> SENTENCIA DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol N° 43-2005

analizar y señalar qué antecedentes permitían fundar, a lo menos, una orden de detención contra el aforado.

**CAPÍTULO III. EL DEBIDO PROCESO EN EL DESAFUERO  
PARLAMENTARIO. APLICABILIDAD DE SUS REGLAS EN LOS  
PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTES EN CHILE.**

**3.1.- Procedimiento de Desafuero en el Código de Procedimiento Penal.**

A continuación revisaremos la regulación del procedimiento de desafuero en el aún vigente Procedimiento Penal de tipo inquisitivo del Código de Procedimiento Penal de 1906. En dicho cuerpo legal se establecieron una serie de reglas que determinaban el procedimiento a seguir y que quedaron expresadas bajo la denominación general de "Procedimientos Especiales".

Dichas reglas se encuentran establecidas en el Libro III "De los Procedimientos Especiales", Título IV "Del procedimiento relativo a personas que tienen fuero constitucional", Párrafo 1. "Diputados y Senadores".

Artículo 611. "Ningún tribunal, aunque halle mérito para imputar un delito a un Diputado o Senador, procederá contra él, sino cuando la Corte de Apelaciones respectiva reunida en tribunal pleno, declare que ha lugar a formarle causa".

Artículo 612. "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 podrán bastar para decretar la detención de un inculpado, el

juez de primera instancia elevará los autos al tribunal de alzada correspondiente, a fin de que si halle 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".

Artículo 613. "La resolución que declare haber lugar a formación de causa, es apelable para ante la Corte Suprema; y una vez que se halle firme será comunicada por la Corte de Apelaciones respectiva a la rama del Congreso a que pertenece el inculpado".

Artículo 614. "Si un Diputado o Senador es detenido por habersele sorprendido en delito flagrante, el juez a quien corresponda el conocimiento del negocio, lo pondrá inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva, acompañando originales o en copia las diligencias que practique en conformidad a lo dispuesto en el artículo 264 de este Código.

Sin perjuicio, remitirá más adelante, en la misma forma, las diligencias que practique con posterioridad y que sean conducentes".

Artículo 615. "Lo prescrito en los artículos precedentes de este Título se extiende a la persona que haya sido elegida Diputado o Senador, desde el día de su elección.

Si el juez estuviere conociendo ya, suspenderá todo procedimiento que a ella se refiera, mientras la Corte respectiva no declare que ha lugar a formarle causa".

Artículo 616. "Mientras no se declare haber lugar a la formación de causa, el tribunal que conozca del proceso se abstendrá de practicar actuaciones que se refieran al Diputado o Senador a quien se impute el delito, a menos de recibir expreso encargo de la respectiva Corte de Apelaciones".

Artículo 617. "Si la Corte declara no haber lugar la formación de causa, el tribunal ante quien penda el proceso mandará sobreseer definitivamente con respecto al Diputado o Senador favorecido con aquella declaración y hará archivar los antecedentes, si no hay otros inculcados o procesados en el mismo proceso".

Artículo 618. "Cuando en un mismo proceso aparezcan complicados individuos que no fueren miembros del Congreso con otros que lo sean, el juicio seguirá adelante con relación a los primeros y se observarán respecto a los segundos las reglas establecidas en el presente Título".

Esta regulación, aún vigente, consolidó un modelo en el que los parlamentarios gozan de inmunidad y ésta no puede ser retirada sino por la resolución de otro Poder del Estado, el Poder Judicial, lo que contribuyó a evitar las decisiones de alguna Cámara tomadas "al calor del debate" sin atender a los antecedentes jurídicos que las justificaban.

Cabe hacer notar que el Código de Procedimiento Penal consideró al desafuero entre los procedimientos especiales. Un procedimiento que contempla la posibilidad concreta de "rendir información" para la parte. Y que en el mismo artículo (612) admite que los antecedentes reunidos durante el

proceso que el juez siga, si bastan para decretar la detención de un inculpado, puedan servir como fundamento suficiente para que la Corte de Apelaciones respectiva deba decidir si “ha o no lugar a formar causa” contra el aforado.

En cuanto a la exposición de la tramitación del desafuero según las reglas del Código de Procedimiento Penal seguiremos, fundamentalmente, el trabajo ya citado de Patricia Canales Nettle.

En sus aspectos más importantes, se considera que la solicitud de desafuero puede formularla cualquier persona capaz. El artículo 612 del Código de Procedimiento Penal sólo exige 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 podrán bastar para decretar la detención de un inculpado,...”.

También puede formularla el juez de la causa, conforme al mismo precepto legal. En ambos casos, el juez debe elevar los antecedentes al Tribunal de alzada respectivo. Al respecto se ha resuelto que dicho Tribunal es la Corte de Apelaciones La Corte se pronuncia al declarar si ha o no lugar a formación de causa contra el parlamentario. La resolución que declara ha lugar a formar causa es apelable ante la Excelentísima Corte Suprema, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 58 de la Constitución Política de la República y el artículo 613 del Código de Procedimiento Penal.

Una vez que se solicita el desafuero, el Tribunal del Crimen queda inhibido de llevar adelante acciones sobre el parlamentario imputado, salvo el caso de recibir instrucción expresa de la Corte de Apelaciones. Si en el proceso figuran como inculpados personas sin fuero, el juez de la causa puede realizar las diligencias que sean necesarias conforme los fines del procedimiento respecto de ellos, conforme lo que previenen los artículos 616 y 618 del Código de Procedimiento Penal.

Si para el juez de la causa no existen suficientes antecedentes que permitan fundar la solicitud de desafuero al parlamentario, debe sobreseer temporal o definitivamente la causa. La parte afectada puede recurrir en apelación y si se rechaza ésta podrá interponer un recurso de hecho o un recurso de queja. Al elevarse los antecedentes a la Corte respectiva, ésta podrá declarar el desafuero aún sin solicitud expresa si estima que existe mérito para ello.

El Tribunal de alzada remite los autos ingresados al Fiscal del Ministerio Público Judicial quien emitirá un dictamen con su opinión sobre la procedencia o no del desafuero. Con dicho dictamen, la Corte decretará “autos en relación” y se fijará la vista de la causa, en Tribunal Pleno.

El parlamentario afectado puede hacerse parte en la Corte y solicitar diligencias o plantear excepciones. Este aspecto es importante en la tramitación del desafuero del sistema inquisitivo. A pesar de que el procedimiento de

desafuero no contiene reglas expresas que se refieran a la prueba o su oportunidad para rendirla, es un procedimiento al que se aplican las reglas generales de todo juicio criminal. Por ahora diremos que la discusión se ha centrado en si la Corte que conoce de la solicitud debe analizar y resolver sobre toda la prueba rendida y las consideraciones hechas valer por el parlamentario o resolver conforme los antecedentes que sean relevantes para establecer si ha lugar o no a formar causa contra el parlamentario.

La resolución que se pronuncia sobre el desafuero debe ser dictada por el Tribunal Pleno. En caso de empate de votos, debe aplicarse la regla del artículo 74 del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto a que la decisión a favor del reo forma sentencia.

Contra la resolución que pronuncia el desafuero procede el recurso de apelación para ante la Excelentísima Corte Suprema. Durante la vigencia de la Constitución de 1925, se planteó un problema de interpretación de dos reglas que se referían al derecho de recurrir del fallo de desafuero. Mientras la regla legal del artículo 613 del CdPP señalaba que la resolución que declaraba ha lugar a formar causa era apelable para ante la Corte Suprema, el artículo 33 de la Constitución indicaba que se podía recurrir de la resolución a la Corte Suprema. Con lo previsto por la regla constitucional, se sostuvo que tanto la resolución que concedía como la que denegaba el desafuero eran apelables. La regla legal, parecía limitar el recurso para el caso de acogerse la solicitud de desafuero.

La Corte Suprema falló mayoritariamente que la resolución de la Corte de Apelaciones en cualquier sentido era apelable. Esta interpretación se apoyó, fundamentalmente, en la historia fidedigna del precepto. En la Comisión de Reforma de 1925, se había redactado una fórmula que concedía al inculpado el recurso de apelación. Pero posteriormente se modificó por la frase “de esta resolución (de desafuero) podrá recurrirse ante la Corte Suprema”. Con la última redacción, a pesar de no ser todo lo explícita que el caso requería, no podía entenderse únicamente que el recurso sólo cabía contra la resolución que concedía el desafuero.

La Constitución de 1980 repitió este modelo en el inciso segundo de su artículo 58. Actualmente, la norma sobre el desafuero está en su artículo 61, que en su inciso segundo reemplazó el término recurrirse por apelarse.

Situación muy parecida se verificó respecto de la procedencia del recurso de casación contra la resolución que se pronunciaba a favor o en contra del desafuero. En la jurisprudencia más temprana sobre el desafuero se pudo observar la opción por conceder el recurso de casación en contra de la sentencia que resolvía sobre la solicitud de desafuero. Se entendía al artículo 33 de la Constitución de 1925 como una norma que autorizaba de manera genérica la interposición de todos los recursos que contemplaba el ordenamiento jurídico. Se trataba de una interpretación amplia del precepto constitucional, que además prescindía de la regla del artículo 613 del CdPP,

puesto que consideraba que a pesar de no contemplar expresamente la procedencia de otros recursos, dado que la resolución que se pronunciaba sobre la solicitud de desafuero era una sentencia definitiva, por regla general debía proceder el recurso de casación conforme con lo dispuesto por los artículos 535 del CdPP y 766 del CdPC.

Esta jurisprudencia, sin embargo, fue modificada en la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 12 de mayo de 1949, que se remite únicamente al artículo 613 del CdPP como norma decisoria litis. Este fallo se apoyó, además, en las actas de sesiones de la Comisión Redactora de la Constitución en cuanto éste recurso “fue el único considerado por los constituyentes”.<sup>108</sup>

En cuanto a los efectos de la resolución que se pronuncia sobre el desafuero, debe distinguirse si se declara ha lugar a formar causa o no. En el primer caso, el inciso segundo del artículo 58 de la Constitución Política de la República, indica que el parlamentario inculpado queda “automáticamente suspendido de su cargo” y sujeto a la justicia ordinaria.

Si, en cambio, se declara no ha lugar a formar causa contra el parlamentario rige la disposición del artículo 617 del CdPP, por lo que el tribunal que lleva adelante el proceso “mandará sobreseer definitivamente con respecto al Diputado o Senador favorecido con aquella declaración y hará archivar los antecedentes, si no hay otros inculpados o reos en el mismo proceso”.

---

<sup>108</sup> REVISTA DE CIENCIAS PENALES. Santiago. Chile. Tomo XII. Nº 3 y 4. Julio-diciembre 1950. p. 201-203. Diputado don Humberto Abarca Cabrera.

### **3.2.- El Derecho a Defensa en el Procedimiento de Desafuero del Código de Procedimiento Penal.**

Como expusimos previamente, este derecho forma parte del debido proceso legal. Debe entenderse especialmente reconocido en la fórmula de nuestra Constitución, puesto que fue el propio constituyente quien se encargó de dejar constancia, en la historia fidedigna de la disposición, que al establecer el derecho o garantía a un procedimiento racional y justo, se entendía incluido entre los elementos mínimos o básicos de tal garantía el de que toda persona pudiera producir pruebas de descargo durante el proceso.

La regulación general del Código de Procedimiento Penal reconoce una serie de derechos del inculpado, entre los que se cuentan el de presentar pruebas de descargo, testigos de conducta, pedir que se active la investigación y solicitar el conocimiento del sumario, etapa de investigación del antiguo sistema de enjuiciamiento penal que tiene el carácter general de secreto.

Todos estos derechos apuntan a la posibilidad de ejercer el derecho a defensa dentro del procedimiento de desafuero. Tanto la defensa material como técnica. Debe reconocerse, en todo caso, que la regulación del CdPP responde a un diseño que tiende a restringir el ejercicio del derecho a defensa del inculpado. Fuera de que existe una etapa de investigación de carácter secreta (sumario), el procedimiento reemplazado por la reforma carece de

imparcialidad, puesto que quien lleva a cabo la investigación es quien debe evaluar sus méritos para proceder a solicitar el desafuero.

A pesar de las evidentes restricciones al derecho a defensa dentro del procedimiento penal inquisitivo, y de la consideración jurisprudencial del desafuero como un “trámite previo” o “antejuicio”, la discusión jurisprudencial versó más sobre la cantidad y carácter de las pruebas que la Corte de Apelaciones debía tener en cuenta para resolver, que sobre el ejercicio del derecho a defensa material y técnica.

El fallo de la Corte Suprema que confirmó el desafuero del Senador Vitalicio Augusto Pinochet, afirmó que el desafuero no tenía los caracteres de un juicio o proceso y que, por lo tanto, a ella no le resultan aplicables las garantías del "debido proceso".<sup>109</sup> Tras esta afirmación, dedicó varios considerandos a demostrar que, de todas formas, no se había faltado al debido proceso en la tramitación del procedimiento de desafuero seguido ante la Corte de Apelaciones, a pesar de las “imperfecciones del sistema inquisitivo” que reconocía en su considerando vigésimo segundo.

En especial se refirió en el considerando vigésimo tercero a la asesoría técnica de que había gozado el Senador durante el procedimiento y al hecho de que la regulación del procedimiento de desafuero autorizaba expresamente a la Corte de Apelaciones respectiva a resolver “sin oír a ninguna de las partes y de

---

<sup>109</sup> SENTENCIA DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. Rol N° 1920-2000. Considerando Vigésimo.

oficio, según resulta de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 612 del Código de Procedimiento Penal.”<sup>110</sup>

Como vimos en el capítulo respectivo, se ha sostenido que el derecho a ser oído comprende el derecho a defensa material y técnica. Para la Corte Suprema, la naturaleza jurídica del procedimiento de desafuero no permite anticipar las garantías del debido proceso para que se les dé aplicación durante su tramitación. Para la Corte, si el Tribunal podía prescindir de la audiencia de las partes, prescindir de las pruebas que una de ellas pudiera presentar era una consecuencia lógica y perfectamente legítima de esa decisión.

De esta forma, el derecho a defensa en el procedimiento de desafuero del CdPP se encuentra expresamente restringido y su regulación permite al Tribunal respectivo (la Corte de Apelaciones) prescindir de la audiencia de las partes. La oportunidad de defensa técnica queda restringida aunque en la práctica el inculpado cuente con asesoría.

Cabe establecer si, en los casos resueltos por las respectivas cortes, esa restricción formal de hecho se verificó o si, por el contrario y a pesar de esa restricción, la defensa tuvo oportunidad cierta de ejercer su asesoría a favor del aforado y si éste contó con los medios y la oportunidad de requerir diligencias probatorias y presentar pruebas de descargo.

---

<sup>110</sup> SENTENCIA DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. Rol N° 1920-2000. Considerando Vigésimo Tercero.

### **3.3.- Posibilidad de Presentar Pruebas en el Procedimiento de Desafuero Contenido en el Código de Procedimiento Penal.**

El procedimiento regulado en el Código de Procedimiento Penal admite la presentación de pruebas, si se acepta que los derechos del inculpado que puede ejercer en cualquier juicio criminal, son procedentes también en éste.

Sabemos que uno de los elementos que el constituyente estimó que integraba la fórmula del “procedimiento racional y justo” fue la posibilidad de presentar pruebas de descargo durante el proceso.

El fallo que confirmó el desafuero del Senador Pinochet Ugarte, hizo expresa alusión a este hecho en su considerando vigésimo primero. Pero el mismo fallo negó que el desafuero fuera un juicio al que pudiera aplicársele las garantías del debido proceso.

Por la estructura del procedimiento inquisitivo, que otorga un protagonismo central a la actividad del Tribunal, el inculpado tiene pocas oportunidades de presentar pruebas de descargo. Paradigmáticamente, el procedimiento penal que regula el CdPP deja para la etapa de Plenario la posibilidad de presentar pruebas al acusado. Aunque es una oportunidad que el propio acusado puede rechazar, lo que ciertamente le resta el valor de “oportunidad” que el diseño del procedimiento pretende entregarle.

El Título III del Libro Segundo del CdPP indica de manera exhaustiva los elementos de prueba que pueden y deben ser objeto de indagación y la forma cómo ésta debe llevarse a cabo. Pero el objeto de esas reglas, dirigidas preferentemente al juez, es la comprobación de la existencia del hecho punible.

Este diseño ha sido objeto de innumerables objeciones, las que sirvieron como un motivo fundamental a la hora de decidir la reforma del procedimiento penal en nuestro país.<sup>111</sup>

En el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile de la Universidad Diego Portales (2003), respecto a la presentación de pruebas se afirmó, categóricamente que “En relación con la producción de la prueba debe tenerse presente que durante el sumario al imputado no se le reconoce prácticamente ningún derecho. Nuestro sistema inquisitivo le otorga al juez todas las facultades de investigación, de modo que sólo le corresponde a él disponer las diligencias y actividades probatorias que estime pertinentes, pudiendo desestimar las que le sean propuestas por las partes.”<sup>112</sup>

Si en la etapa del juicio criminal especialmente dedicada a la indagación de la existencia del hecho punible y la determinación de sus partícipes, la restricción a la posibilidad de presentar pruebas es un problema de estructura, cabe esperar que en un procedimiento caracterizado como “previo” al juicio y del que la Excelentísima Corte Suprema ha dicho que no se entienden

---

<sup>111</sup> Véase el Mensaje del Código Procesal Penal.

<sup>112</sup> CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP, 2003. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003. (en línea) <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2003/>> (consultada: 13 de agosto de 2013) p. 11-20

incorporadas las garantías del debido proceso en él dicha restricción se exprese en la imposibilidad de presentar prueba alguna de descargo.

A pesar de esto en la práctica, tal como adelantábamos, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han optado por permitir a los parlamentarios la presentación de pruebas y de excepciones previo a la resolución de las solicitudes de desafuero. La discusión ha derivado en si ambos tribunales deben analizar y pronunciarse sobre toda la prueba rendida por el parlamentario y sobre todas las excepciones hechas valer en el fallo o si, por el contrario, deben considerar las que se refieran a los elementos de juicio suficientes para establecer si se puede dar o no lugar a formar causa contra el aforado despojándolo, precisamente, de su fuero.

La opinión mayoritaria, acaso motivada por la necesidad de mayor certeza y exhaustivo control del análisis del caso (cuya consecuencia es particularmente seria para el parlamentario y el Congreso) ha sido la de preferir un examen total de las excepciones y prueba rendida por el parlamentario. La regulación legal permite, inclusive, que la Corte le confiera al juez de la causa “expreso encargo” para acumular datos o antecedentes que permitan “mejor resolver” la solicitud de desafuero. Aunque no lo expresa, no vemos inconveniente a que este encargo se extienda a la recepción de una determinada prueba que el parlamentario haya obtenido o que tenga en su poder por cualquier medio.

Es importante hacer presente que la jurisprudencia ha establecido que estas actividades de indagación y análisis de la prueba no constituyen un juicio previo sobre la existencia del hecho punible y la participación del parlamentario inculpado. En el fallo sobre el desafuero del Diputado Don Patricio Phillips Peñafiel, la Corte Suprema expresó que “es conveniente y necesario analizar con la mayor amplitud posible los antecedentes del proceso respectivo, sin que por eso se le otorgue el carácter de juicio a tales gestiones, ya que la resolución que le pone fin a este procedimiento, no determina una pena aplicable al delito ni ordena practicar investigación alguna tendiente a establecer la participación del parlamentario en el hecho de que se trata, sino que sólo se otorga en ella autorización para proceder criminalmente en su contra”.<sup>113</sup>

De este modo, aún cuando la regulación del procedimiento de desafuero faculta a la Corte que conoce de la solicitud para requerir del juez del crimen recabar antecedentes o reunir datos para una mejor resolución del asunto, lo que puede incluir la recepción de elementos de prueba derivados del inculpado, sólo por el recurso a la especialidad e importancia de lo que se resuelve se ha instalado la práctica de los Tribunales superiores de permitir a las partes, fundamentalmente al parlamentario inculpado, presentar pruebas de descargo durante el desafuero. Luego de la tajante calificación que la Corte Suprema hizo de la naturaleza jurídica del desafuero en el caso del Senador Augusto

---

<sup>113</sup> Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Santiago, Chile, Tomo LVI, N° 9 y 10, noviembre-diciembre de 1957, 2ª parte, Sección 4ª, p. 527-533.

Pinochet, al considerar que dado que no era un juicio propiamente tal no cabía reconocer a las partes el ejercicio de las garantías del debido proceso en él, no puede menos de resultar curioso que la práctica forense haya ignorado por tanto tiempo esta tesis y sus consecuencias.

### **3.4.- Posibilidad de Requerir la Práctica de Diligencias Probatorias.**

Tal como en el caso de la presentación de pruebas, a pesar de la regulación legal del desafuero y de los fallos que mayoritariamente lo consideran un antejuicio o trámite o gestión previa de un juicio y, por lo tanto, sobre el que no procede el ejercicio de las garantías procesales del debido proceso, la posibilidad de requerir diligencias probatorias resultó una práctica común ante las respectivas Cortes de Apelaciones.

De manera expresa el CdPP en su artículo 616 permite “realizar actuaciones que se refieran a la persona con el fuero...”, siempre que reciba “expreso encargo” de la Corte de Apelaciones que conoce de la solicitud de desafuero.

De la frase “realizar actuaciones”, como en el caso anterior, puede perfectamente entenderse llevar a cabo diligencias probatorias requeridas por la defensa del parlamentario. Durante la investigación del juez de la causa criminal en que figure un parlamentario es muy probable que su defensa requiera la práctica de diligencias de investigación. Bajo la lógica del sistema inquisitivo, el

juez puede negar lugar a su realización si no las considera conducentes a los fines del procedimiento.

En cuanto el juez solicita el desafuero y eleva los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva, ya no puede realizar diligencias de investigación o actuación alguna que se refiera al aforado. Pero la ley no prohíbe al inculgado solicitar a la Corte que realice diligencias de investigación. A pesar de la opinión de la jurisprudencia acerca de la operatividad de las garantías del debido proceso en el desafuero, en la práctica la defensa podría solicitar diligencias y la Corte tendrá que pronunciarse sobre dicha solicitud.

### **3.5.- Situación en el Procedimiento del Código de Procedimiento Penal.**

De acuerdo con lo analizado precedentemente, el procedimiento de desafuero del Código de Procedimiento Penal ha sido aplicado con una discrecionalidad particular. Fuera de la ineludible carga de que se trata de un sistema inquisitivo, el procedimiento de desafuero del CdPP supone un proceso y una investigación iniciados. Es el juez el que decidirá si eleva los antecedentes a la Corte de Apelaciones, si estima que los datos reunidos en su indagatoria pueden bastar para decretar la detención del aforado.

La discrecionalidad se ha manifestado en la tramitación dada por las respectivas cortes, algunas apegadas a la letra de la ley y otras que han hecho extensivas las reglas de tramitación del recurso de apelación de la sentencia

definitiva. De esa forma se ha permitido la solicitud de diligencias de prueba y la presentación de prueba en el desafuero. Asimismo, esta vez en concordancia con la ley, se ha resuelto encargar al juez de la causa la práctica de diligencias determinadas para mejor resolver la solicitud de desafuero.

Con todo, desde el punto de vista de la aplicabilidad de las reglas del debido proceso consagrado en Chile, el procedimiento de desafuero del CdPP adolece de los problemas propios de un sistema inquisitivo. En la perspectiva del Constituyente, un procedimiento racional y justo debe permitir “adecuado conocimiento de la acción”. El procedimiento de desafuero del CdPP, supone una investigación iniciada por alguno de los medios que el propio Código contempla. Pero sea cual sea el modo, se trata de una investigación, por regla general, secreta. Existe una evidente restricción de la posibilidad de conocer el contenido de la imputación para el parlamentario denunciado. En la práctica ante la solicitud de conocimiento del sumario por parte de la defensa, el tribunal puede negarse. Sólo después del transcurso de un número determinado de días desde el inicio del sumario, la defensa puede tener acceso total al contenido de la investigación, salvo que el juez estime que esta revelación puede ser peligrosa para el éxito de la misma. Esta resolución es apelable.

En cuanto a la posibilidad de producir prueba y requerir la realización de diligencias probatorias, nos remitimos a lo dicho en el capítulo respectivo. Al no contener reglas especiales, debe darse aplicación, por remisión expresa, a las reglas generales del CdPP. Entre ellas las que señalan los derechos del

inculpado. Debe tenerse presente que el derecho a defensa se ejercita a través de esas y otras garantías. Esto es especialmente relevante en este caso, como veremos, puesto que estuvo en el centro de los alegatos de los requirentes ante el Tribunal Constitucional por el procedimiento regulado en el CPP.

Como se analizó en su oportunidad, en el seno de la Comisión Constituyente se entendió que la fórmula escogida para consagrar el debido proceso en la Constitución era preferible a la indicación de todos los elementos que lo conformaban, pero que cuando se impugnara la aplicación de un precepto legal por no conformarse con el debido proceso legal la Corte Suprema tendría que zanjar la controversia e indicar si una regla determinada pugna con el procedimiento racional y justo y debía quedar sin aplicación al caso concreto.<sup>114</sup>

También formó parte de las consideraciones de la Comisión Ortúzar, el hecho de que el análisis de lo que integra el debido proceso debía partir de un mínimo de contenido y expresarse en la naturaleza del proceso mismo de que se tratara.

En base a estas consideraciones, la naturaleza del procedimiento cuyas reglas fueran impugnadas es un antecedente esencial para que se resuelva si se ha dado aplicación o no al debido proceso.

---

<sup>114</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN ORTÚZAR, Sesión N° 103, p. 16 y 17.

Desde luego la cuestión sobre la naturaleza del procedimiento de desafuero del CdPP fue objeto de variadas controversias. La Corte Suprema, en el desafuero del Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte, consideró que el desafuero era un trámite previo o “requisito de procedibilidad”, con lo que concluyó que las garantías del debido proceso no le eran aplicables.

Esta resolución de la Corte Suprema cerraba la discusión acerca de la naturaleza del desafuero y, ciertamente, sobre la observancia de las garantías del procedimiento racional y justo en su desarrollo. La resolución de la Corte respondía a la afirmación y alegato de la defensa del Senador no en cuanto a la naturaleza jurídica del desafuero (la defensa estimaba que se trataba de un juicio especial, al que le eran aplicables todas las garantías del debido proceso) sino a la posibilidad concreta de ejercer su defensa por motivos de salud. La defensa estimaba que la condición de salud como factor limitador de la capacidad de ejercer su defensa debía resolverse de manera previa en el juicio y no después de declarado el desafuero.

### **3.6.- Procedimiento de Desafuero en el Código Procesal Penal.**

El nuevo Código Procesal Penal trata en un Título especial del Libro Cuarto, dedicado a los Procedimientos Especiales, el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional. En el Título IV desarrolla las

reglas del desafuero parlamentario y el de Intendentes y Gobernadores, para el que se remite a las normas del primer párrafo, relativo a los parlamentarios.

Sus reglas son las siguientes: "Título IV. Procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional. Párrafo 1º Personas que tienen el fuero del artículo 58 de la Constitución Política.

Artículo 416.- Solicitud de desafuero. Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga el fuero a que se refieren los incisos segundo 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 solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra.

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

Artículo 417.- Detención in fraganti. Si el aforado fuere detenido por habersele 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.

Artículo 418.- Apelación. La resolución que se pronunciare sobre la petición de desafuero será apelable para ante la Corte Suprema.

Artículo 419.- Comunicación en caso de desafuero de diputado o senador. Si la persona desaforada fuere un diputado o un senador, una vez que se hallare firme la resolución que declarare haber lugar a formación de causa, será comunicada por la Corte de Apelaciones respectiva a la rama del Congreso Nacional a que perteneciere el imputado. Desde la fecha de esa comunicación, el diputado o senador quedará suspendido de su cargo.

Artículo 420.- Efectos de la resolución que diere lugar a formación de causa. Si se diere lugar a formación de causa, se seguirá el procedimiento conforme a las reglas generales.

Sin embargo, en el caso a que se refiere el inciso primero del artículo 416, el juez de garantía fijará de inmediato la fecha de la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a la recepción de los antecedentes por el juzgado de garantía. A su vez, la audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro del plazo de quince días contado desde la notificación del auto de apertura del juicio oral. Con todo, se aplicarán los plazos previstos en las reglas generales cuando el imputado lo solicitare para preparar su defensa.

Artículo 421.- Efectos de la resolución que no diere lugar a formación de causa. Si, en el caso del inciso primero del artículo 416, la Corte de Apelaciones declarare no haber lugar a formación de causa, esta resolución producirá los efectos del sobreseimiento definitivo respecto del aforado favorecido con aquella declaración.

Tratándose de la situación contemplada en el inciso tercero del mismo artículo, el juez de garantía no admitirá a tramitación la querrela y archivará los antecedentes.

Artículo 422.- Pluralidad de sujetos. Si aparecieren implicados individuos que no gozaren de fuero, se seguirá adelante el procedimiento en relación con ellos.

Párrafo 2º Intendentes y Gobernadores

Artículo 423.- Remisión a normas del Párrafo 1º. El procedimiento establecido en el Párrafo 1º de este Título es aplicable a los casos de desafuero de un intendente o de un gobernador, en lo que fuere pertinente.”.

El CPP regula el desafuero conforme a una distinción previa: si se trata de la solicitud de desafuero por delitos de acción penal pública o privada. A continuación abordaremos la regulación en cada caso.

### **3.7.- Desafuero en los Delitos de Acción Penal Pública.**

En el Título III del Libro Primero del Código Procesal Penal, se regula la acción penal. Para el nuevo sistema procesal en lo penal, existen clases de

acciones, que clasifica en acción penal pública, pública previa instancia particular y privada.

La regulación del Código Procesal Penal en cuanto a los delitos de acción penal pública tiene la siguiente estructura: en su artículo 53, establece que la acción penal pública “deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.”

Respecto a la acción penal pública previa instancia particular, el artículo 54 indica que “no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía.”

El ejercicio de la acción penal pública debe verificarse, según lo previsto por el artículo 166 del CPP, “Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley.”

Como se ha analizado, los incisos segundo y tercero 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 libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza

previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema.

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

Por su parte, el CPP regula en el Libro Cuarto los Procedimientos Especiales. En el Título IV se ubica el artículo 416 que en sus incisos primero y segundo señala: “Solicitud de desafuero. Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga el fuero a que se refieren los incisos segundo 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 solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra.”

Según estas reglas, son requisitos para solicitar el desafuero parlamentario por delitos de acción pública, que la investigación se encuentre cerrada, que el Fiscal estime que procede formular acusación contra un aforado y que la Corte de Apelaciones respectiva declare, con el mérito de los

antecedentes que el Fiscal le remita, haber lugar a formación de causa contra el parlamentario.

Sólo el Fiscal del Ministerio Público es sujeto activo de la solicitud de desafuero. En tanto el juez de garantía no tiene facultad alguna de investigación ni puede tomar iniciativa en la persecución penal, no puede solicitar el desafuero de un parlamentario aunque estime que existen antecedentes para ello.

El sujeto pasivo de la solicitud debe ser un parlamentario. En caso de tratarse de un delito flagrante, el inciso tercero del artículo 61 de la Constitución Política de la República dispone 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”. El inciso anterior dispone la necesidad de que el Tribunal de alzada respectivo declare haber lugar a formación de causa. Conforme con esto y las disposiciones pertinentes del Código y la Constitución, un particular puede detener a un parlamentario que esté cometiendo un delito flagrante, con el objeto de ponerlo a disposición del Tribunal respectivo, a través de su entrega al Ministerio Público o las policías.

En este caso, el Fiscal cumplirá con lo dispuesto por el artículo 417 del CPP. Se trata de un supuesto en el que opera una suspensión temporal del

fuego del Parlamentario, puesto que puede ser detenido para ser puesto a disposición de la autoridad judicial respectiva.

En el supuesto de que el parlamentario hubiere cometido un delito que autorice solicitar su detención, el fiscal puede solicitarla al igual que la prisión preventiva y cualquier otra medida cautelar personal o real, pero siempre deberá obtener de la Corte de Apelaciones respectiva la declaración de haber lugar a formación de causa antes de solicitar tales medidas. Éstas no podrán llevarse a efecto sin la previa declaración de la Corte de Apelaciones.

En resumen, en el caso de requerir el desafuero por un delito de acción penal pública, el Fiscal elevará la solicitud junto con los antecedentes de la investigación ya cerrada, que a juicio del Ministerio Público sean suficientes para formular acusación contra el parlamentario, a la Corte de Apelaciones respectiva. Dicho Tribunal deberá analizar los antecedentes y declarar si ha o no lugar al desafuero.

En caso de que se declare haber lugar a formación de causa y se produzca el desafuero del parlamentario, el CPP establece en su artículo 420, que el procedimiento seguirá conforme con las reglas generales. Agrega que en este caso, el juez de garantía deberá fijar “de inmediato” la fecha para que se lleve a cabo la audiencia de preparación de juicio oral.

Si no se diere lugar a formar causa contra el parlamentario, el artículo siguiente del Código indica que esa resolución “producirá los efectos del sobreseimiento definitivo respecto del aforado...”

Como corolario de este apartado, debe destacarse que, tal como en el caso del desafuero por delitos de acción privada, la regulación del desafuero por delitos de acción penal pública tampoco contiene una regla expresa que señale un término probatorio o la forma y oportunidad en que los intervinientes pueden requerir diligencias o presentar pruebas de descargo. Simplemente se ha entendido que, dado que el Ministerio Público deberá conducir una investigación de los hechos por los que se solicite el desafuero, la defensa del parlamentario podrá ejercer su derecho de requerir diligencias de prueba durante esa investigación, así como presentar las que estime pertinentes. Su intervención, así como la actividad del Ministerio Público, se regirá por las reglas generales que el propio Código contempla.

### **3.8.- Desafuero en los Delitos de Acción Penal Privada.**

Respecto de la acción penal privada, el CPP expresa en el inciso tercero de su artículo 53 que ésta “sólo podrá ser ejercida por la víctima.”

En el artículo 55 el nuevo sistema procesal se encarga de indicar qué delitos sólo pueden perseguirse por acción privada. “Artículo 55.- Delitos de acción privada. No podrán ser ejercidas por otra persona que la víctima, las

acciones que nacen de los siguientes delitos: a) La calumnia y la injuria; b) La falta descrita en el número 11 del artículo 496 del Código Penal; c) La provocación a duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado, y d) El matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.”

El procedimiento por acción penal privada está regulado en el Libro Cuarto del CPP, al igual que el procedimiento de desafuero, en el Título II. Allí, el artículo 400 establece que el procedimiento por delitos de acción privada “comenzará sólo con la interposición de la querrela por la persona habilitada para promover la acción penal, ante el juez de garantía competente.”

La querrela que da inicio al procedimiento por los delitos señalados en el artículo 55 del Código Procesal Penal, debe cumplir con los requisitos que indica el artículo 113 del CPP, ubicado en el Párrafo 7º del Título IV denominado “Sujetos Procesales” y que forma parte del Libro Primero del CPP.

El inciso tercero del artículo 416 del CPP establece el procedimiento de desafuero por los delitos de acción privada a que se refiere el artículo 55 del mismo Código. Dicha regla indica: “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”.

Esta regla ha motivado la presentación de varios requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en su contra. El alegato fundamental de los requerimientos ha sido que dicho precepto viola la garantía constitucional del derecho a un procedimiento racional y justo. En base a la consideración de que la regla no incluye la posibilidad expresa de presentar pruebas y, en su sentido literal, excluye cualquier otro medio de valoración para la Corte de Apelaciones que no sea el mérito de lo expuesto en la misma querella que da inicio al procedimiento, con lo que el derecho de defensa se ve absolutamente restringido, lo que hace inaplicable por inconstitucional este procedimiento para resolver sobre el desafuero de un parlamentario.

En la práctica, si un ciudadano quisiera ejercer la acción penal privada contra un parlamentario, deberá presentar una querella. Su querella no será objeto de un control de admisibilidad formal por el juez de garantía respectivo. Bastará que éste advierta que el querellado es actualmente un parlamentario para que deba remitir la querella a la Corte de Apelaciones. Y sólo con la querella, aparentemente, debe resolver la Corte si existe mérito para dar lugar a formar causa contra un parlamentario y despojarlo de su fuero. Examinaremos si estas previsiones son consistentes con la normativa y los fallos pronunciados por los tribunales superiores y el Tribunal Constitucional.

Debe agregarse que, en caso de que la Corte de Apelaciones respectiva declare ha lugar a formar causa contra el parlamentario “se seguirá el procedimiento conforme a las reglas generales”. Debe entenderse que las

reglas a que remite esta norma del artículo 420, son las que se contienen en el Título II del Libro Cuarto, relativo al Procedimiento por delito de acción privada, contenido en los artículos 400 al 405. Éste último indica las normas supletorias del procedimiento, que corresponderán a las del procedimiento simplificado, contenido en el Título I del mismo Libro Cuarto.

En caso de que la Corte de Apelaciones declare no haber lugar a formar causa contra el parlamentario, el inciso segundo del artículo 421 del CPP indica que “el juez de garantía no admitirá a tramitación la querrela y archivará los antecedentes”.

### **3.9.- Situación en el Procedimiento del Código Procesal Penal.**

El procedimiento de desafuero en el Código Procesal Penal es un procedimiento especial. Forma parte del Libro Cuarto del Código, que se refiere a los Procedimientos Especiales. Pero, tal como en el caso de la regulación del CdPP, esto no ha evitado la discusión acerca de su naturaleza jurídica. Y desde ahí, a la aplicabilidad de las reglas del debido proceso para su desarrollo.

La objeción común a todas sus impugnaciones constitucionales ha pasado por la falta de un reconocimiento expreso de un periodo o término probatorio, que permita a la defensa ejercer su derecho a solicitar y aportar pruebas de descargo.

Dado que el nuevo proceso penal señala el momento procesal desde que una persona puede ejercer sus derechos o garantía constitucionales, entre las cuales se encuentra el de requerir diligencias y presentar sus pruebas de descargo, la determinación del catálogo de garantías de que goza un imputado con fuero parlamentario no debiera ser problemática.

Desde el artículo 4, que reafirma la presunción de inocencia y la prohibición de un trato de culpable a una persona no condenada, a los artículos 8, 93 y 102, el procedimiento de la reforma se ocupa de establecer con claridad que todos los procedimientos que se sigan en contra de un imputado deben permitir el ejercicio de todos los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. El derecho de presentar pruebas de descargo y requerir diligencias probatorias para impugnar los cargos, forman parte de las garantías que el nuevo proceso penal reconoce a todos los imputados, desde “las primeras actuaciones del procedimiento” y “hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare”.

El procedimiento de desafuero no puede entenderse como una excepción. Sistemáticamente, se trata de un procedimiento especial. Uno entre el procedimiento simplificado, por acción privada, abreviado, querrela de capítulos, extradición, aplicación de medidas de seguridad y ejecución de sentencias. Es improbable que el legislador, sin manifestarlo de forma expresa, hubiera considerado al desafuero como un procedimiento en el que no puedan ejercitarse los derechos y garantías plenamente aplicables en los demás.

Sin embargo, el legislador sí consideró que debía distinguirse entre el procedimiento de desafuero para delitos de acción penal pública y acción penal privada. No hay antecedentes históricos que permitan dilucidar con mayor precisión las razones de esta distinción. Ni tampoco de la regulación mínima del desafuero para el caso de que se ejerciere la acción penal privada. La escasa regulación puede obedecer a que, en el mismo título, se reguló con mayor detalle el procedimiento por delitos de acción privada, con lo que pudo estimarse innecesario reproducir en otro apartado las reglas que ya se habían desarrollado in extenso previamente.

Sin embargo, no se tuvo en cuenta –al menos la ausencia de otra explicación permite suponerlo- que la ausencia de reglas que señalaran de manera expresa qué derechos y garantías formaban parte del procedimiento de desafuero del CPP colocaba en una situación precaria la constitucionalidad del mismo. La omisión del legislador conduciría a una serie de impugnaciones de parlamentarios querellados por injurias y calumnias, quienes vieron en la falta de reglas sobre el término probatorio y la oportunidad de rendir prueba y requerir diligencias para desvirtuar los cargos, una ausencia sustancial de los elementos mínimos del debido proceso, que ya en la Comisión Constituyente se habían mencionado como perennes integrantes de un procedimiento racional y justo.

### **3.10.- Desafuero y Debido Proceso en los Delitos de Acción Penal Pública.**

La aplicación del debido proceso en el desafuero por delitos de acción penal pública no parece presentar problemas. Base fundamental para esta consideración, es el hecho de que el Ministerio Público solicitará a la Corte de Apelaciones respectiva el desafuero, una vez cerrada la investigación. En esa hipótesis, es muy probable que la defensa haya tenido plena actividad de asesoría y representación y de defensa técnica en favor del aforado. Habrá solicitado diligencias al Ministerio Público y presentado pruebas de descargo conducentes. En caso de que el Ministerio Público hubiere negado el llevar a cabo determinadas diligencias, habrá ejercido en tiempo y forma los derechos que la ley procesal le reconoce para que la actividad de investigación sea objetiva y eficiente.

Un reclamo de ilegalidad o violación de garantías durante esa investigación supondrá la reacción esperable de la defensa del aforado para evitar perjuicios y mantener la actividad del ente persecutor dentro de los márgenes constitucionales y legales.

El Ministerio Público debe remitir los antecedentes de la investigación a la Corte de Apelaciones respectiva. De acuerdo con la redacción del artículo 416 del CPP, la Corte declarará si ha lugar a formación de causa “si hallare

mérito”. No cabe sino estimar que el mérito que la Corte se abocará a hallar, sólo podrá resultar de los antecedentes que la investigación le provea.

A diferencia de la regulación expresa del CdPP, en el nuevo Código no hay normas que indiquen la facultad de la Corte para requerir diligencias al Ministerio Público. Este modelo es coherente con la división de funciones propias de un sistema acusatorio, en el que la judicatura no tiene, por regla general, facultades para dirigir la investigación de los hechos que motivan la solicitud.

En un aspecto de la regulación del desafuero para los delitos de acción penal pública se ha concentrado mayor interés de la doctrina y la jurisprudencia. Se refiere a que la norma constitucional no permite la acusación ni la privación de libertad de un parlamentario si antes no se declara haber lugar a formar causa en su contra. Sobre la acusación, se trata de un término incorporado en la norma por la reforma de la Ley N° 20050 de agosto del 2006, que vino a reemplazar el artículo 58 de la CPR para adecuar la terminología del nuevo CPP a algunas normas constitucionales.

Pero la dificultad interpretativa surgió a partir de la expresión “privación de libertad” y su alcance. La norma constitucional exige la declaración del desafuero para privar de su libertad a un parlamentario, con la excepción calificada del delito flagrante, caso en el cual su detención supone la suspensión transitoria de su privilegio, con el único fin de ponerlo a disposición de la autoridad competente.

La privación de libertad comprende todas aquellas situaciones en las que el parlamentario se vea efectivamente privado de su derecho. Se incluye en ella el arresto, detención, prisión preventiva o prisión que el aforado sufra por causa de su desafuero y conforme las reglas sobre medidas cautelares que el Código establece. Pero el Código Procesal Penal agrega al ordenamiento jurídico figuras de restricción o perturbación –probablemente también amenaza- de la libertad personal de los imputados como medidas cautelares que el Ministerio Público puede solicitar y el juez de garantía decretar conforme las reglas dispuestas al efecto. En esos casos, debe establecerse si previo al desafuero o una vez declarado éste, dichas medidas cautelares corresponden a una privación de libertad en términos constitucionales o no. De entenderse que la restricción, la perturbación o la amenaza de la libertad personal del aforado integran la expresión “privación de libertad” del artículo 61, no puede decretarse una medida cautelar que, aunque no prive al parlamentario de su libertad, la restrinja, perturbe o amenace, sin que previamente se solicite el desafuero a la Corte de Apelaciones respectiva y ésta así lo declare.

Si, en cambio, se interpreta que sólo la privación de la libertad personal del aforado requiere de la declaración de ha lugar a formar causa en su contra por la Corte de Apelaciones respectiva, todas las demás hipótesis de aplicación de medidas cautelares pueden ejercerse en su contra, en tanto no sobrepasen el grado de restricción, perturbación o amenaza a su derecho.

Este problema fue planteado ante el Tribunal Constitucional con ocasión del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la regla del artículo 231 del CPP, que establece el procedimiento para la comparecencia del imputado no detenido a la audiencia de formalización. El requerimiento, formulado por la diputada María Amelia Herrera Silva, se fundaba en que la citación infringía el artículo 61 de la CPR, puesto que se había cursado bajo el apercibimiento del artículo 33 del CPP. La posibilidad de ser arrestada y conducida en esa calidad a la respectiva audiencia, importaba una amenaza a su libertad personal, situación que estaba prohibida por la Constitución por la consideración de la garantía del artículo 19 N° 7 con relación al artículo 61 de la Carta Fundamental.

La sentencia Rol N° 736-2007 del Tribunal Constitucional razonó sobre los supuestos que contempla la norma constitucional del artículo 61 para fundar una solicitud de desafuero parlamentario. En su considerando noveno, el TC expresó: “**NOVENO.** Que, en consecuencia, lo que el inciso segundo del artículo 61 de la Carta Fundamental prohíbe mientras la Corte de Apelaciones respectiva en pleno no apruebe previamente el llamado “desafuero” del parlamentario, son dos actuaciones precisas y determinadas: acusar y privar de libertad. Si la Carta Fundamental exige la gestión previa del desafuero para practicar esas dos actuaciones procesales, resulta claro que no las exige para otras. Frente a las restantes actuaciones del proceso penal, como puede ser la

formalización, el parlamentario no goza de inmunidad o fuero. Ante tan claro lenguaje constitucional, no corresponde al intérprete extender estos privilegios en desmedro de la igualdad ante la ley y la justicia, pues excepciones como la del fuero, por justificadas que sean, requieren -precisamente por su carácter de privilegios- de norma expresa que las establezca, pues son de derecho estricto”.

De esa manera, el TC planteaba que la actuación que se llevaría a cabo en la causa que motivaba el requerimiento –la formalización de cargos contra la parlamentaria- no era de aquellas que para llevarse a cabo exigían la declaración de haber lugar a formar causa de la Corte de apelaciones respectiva. La acusación, nuevo vocablo empleado en la Constitución a partir de la reforma de la ley 20050 del 2005, venía a reemplazar el término “procesamiento” del antiguo sistema de persecución penal. A pesar de las evidentes diferencias entre uno y otro, el legislador se refería a la acusación como un instituto procesal muy definido y que suponía una investigación previa en la que se hubieren reunido las pruebas suficientes sobre la existencia del hecho punible y la participación del aforado en él.

Por lo demás, el TC destaca en su considerando decimocuarto que “así como la formalización de la investigación constituye una etapa procesal distinta de la acusación, no importa, tampoco, la privación automática de derechos del imputado como el derecho a la libertad personal, por lo que no transgrede el segundo supuesto constitucional que hace procedente el desafuero de un

parlamentario cual es la privación de su libertad;”. Sin embargo, la sentencia razona luego sobre los medios que la ley procesal contempla para que la audiencia de formalización se lleve a cabo con la presencia de los intervinientes.

En sus considerandos finales, el TC expresa que la citación a la audiencia de formalización, bajo el apercibimiento del artículo 33 del CPP (que en su inciso tercero establece: “El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva. Tratándose de los testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere, podrán ser arrestados hasta la realización de la actuación por un máximo de veinticuatro horas e imponérseles, además, una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales.”) constituye un constreñimiento al parlamentario, por un medio coercitivo, para comparecer a la audiencia. Con el apercibimiento, como lo expresa la sentencia en su considerando decimoséptimo, “efectivamente se estaría afectando su libertad personal, lo que no puede hacerse sin previo desafuero del imputado;”.

La sentencia declara, por consiguiente, “Que se acoge el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, sólo en cuanto el tribunal de garantía de Quilpué no podrá apercibir a la requirente con las medidas de apremio establecidas por el artículo 33 del código procesal penal, al citarla para la audiencia de formalización de la investigación penal en su contra, solicitada por

el ministerio público, sin que previamente la corte de apelaciones de la jurisdicción respectiva, mediante resolución firme, haya declarado haber lugar a la formación de causa por alguno de los hechos punibles que se le imputan.”

Desde luego esto supone consecuencias importantes para el desafuero en los delitos de acción pública. Como sabemos, el artículo 61 de la CPR exige el desafuero para proceder en contra de un parlamentario si se quiere privarlo de su libertad o acusarlo. La acusación es una actuación procesal específica del nuevo procedimiento penal, tal como la propia sentencia lo destaca en sus considerandos. El término corresponde a la adecuación de los vocablos en uso por el CPP para la Constitución.

Recordemos que según lo previsto por el artículo 248 del CPP, una vez que el fiscal declara cerrada la investigación, puede tomar una de varias resoluciones respecto a la misma. Entre ellas, la de la letra b) del mismo artículo, esto es, formular acusación según el parámetro que consigna la propia regla. Si decide este camino, debe presentar dentro del plazo legal una acusación por escrito con estricta sujeción a los requisitos de contenido que le señala el artículo 259. Y el inciso final de esa norma, señala que “La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.”

Lo anterior supone que el Ministerio Público no tiene la facultad de acusar a una persona por un hecho determinado y, con ello, abrir la etapa intermedia del proceso penal sin antes haber procedido a formalizar cargos en

su contra en la audiencia señalada al efecto. El problema que surgirá para el Ministerio Público es que no podrá citar al parlamentario para formalizar cargos en su contra bajo apercibimiento de arresto, puesto que eso supone constreñirlo por un medio coercitivo a comparecer, sin que previamente se le haya dado lugar a formar causa en su contra por la Corte de Apelaciones respectiva. Esto implica que, previo a formalizar cargos, deberá solicitar el pronunciamiento de la Corte sobre el desafuero del parlamentario. Y tendrá que hacerlo con una investigación lo más completa posible a fin de reducir el riesgo de que la Corte estime que los antecedentes que se le presentan son insuficientes para entender que puede seguirse la causa contra el aforado y que éste pierda por esto su fuero.

Anexo a ese problema práctico puede darse otro escenario que, esta vez, afecte a la defensa del parlamentario en lugar de al Ministerio Público. Conforme la regla del artículo 248 del CPP, una vez cerrada la investigación, el Ministerio Público puede comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento, “por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación”.

El inciso final de esa regla indica que la comunicación de no perseverar, “dejará sin efecto la formalización de la investigación”, junto a otros efectos. Para comunicar la decisión de no perseverar el fiscal lo requerirá al juez de garantía quien citará a una audiencia a todos los intervinientes. En dicha audiencia puede reabrirse la investigación, conforme se configuren las hipótesis

que plantea el artículo 257 del CPP. Pero si el Ministerio Público mantiene su decisión y hay un querellante en la causa, éste puede solicitar al juez de garantía que lo faculte para ejercer el derecho a sostener la acusación en los mismos términos que el Ministerio Público, conforme los incisos 3 y 4 del artículo 258 del CPP.

En la práctica, una investigación formalizada que el Ministerio Público no tiene interés en proseguir, puede ser objeto de acusación particular. Y también una investigación no formalizada. En esta última hipótesis, no habrá necesidad de formalización puesto que ésta nunca se llevó a cabo (supóngase una investigación por un delito de lesiones menos graves) y la ley lo permite. El Ministerio Público no está obligado a llevar a cabo una formalización de cargos para investigar un hecho. Generalmente un caso como éste sucederá si no hay certeza de la identidad de quien participó en el hecho, pero puede perfectamente deberse al uso del criterio jurídico del fiscal a cargo del caso. Aunque no profundizaremos en este punto, cabe preguntarse de qué forma se encuentra el derecho a defensa del aforado más expuesto a afectación. Si un querellante puede solicitar su desafuero sin necesidad de formalizarlo (lo que supone al menos su mínima intervención en la investigación) se enfrentará a un juicio en el que su posibilidad concreta de examinar la prueba de cargo, presentar pruebas y requerir diligencias estará muy disminuida.

### **3.11.- Desafuero y Debido Proceso en los Delitos de Acción Penal Privada.**

Nos referiremos ahora a los delitos de acción privada. Sobre este tipo de acción es que se ha requerido más veces un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En todas ellas el elemento fundamental de impugnación del procedimiento ha sido la constatación de una omisión: el inciso tercero del artículo 416 del CPP no contempla de manera expresa la oportunidad y forma en que la defensa podrá presentar pruebas de descargo o requerir diligencias al Ministerio Público. Y la Corte de Apelaciones respectiva tendrá que decidir si ha o no lugar a formar causa contra el parlamentario –cuyo efecto es la suspensión de su cargo- con el mérito de la querrela presentada por un particular ante un juez de garantía.

Se ha requerido de inconstitucionalidad, puesto que tal omisión, a juicio de los requirentes, impide el ejercicio del derecho a un procedimiento racional y justo. Dado que la defensa no puede presentar pruebas ni requerir diligencias probatorias ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones que resuelva la solicitud, tal procedimiento carece de las garantías mínimas que la Constitución reconoce a todo aquel cuyos derechos deban ser objeto de una resolución de un órgano que ejerza jurisdicción.

Se ha alegado que con el mérito de los antecedentes de la querrela que un particular presente contra un parlamentario, la Corte debe decidir si autoriza el desafuero, cuyo efecto inmediato es la suspensión del cargo del Parlamentario hasta que concluya todo el proceso que se inicia en su contra. Este procedimiento privaría al parlamentario de su garantía de un procedimiento racional y justo, puesto que se ejercerá jurisdicción y se dictará sentencia sin permitir que la defensa cuestione las pruebas de cargo y presente sus pruebas de descargo.

La regla impugnada es la siguiente: Artículo 416, inciso 3º: “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. “ La declaración a que alude es la de ha lugar a formar causa que la Corte de Apelaciones respectiva hará, si encuentra mérito para ello.

Esta regla, como toda regla legal, debe interpretarse. La interpretación que los sucesivos requirentes ante el Tribunal Constitucional han hecho es la que se ha expuesto más arriba. Entienden que un procedimiento de desafuero, independiente de su naturaleza jurídica, termina por una resolución de un órgano que ejerce jurisdicción que debe considerarse una sentencia. Una sentencia que, ciertamente, se pronuncia sobre un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico y cuyo ejercicio corresponde al parlamentario, pero su

objeto es aún más amplio: evitar la perturbación frívola del buen funcionamiento del Congreso y de la representación que el parlamentario ejerce.

Para analizar la afirmación de quienes han presentado requerimientos de inconstitucionalidad de esta norma, debemos establecer una interpretación posible de la misma. Para esto, es indispensable relacionarla con las otras reglas, constitucionales y legales, que son relevantes en este asunto.

Los artículos 19 N° 3 y 61 de la Constitución Política de la República, por una parte. Y los artículos del Código Procesal Penal que reconocen los derechos y garantías que todo imputado tiene en un procedimiento o investigación.

El artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental consagra el debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico. Hemos expuesto la historia de su formulación y su alcance en capítulos anteriores. Se trata de una garantía constitucional. Tal como expresamos siguiendo a Rettig, en cuanto a su naturaleza jurídica, constituye una garantía cuya protección es exigible por titulares determinados al poder público en cada ocasión en que éste deba decidir sobre la afectación de derechos subjetivos públicos.<sup>115</sup>

El artículo 61 de nuestra Constitución Política, contiene la regla sobre la inviolabilidad y el fuero parlamentario y las hipótesis por las que un congresal puede ser despojado de su fuero.

---

<sup>115</sup> MAURICIO RETTIG. El debido proceso ¿es un derecho o una garantía? Op. Cit. p. 8

Esto debe vincularse directamente con un efecto del desafuero que consagra la regla del artículo 61 de la Constitución. En su inciso final, dicha norma señala que: “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”. El desafuero no sólo implica el cese del privilegio y protección de que goza un parlamentario desde el momento y con los efectos que la regla señala, sino que lo priva –y por extensión a la cámara a la que pertenece- del ejercicio de la representación política que detenta. La suspensión del cargo es un efecto decisivo a la hora de analizar si las normas sobre el desafuero deben observar los requisitos de racionalidad y justicia que garantiza el debido proceso en Chile. Si entendemos la suspensión en su sentido práctico, se trata de una sanción. Una sanción que priva a una persona de un derecho del que goza por mandato constitucional: la representación política. Y si es una sanción, entonces ésta no puede ser aplicada por un procedimiento de cualquier naturaleza sin observar las reglas del debido proceso. El procedimiento que pueda privar a una persona de un derecho de que actualmente goza debe ser racional y justo.

Ahora bien, lo que debe establecerse es si el procedimiento de desafuero por delitos de acción penal privada es racional y justo en los términos en que el constituyente entendió que debía serlo. Para esto, también debemos considerar las reglas del CPP que son aplicables a ese procedimiento y si ellas remiten a un debido proceso en términos constitucionales.

Como expusimos en el capítulo correspondiente, el derecho a defensa posee una dimensión material y otra técnica. Por la primera, el imputado cuenta con la garantía de ejercer todos los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico le reconoce. Por medio de ellos, el imputado ejercita su “derecho a ser oído” por el Tribunal. El derecho a defensa material, comprende la facultad del imputado (que no puede ser restringida de manera arbitraria) de conocer el contenido de la acusación, presentar pruebas que sirvan para desvirtuar las afirmaciones del acusador y fundamentar las propias y requerir diligencias conducentes a descartar o atenuar su responsabilidad, por sí solo o representado por un defensor de su confianza.

Las convenciones internacionales suscritas por Chile y vigentes, hablan de que “Durante el Proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) “A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; d) “A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre un defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.”<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> PIDCP. ARTÍCULO 14.

Por su parte, el artículo 8 número 2, letras c), d) y e) de la CADH, señala que “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;”

En lo fundamental, ambos instrumentos internacionales nos remiten a un contexto más que a un procedimiento específico: el PIDCP y la CADH reconocen estos derechos del imputado “durante el proceso”. El Título I del Libro Primero del Código Procesal Penal, denominado “Principios Básicos”, consagra en su artículo 4 la presunción de inocencia del imputado. “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”. En su artículo 8 define el ámbito de la defensa: “El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.” Esta última regla debe relacionarse directamente con los artículos 93, letra b y 102 del mismo

cuerpo legal. Por esta relación se entiende que la asistencia de un letrado y los demás derechos del imputado pueden ser ejercidos por éste desde los actos iniciales de la investigación, aún antes de llevarse a cabo la audiencia de formalización de cargos o la acusación y hasta la completa ejecución de la sentencia.

El Código Procesal Penal no indica en términos generales o específicos si en alguno de los procedimientos que regula, el ejercicio de los derechos del imputado puede ser restringido o perturbado. Es más, en el artículo 10 consagra un mecanismo de control interno y externo de la posibilidad concreta de ese ejercicio, la cautela de garantías. Esta acción cautelar puede ejercerse “en cualquier etapa del procedimiento”, de oficio o a petición de parte. La constatación de la incapacidad del imputado de “ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” debe dar lugar a las medidas necesarias para permitir ese ejercicio. Ante la insuficiencia de dichas medidas para “evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado”, el juez puede suspender el procedimiento, para citar a los intervinientes a una audiencia y “con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere”, resolver la continuación del procedimiento o decretar el sobreseimiento temporal del mismo.

En otros términos, el Código Procesal Penal fue escrupuloso en indicar que aún antes de incoarse un proceso, el imputado tiene derechos y garantías. Y que de producirse alguna incapacidad para ejercerlos es deber del juez de garantía analizar los antecedentes para resolver si el procedimiento puede continuar o no. En Chile no puede seguirse un proceso si el imputado no puede, de hecho, ejercer sus derechos “desde los actos iniciales de investigación y hasta la completa ejecución de la sentencia.” Nuestro Código fue, incluso, un poco más allá de los instrumentos internacionales que consagraban los derechos o garantías procesales en el contexto del proceso, adelantando su vigencia y operatividad a la investigación.

El procedimiento de desafuero por delitos de acción privada es un procedimiento especial del Código Procesal Penal. Como tal, le son aplicables las reglas examinadas y las que consagran los diversos instrumentos internacionales suscritos por Chile y vigentes. Su formulación legal es deficiente por insuficiente. Pero de ello no se deriva, necesariamente, que no se ajuste a los requerimientos del debido proceso en su formulación constitucional.

El procedimiento de desafuero descrito en el inciso tercero del artículo 416 del CPP sólo puede iniciarse por querrela. Y antes de que el juez de garantía competente revise el cumplimiento de los requisitos formales de la querrela para admitirla o no a tramitación, el querellante deberá remitir los antecedentes a la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva. La Corte deberá

analizar dichos antecedentes y, si halla mérito, declarar si ha o no lugar a formación de causa contra el parlamentario, despojándolo de su fuero.

Los requerimientos de inaplicabilidad impugnan este procedimiento porque afirman que en él no se contempla un término probatorio o la posibilidad expresa de presentar pruebas de descargo. No puede ejercerse el derecho a defensa y esto representa una infracción al debido proceso insubsanable.

Sin embargo, el análisis del precepto y la interpretación sistemática de las reglas constitucionales, normas de tratados y convenios internacionales y preceptos legales del CPP parecen desmentir esa afirmación.

En primer término, debemos despejar una inquietud expuesta con anterioridad sobre este asunto. Se trata de la naturaleza jurídica del desafuero. Su consideración como juicio especial fue particularmente relevante para la defensa del Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte, como se reseña en otros capítulos de este trabajo. En su oportunidad argumentaron que el carácter de juicio que las reglas del antiguo Código de Procedimiento Penal otorgaban al desafuero era determinante a la hora de decidir si los requisitos de un procedimiento racional y justo le eran aplicables. La Corte de Apelaciones y luego la Corte Suprema, resolvieron que el desafuero era “una condición de procedibilidad, un requisito o condición habilitante para poder actuar criminalmente en contra de un Diputado o Senador.” No era un juicio. Mientras la defensa del extinto Senador apelaba a la estructura procesal del desafuero, a su ubicación sistemática en el Código, junto a otros procedimientos especiales

(lo que repite el nuevo Código, como vimos) al hecho que debía terminar en una sentencia definitiva, que era incluso apelable para sostener que tal procedimiento era un juicio, las resoluciones de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema atendieron al objeto o fin del procedimiento. Y al determinar que se trataba de una condición previa para proceder y que los sentenciadores nunca se abocaban realmente al conocimiento del fondo del asunto (la existencia del hecho punible, la inocencia o culpabilidad del parlamentario), concluyeron que consistía en un “trámite previo” sobre el cual, no procedía aplicar los requisitos del debido proceso.

Pero ambas consideraciones, a nuestro juicio, tienen un punto de partida erróneo. Para establecer si un determinado procedimiento debe observar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, ser evaluado en función de la posibilidad concreta de que dichas reglas de hecho se apliquen en ese procedimiento, postulamos que el análisis debe centrarse en sus consecuencias. Nos remitimos a lo expuesto en el primer capítulo, en relación a la asimilación del concepto de debido proceso desarrollado en la Carta Magna por parte del constitucionalismo norteamericano. Al adoptarse como un derecho genérico en la Constitución estadounidense, “Ya no se habla del juicio de los pares y de la ley de la tierra: se habla de un “debido proceso legal” como de una garantía que involucra el derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente”<sup>117</sup>

---

<sup>117</sup> EDUARDO COUTURE. Op. Cit. p. 50-51.

Al configurarse la Constitución de Estados Unidos como un sistema de derechos fundamentales en el que el debido proceso cumple el rol de garantía de ellos ante el poder estatal, fue consagrado el “Due process procesal”, con lo que “ningún órgano jurisdiccional puede privar de la vida, la libertad o la propiedad a ningún sujeto de derecho, excepto a través de procesos ajustados a la United State Code. Así, una persona no podrá ser expropiada sin ser notificada de ello y oídas sus alegaciones, ni puede ser privado nadie de su libertad sin un juicio limpio (“Fair Trial”)”<sup>118</sup>

En nuestro derecho, particularmente en la Constitución de 1980, el debido proceso fue recepcionado con una fórmula que remite a una condición y un mandato ante dicha condición. Si un órgano que ejerce jurisdicción debe pronunciar una sentencia, dicho acto resolutorio debe haber estado precedido de un proceso tramitado conforme a la ley. Y es el legislador quien debe establecer “siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Como indica uno de los integrantes de la Comisión constituyente, “se trata de un texto aplicable a cualquier autoridad, expresión sinónima de órgano en la Constitución, que ejerza jurisdicción, o sea, que deba cumplir funciones o ejercer atribuciones que afecten derechos de las personas”<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> IÑAKI ESPARZA LEIBAR. Op. Cit. p. 71-78.

<sup>119</sup> EVANS DE LA CUADRA, E. Op. Cit

Si un órgano que ejerce jurisdicción debe pronunciarse sobre la existencia, titularidad, ejercicio o goce de un derecho de una persona, debe ajustar su actuación a todo aquello que conforma el debido proceso. Y en este punto el constituyente no fue explícito, pero dejó constancia de que ciertas y determinadas garantías o derechos son un mínimo común a cada procedimiento, a menos que la naturaleza del mismo permita prescindir de ellos.

El propio Enrique Evans lo expresa en la Comisión: “nadie puede dejar de entender o de sostener con un mínimo de valor en el sentido de eficacia, que hay ciertas garantías mínimas racionales de un proceso. Ya se desprenderá de la naturaleza del proceso si es garantía mínima racional el que, por ejemplo, deba ser la sentencia objeto de apelación o de consulta, o no; dependerá de la naturaleza del asunto el que racionalmente pueda concluirse que no es necesario otorgar un recurso. Por eso, consulta si sería conveniente emplear la expresión “racional” agregada a “justo”, como se ha sugerido, en lugar de “debido proceso”.<sup>120</sup>

Las expresiones “racional” y “justo” fueron incluidas en la fórmula a fin de evitar una interpretación restringida del concepto que se estaba consagrando, en el sentido de que “si se pone solo la expresión “debido proceso”, podría interpretarse que lo que es debido es lo que está en la ley, y lo que se debe hacer es lo que ha dicho la ley. Entonces resulta que es un poco restringido y

---

<sup>120</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE. Sesión 101ª. p. 14

puede interpretarse asimismo en forma limitada. Por eso, considera adecuado agregar las expresiones “racionalidad y justicia” <sup>121</sup>

Ambas expresiones aluden a un sentido. El procedimiento racional es aquel “lógicamente dispuesto que permita al juez sentenciar conforme a derecho”. <sup>122</sup>

Y junto a ello, la justicia del procedimiento se dirige a lo sustantivo a fin de evitar la tendencia a entender que lo que estaba expresado en la ley era, por ese solo hecho, debido. Para José Luis Cea, citado en el capítulo respectivo, la imparcialidad e independencia del órgano jurisdiccional, por ejemplo, son requisitos de una jurisdicción justa.

Entonces, si un procedimiento debe resolver la afectación de un derecho de una persona, debe ajustarse a la racionalidad y la justicia. La sentencia del órgano que conozca, juzgue y haga cumplir lo juzgado, debe haber estado precedida de un proceso legal. Inclusive en este punto el Tribunal Constitucional ha considerado una consecuencia aún más amplia, como veremos en el acápite correspondiente, al señalar en un considerando de una sentencia que “Que la citada garantía se extiende, sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción -esto es, el poder-deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico- por cualquier órgano, sin que importe su

---

<sup>121</sup> EVANS DE LA CUADRA, E. cit. p 28.

<sup>122</sup> CERDA FERNÁNDEZ, C. CIT. P 230

naturaleza, y se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como a toda resolución que decide una controversia de relevancia jurídica.”<sup>123</sup>

El procedimiento de desafuero en los delitos de acción penal privada se dirige a resolver un conflicto de relevancia jurídica y de declararse ha lugar a formar causa contra el parlamentario, su efecto inmediato y accesorio es la suspensión del cargo del parlamentario. No cabe duda que se trata de un procedimiento que debe observar las reglas del debido proceso.

Sin embargo, como hemos expuesto con base en la propia historia del precepto constitucional que consagró la fórmula del debido proceso en nuestra legislación, no debe restringirse el análisis a lo que expresa la ley. Debe analizarse, además, si de hecho es posible ejercitar los derechos y garantías que conforman un procedimiento racional y justo en este caso.

El problema con el procedimiento del inciso tercero del artículo 416, es que remite la decisión a la Corte de Apelaciones respectiva, la que debe resolver conforme lo que los intervinientes (querellante y querellado) expongan en la audiencia o vista de la causa que se fije. Pero es un problema aparente. La historia de la formulación del debido proceso en Chile nos remite a la resistencia de la Comisión Ortúzar de explicitar aquellas garantías que debían conformar el debido proceso o lo que no podía faltar en una fórmula constitucional. Pero en lugar de esto, se optó por una fórmula escueta. Una de las prevenciones más importantes para justificar esta decisión, fue expuesta por

---

<sup>123</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 478-2006. Considerando decimotercero.

el comisionado Evans. El Tribunal Constitucional la citó en uno de sus fallos. En una de las sesiones de la Comisión, “el señor Evans manifestó que “es muy difícil señalar en el texto constitucional cuáles son las garantías reales de un debido proceso, porque es un convencido de que ellas dependen de la naturaleza del procedimiento y de todo el contenido de los mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción de la prueba y los recursos dependen, en gran medida, de la índole del proceso, del asunto de que se trata, e insiste, de la naturaleza del procedimiento que para este último haya establecido la ley”.<sup>124</sup>

El conflicto que la Corte de Apelaciones que conoce del desafuero debe resolver, ciertamente es un conflicto de relevancia jurídica y cuyo desenlace afecta derechos de los involucrados. Pero su naturaleza es diversa de la que, llegado el momento de resolver en caso de declararse haber lugar a formar causa, debe resolver el juez de garantía. La Corte de Apelaciones no debe resolver si existe suficiente evidencia para que se compruebe la existencia del delito o si existen presunciones fundadas de participación del parlamentario en él, o si la investigación proporciona fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado. La Corte de Apelaciones debe resolver si los antecedentes en que la acción privada se funda, son suficientes para estimar que hay “mérito” para despojar al aforado de su privilegio. No puede extenderse, a riesgo de ultra petita y de afectar incluso la independencia del juez que conocerá el fondo del

---

<sup>124</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 481-2006. Considerando séptimo.

asunto en un procedimiento especial, a consideraciones sobre la participación del parlamentario (sugerir o definir su grado de participación) ni menos sobre su culpabilidad (o las circunstancias que la eximan o atenúen).

El examen que exige la constitución es contingente, pero acotado. No se trata de revivir la tesis que considera al desafuero un “trámite previo de procedibilidad” en el que los requisitos del debido proceso no tienen cabida. Se trata de establecer, con base en la naturaleza del procedimiento, si la exigencia de dar cabida a los requisitos o elementos del debido proceso (en particular, el derecho de presentar pruebas de descargo y requerir diligencias) es equivalente a la del procedimiento que el desafuero permite llevar a cabo.

A mi juicio, el problema no radica en la falta de una regla expresa en el artículo 416, que indique un plazo o una oportunidad para rendir prueba y requerir diligencias probatorias. No se trata de constatar una omisión. Se trata de establecer si, en los hechos, el parlamentario querellado podrá o no impugnar los antecedentes expuestos en la querrela respectiva. Se trata de un enfoque que obliga al juzgador a constatar la omisión, pero a renglón seguido a integrar otras normas a fin de subsanarla en términos tales, que permita cumplir el propósito del procedimiento de desafuero (establecer si cabe despojar al aforado de su privilegio sin preguntarse si es o no culpable, sino si la acción es o no suficientemente seria para proceder; nos extenderemos sobre esto) y el mandato constitucional de inexcusabilidad judicial que rige a todos los Tribunales del país.

Al ejercitar este enfoque del problema, la pregunta acerca de la naturaleza jurídica del desafuero o, más bien, la respuesta a esa pregunta, será irrelevante al momento de afirmar si le son o no aplicables los elementos que conforman el debido proceso. La pregunta relevante será si la Corte puede de hecho garantizar, con base en los mandatos constitucionales, llevar adelante un procedimiento racional y justo y no excusarse de resolver “ni aún a falta de ley que resuelva la contienda o asunto”.

El análisis que se exige al Tribunal es contingente y especial. Referido al caso concreto con sus particularidades y características propias. Un interesante fallo que analizaremos en el acápite siguiente se aboca a establecer si las expresiones utilizadas por un parlamentario encuadran en la figura típica de la injuria. Nos parece improbable que dicho análisis requiera de la aportación de pruebas de los intervinientes para llevarse a cabo. Tal como la Comisión Constituyente anticipara, no todo conflicto requeriría la producción de prueba para resolverse. “Ya se desprenderá de la naturaleza del proceso si es garantía mínima racional el que, por ejemplo, deba ser la sentencia objeto de apelación o de consulta o no; dependerá de la naturaleza del asunto el que racionalmente pueda concluirse de que no es necesario otorgar un recurso.”<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE. Sesión 101ª. p. 14

Por lo tanto, si la Corte debe oír a los intervinientes en una audiencia especial y en ella éstos pueden exponer sus defensas, esto supone la posibilidad concreta de presentar las pruebas que funden sus alegaciones. No cabe suponer que en esa audiencia, el querellante no aportará los elementos de prueba que funden su pretensión y que el querellado no impugnará dichos elementos (conocidos de antemano puesto que le será notificada la querella y contará con una copia de ella) o presentará los datos y antecedentes que fundamenten su defensa. Ante esto, no puede afirmarse de manera categórica que el procedimiento de desafuero del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, sea contrario a la Constitución.

La Constitución establece que el pleno de la Corte de Apelaciones respectiva declarará si ha o no lugar a formar causa contra el Parlamentario. Se trata de una integración que busca garantizar imparcialidad e independencia. Y que ciertamente en los hechos, permite minimizar el riesgo de arbitrariedad en el conocimiento del asunto.

Otra consideración relevante para sostener que este procedimiento se ajusta a los requerimientos de la Constitución, es el alcance que debe dársele al análisis de los antecedentes que realiza la Corte en relación con el “mérito” que debe justificar su resolución de desafuero.

Es importante tener presente que la finalidad última del fuero parlamentario, es evitar que cualquier acusación penal baste para alterar el

funcionamiento regular del Congreso por la vía de impedir que el parlamentario ejerza la representación política que tiene.

Con ese objeto, el análisis sobre el mérito de los antecedentes que se presenten a la Corte de Apelaciones debe ser acotado. No puede tratarse de un análisis sobre el fondo del asunto. En un proceso penal, esto es la existencia del hecho punible y la participación del imputado. La Corte no puede abocarse a revisar si es que los antecedentes sirven para condenar al querellado. Tampoco si ellos son suficientes para estimar que el imputado tuvo participación en cualquier grado, el mismo o distinto del que se afirme en la querella.

A nuestro juicio, el análisis de la Corte debe enfocarse en un nivel de requisitos formales de interposición de la querella. Algunos de ellos señalados por la propia ley procesal penal, en el artículo 114 del CPP. Específicamente, la Corte no podría declarar ha lugar a formar causa sobre un hecho no constitutivo de delito, o por el que la responsabilidad penal del parlamentario se encuentre extinguida. Tampoco si la acción se dedujere por una persona no autorizada a ejercerla.

Otro nivel de análisis, referido a la existencia del hecho punible o a si los antecedentes permiten establecer algún grado de participación del querellado, mucho más si el examen se concentra en la culpabilidad o inocencia del parlamentario, es potencialmente muy nocivo para el procedimiento que se lleve a cabo de declararse el desafuero.

Fuera de la consideración, si se quiere más fina, sobre la independencia del juez de garantía que deba resolver en una sentencia con la sombra de una resolución de desafuero que se pronuncie sobre los aspectos indicados en el párrafo anterior, debe recordarse que el procedimiento por delitos de acción privada se rige por las reglas del Título II del Libro IV del CPP. El artículo 405 indica las normas supletorias a lo no regulado por este procedimiento, que remite a las reglas del procedimiento simplificado del Título anterior.

Una de esas reglas señala qué recurso es susceptible de interponerse contra la sentencia que se dicte. Y ese recurso es el de nulidad. Cuyo conocimiento y resolución puede corresponder a la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva, lo que implicaría una seria dificultad en la integración de la sala que conozca y falle el recurso.

En definitiva, consideramos que existen buenas razones y argumentos jurídicos para considerar que la afirmación fundamental de los requerimientos presentados por los parlamentarios afectados por querellas por delitos de acción privada, en orden a que el procedimiento de desafuero establecido en el inciso tercero del artículo 416 del CPP, es contrario a la Constitución, porque no contempla reglas que señalen un término probatorio o la oportunidad de presentar pruebas para desvirtuar los cargos imputados.

Los Tribunales superiores de justicia y el Tribunal Constitucional han debido pronunciarse sobre este y otros aspectos del desafuero en los delitos de

acción penal privada y pública. Examinaremos sus decisiones a continuación, a la luz de nuestra tesis.

## **CAPÍTULO IV. EL DESAFUERO Y EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

### **4.1.- Conflictos de Constitucionalidad de la Legislación sobre el Desafuero.**

El fuero de los parlamentarios no representa su inmunidad frente al poder punitivo del Estado. Hemos visto que su objeto es la protección de la integridad de la conformación del Congreso, en tanto cuerpo representativo por antonomasia en nuestro sistema democrático. Busca, en definitiva, evitar que se prive a un parlamentario de su función representativa de la voluntad popular.

Pero el desafuero de un parlamentario tiene, además del efecto anterior, la consecuencia de suspender de sus funciones al legislador. Con base principalmente en este efecto, aquellos parlamentarios requeridos por delitos de acción penal privada –injurias y calumnias, en todos los casos- han planteado ante los tribunales superiores de justicia y, tras la reforma del año 2005, ante el Tribunal Constitucional, que el procedimiento de desafuero es un juicio y que, como tal, debe cumplirse en él con los requisitos que conforman un debido proceso.

Tal como fue formulado el debido proceso por nuestro Constituyente, éste se configuró como un mandato dirigido al legislador para que, cada vez que regulara el contenido de un procedimiento que pudiera terminar por sentencia dictada por un órgano que ejerciera jurisdicción, dicha regulación debía ser racional y justa.

La Comisión de estudios de la nueva Constitución, dejó constancia en actas que la fórmula escogida por sus comisionados para consagrar el debido proceso en Chile, era “escueta”, pero que a menos que la naturaleza del procedimiento aconsejara otra cosa, eran elementos mínimos de un debido proceso legal, permitir al imputado oportuno conocimiento de la acción, derecho a ejercer su defensa y presentar las pruebas conducentes y la posibilidad de recurrir la sentencia dictada.

En cuanto a los conflictos que la regulación particular de cada proceso produjese, la Comisión estimó que sería a través de la jurisprudencia –principal, aunque no únicamente la de la Corte Suprema al resolver la solicitud de inaplicabilidad que se planteara- como se establecería si una determinada regulación importaba una contrariedad al racional y justo procedimiento y debía, por tanto, dejar de aplicarse al caso en concreto.

Algunos parlamentarios han impugnado el procedimiento de desafuero, del sistema inquisitivo y del acusatorio, con dispares resultados. Los tribunales superiores de justicia y el Tribunal Constitucional han debido resolver

solicitudes de inaplicabilidad por inconstitucionalidad e impugnaciones por la falta de observancia de los requisitos mínimos de un debido proceso.

Fundamentalmente, se ha impugnado la naturaleza jurídica del procedimiento de desafuero, en cuanto esa definición hace procedente la impugnación de su resolución conforme con todos los recursos que provee el ordenamiento jurídico o sólo con el recurso de apelación contra la sentencia que concede el mismo.

También se ha impugnado ausencia de los elementos que conforman un debido proceso bajo la premisa que el desafuero es un juicio especial que termina por una sentencia, lo que supone hacer aplicable todos los requisitos de un procedimiento racional y justo en su desarrollo.

Finalmente, se ha cuestionado la constitucionalidad del procedimiento de desafuero del nuevo proceso penal, en tanto se ha estimado que éste no provee al imputado de la posibilidad concreta de ejercitar su derecho de defensa material para presentar pruebas de descargo y requerir la práctica de diligencias probatorias. Los requirentes de inaplicabilidad consideran al desafuero un juicio o procedimiento especial al que corresponde aplicar todas las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos. Consideran que en el caso de los delitos de acción penal pública, la investigación que debe llevar a cabo el Ministerio Público, dota de la certeza suficiente al ente persecutor, sobre la existencia del hecho punible y la participación del aforado en él, con lo que la solicitud de desafuero está

plenamente ajustada a las garantías procesales garantizadas por la Constitución. Pero respecto del procedimiento establecido para los delitos de acción penal privada, se reclama que el mandato al legislador de establecer siempre las garantías del debido proceso en los procedimientos que regule no se cumple, puesto que no existe una regla expresa que permita al imputado presentar pruebas que impugnen las afirmaciones contenidas en la querrela, único antecedente que basta para plantear ante la Corte de Apelaciones respectiva la solicitud de desafuero, cuya consecuencia ineludible es la suspensión de su cargo al parlamentario, en caso de declararse ha lugar a formar causa en su contra.

A continuación examinaremos las resoluciones de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Constitucional ante los reclamos planteados en cada situación.

#### **4.2.- Jurisprudencia que Define al Desafuero como Juicio Especial. Consideración del Derecho a Defensa en Cuanto Posibilidad de Requerir o Presentar Pruebas de Descargo.**

El origen de esta consideración del desafuero como juicio especial, está en la remisión de su conocimiento a los Tribunales Superiores de Justicia, desde 1925.

En la sentencia sobre el desafuero del Senador José Maza, en 1930,<sup>126</sup> la Corte de Apelaciones de Concepción acogió a tramitación el recurso de casación en la forma presentado por la defensa del Senador ante la resolución que dio lugar a formar causa en su contra.

En la oportunidad, la Corte argumentó que tal resolución era susceptible de impugnarse por la casación, aceptando la postura de la defensa del Senador que sostuvo que dicha resolución era una sentencia definitiva de primera instancia. Esta postura se fundamentaba en la interpretación del artículo 33 de la Constitución de 1925, que específicamente indicaba en su oración final que de la resolución de haber lugar a formar causa “podrá recurrirse ante la Corte Suprema”.

El artículo 613 del CdPP concedía el recurso de apelación contra la resolución que declarara haber lugar a formar causa contra el parlamentario. De la relación de ambas reglas surgieron las posturas antagónicas que, o bien afirmaban que la resolución era apelable sólo por el agraviado, que para el caso de declararse haber lugar a formar causa era el parlamentario, o por el aforado como por quien solicitó el desafuero, cuando éste fuera denegado. A pesar de que la historia del establecimiento de la norma daban cuenta de que la intención del Constituyente había sido conceder el recurso al aforado, la redacción final mantuvo el término “recurrirse”. Se interpretó que ambos litigantes podían recurrir de apelación, pero no se cerró la puerta a otros recursos.

---

<sup>126</sup> GACETA DE LOS TRIBUNALES. Santiago, Chile. 1930. 2º semestre, 1932. p. 516-519

Ante este panorama, la Corte de Apelaciones de Concepción afirmó, con su aceptación a acoger a trámite el recurso de casación interpuesto por la defensa del parlamentario, que el procedimiento de desafuero tenía la naturaleza jurídica de un juicio especial, que terminaba por la dictación de una sentencia definitiva, contra la que era susceptible de interponer el recurso de casación, conforme lo previsto por el artículo 766 del CPC.

A pesar que la Corte de Concepción no se pronunció acerca del ejercicio del derecho a defensa en este procedimiento, las reglas que le eran aplicables a esa fecha, en particular la del artículo 616, unido a la influencia en la cultura jurídica del procedimiento inquisitivo, que radicaba el impulso y control de la investigación en el juez del crimen, permiten entender que dicho tópico no fuera objeto de discusión. Junto a ello, como prácticamente en todos los casos, en la práctica la defensa de un parlamentario contaba con el suficiente margen de acción en el desafuero, producto tanto de la consideración institucional de su investidura como de la importancia de una declaración que podía alterar el normal funcionamiento del Congreso.

Lo que estaba suficientemente asimilado en esa época, era que la Corte podía resolver sobre el desafuero sin oír a las partes y sin que le fuere formalmente solicitada dicha declaración. Y que la actividad de defensa – entendida como asesoría directa y como impugnación de los cargos y presentación de pruebas de descargo- se desarrollaba en el correspondiente

proceso criminal antes de que el Tribunal encontrara datos que bastaren para decretar la detención del inculpado y con posterioridad a la declaración de haber lugar a formar causa.

La consideración del procedimiento de desafuero como juicio especial no se tradujo, por lo visto, en un alegato sobre la procedencia del ejercicio pleno de la defensa material del parlamentario. Es evidente que el desarrollo del principio del debido proceso y las garantías durante el proceso, son posteriores en nuestro medio a la sentencia que se cita. Sin embargo llama la atención la escueta regulación del mismo por el CdPP en relación, por ejemplo, a la querrela de capítulos que era otro de los procedimientos especiales del Libro III del mismo cuerpo legal.

Con posterioridad, la interpretación de la disposición constitucional sobre la procedencia de recursos en contra de la resolución, dio lugar a fallos en los que se afirmaba que el recurso de casación no era procedente o que lo eran todos los que las leyes conceden contra las sentencias definitivas de primera instancia. La consideración del procedimiento como juicio especial se mantuvo –la defensa del Senador Pinochet Ugarte alegó que el desafuero tenía el carácter o naturaleza de un juicio especial, al que le eran aplicables todas las garantías del debido proceso- pero no dio origen a consecuentes reclamos sobre el ejercicio del derecho a defensa durante su tramitación.

#### **4.3.- Jurisprudencia que Define al Desafuero como Incidente del Juicio Principal.**

Esta postura surge, también, con la sentencia analizada en el acápite anterior. Su primer defensor a nivel jurisprudencial fue el voto disidente de la sentencia de la resolución de la Corte de Apelaciones de Concepción en el desafuero del Senador José Maza Fernández.

Para el Ministro disidente, la resolución de desafuero pronunciada por la Corte no era susceptible de ser recurrida mediante la casación en la forma, porque no se trataba de una sentencia definitiva o interlocutoria de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación. Para este voto, la resolución de desafuero recae en una cuestión accesoria del juicio criminal en el que incide la petición de desafuero, sin resolver ninguno de los puntos materia del juicio (la existencia del hecho punible y la responsabilidad del inculpado).

Junto a ese argumento, esta tesis se apoyaba además en la propia ley procesal penal, que en el inciso segundo del artículo 630 indicaba que “Este auto, en caso de no ser apelado, será elevado en consulta ante el tribunal de alzada correspondiente.”. Esta disposición –ubicada en el procedimiento sobre la querrela de capítulos- se entendía que definía la naturaleza jurídica de la

resolución que pronuncia el desafuero, al resolver una cuestión aún más de fondo que esa respecto de los jueces y oficiales del Ministerio Público judicial.

Otra disposición, esta vez en el procedimiento especial del Código denominado extradición también se refería a la resolución del asunto como un auto. El artículo 638 del CdPP señalaba que “Oído el Ministerio Público, la Corte verá la causa sin más trámite que ponerla en tabla y en lugar preferente, y resolverá en un auto fundado si debe o no procederse a solicitar la extradición del procesado.”

Un antecedente histórico pudo influir en la concepción del desafuero como un incidente, dado que ese carácter tenía durante la vigencia de la Constitución de 1833, en la que resolvía la Cámara a que pertenecía el inculpado.

La sentencia en comento fue elevada a la Corte Suprema para conocer del recurso de casación, el que fue declarado inadmisibile por el más alto Tribunal, basado en la propia ley (en rigor, en ese momento, el Decreto Ley N° 554 del 25 de septiembre de 1925, que modificó el CdPP) y en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional (cuestión de lo más curiosa si se considera que el Senador José Maza Fernández encabezó la comisión redactora de la Constitución de 1925) en que constaba que la intención del constituyente había sido conceder el recurso de apelación contra la sentencia que concediera el desafuero.

Debemos recordar que la solicitud de desafuero siempre se realizó, en este periodo, tras la investigación de los hechos por parte del juez del crimen competente. Esto pudo también motivar la distinción de parte de la doctrina y alguna jurisprudencia entre lo principal (el juicio criminal ya iniciado, en el que el juez del crimen indagaba y, tras constatar que el inculcado en algún grado de participación era un aforado, elevaba los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva) y lo accesorio, esta intervención de la Corte en orden a permitir o no que el juicio continuara respecto del parlamentario, con base en los antecedentes del proceso que dieran cuenta de haber suficiente mérito para ordenar la detención del inculcado.

Otro fallo en el que esta tesis se esgrimió fue el de la solicitud de desafuero contra el Senador Pablo Neruda. El 29 de enero de 1948, la Corte Suprema en un pronunciamiento previo a la admisibilidad de los recursos deducidos contra la resolución que concedió el desafuero del entonces diputado, manifestó en su considerando 2º que el CdPP no señaló un procedimiento especial para la declaración de desafuero, sino que ordena al juez de la causa elevar los antecedentes de su indagatoria a la Corte respectiva, cuando de ellos aparezcan datos que podrían bastar para ordenar la detención del aforado. Dicha declaración puede hacerla, de oficio, el Tribunal de alzada si debe ver el proceso por cualquier otro motivo. Y para la Corte Suprema, "(S)se trata, pues, de una resolución incidental que debe clasificársela como auto o como sentencia interlocutoria; este último carácter

debería atribuírsele también si se la estima como el pronunciamiento acerca de un trámite previo a la dictación de una sentencia definitiva o interlocutoria”.

Entre los fundamentos a esta tesis, la sentencia indica en el mismo considerando que el fallo que se dicta en la gestión de extradición activa, “que bajo muchos respectos se asemeja a éste, es denominado auto en el artículo 638 del Código de Procedimiento Penal; el de la extradición pasiva, en cambio, para el cual se necesitan trámites anteriores expresamente consultados en la ley, documentos, investigación, declaración del inculpado, audiencia del Ministerio Público, traslado al reo, etc., es decir, un juicio en forma, es una sentencia; así lo dicen los artículos 650 y 653 del mismo Código”.

Por esto afirma en el considerando tercero que el artículo 613 del CdPP sólo concede el recurso de apelación, “y sólo contra la resolución que acuerda el desafuero, no contra el fallo denegatorio”. Para la Corte, un “juicio en forma” culmina con una sentencia definitiva o interlocutoria que hace imposible su continuación, lo que la hace susceptible de ser impugnada por el recurso de casación, conforme las reglas del CPC. Pero en este caso se trata de una gestión diversa, incidental, que se resuelve por medio de un auto o una sentencia interlocutoria. Es un incidente de un juicio propiamente tal, el que se seguirá ante el juez del crimen o no continuará conforme se declare ha lugar o no a formar causa en contra del parlamentario.

Como vemos, la jurisprudencia que se decantó por la tesis de considerar al desafuero un incidente, tuvo especialmente en cuenta la relación analógica de los preceptos que regulan la extradición activa o la querrela de capítulos con el procedimiento de desafuero, junto con considerar que el verdadero juicio, que culminaría con una sentencia definitiva, era el que se iniciaba ante un juez del crimen y se prolongaba conforme este “incidente” fuera resuelto, mediante un auto o una sentencia interlocutoria de las que no ponen término al juicio ni impiden su continuación, dando lugar a formar causa contra el parlamentario inculpado.

Además, si la Corte respectiva podía resolver sobre el desafuero de oficio, con mayor razón carecía esta gestión de las características propias de un juicio. La definición jurisprudencial de la naturaleza jurídica del desafuero, como se observa, dio lugar a discusiones y votos divididos en varias de las sentencias apuntadas aquí. El voto disidente de este fallo estimó la gestión un juicio especial, conforme lo apuntado en el acápite 3.2 de este capítulo: su ubicación sistemática en el Código, al carácter de sentencia definitiva de la resolución que resuelve el asunto, la jerarquía de los Tribunales que deben pronunciar dicha resolución, la analogía entre el desafuero y el antejuicio de la querrela de capítulos, que también culmina con una sentencia definitiva y el hecho de que la propia Constitución no indica expresamente que sólo el recurso de apelación es procedente contra la resolución sobre el desafuero, sino que simplemente indica que “de la resolución de la Corte de Apelaciones “podrá

recurrirse ante la Corte Suprema”, lo que no descarta la posibilidad de interponer otros recursos procedentes contra una sentencia definitiva.

De haberse impuesto esta postura a lo largo del desarrollo jurisprudencial de los Tribunales superiores, sin duda hubiera supuesto una mayor restricción aún a la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en el periodo de vigencia de la Constitución de 1980 y hasta antes de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal. La Corte Suprema, en el considerando vigésimo segundo del fallo en la causa Rol 1920-2000, llegó a considerar el alegato de la defensa del Senador Pinochet Ugarte, un intento de “anticipar las exigencias de ese “debido proceso” a una etapa anterior al mismo, procurando que se aplique a una garantía, como lo es el fuero, que implica sólo un obstáculo para el normal ejercicio de una acción penal en su contra, normas que rigen para el supuesto en que ya haya sido autorizado su juzgamiento para ante el tribunal competente”. De haber estimado que el desafuero no era más que un incidente del juicio principal, probablemente no hubiera desarrollado de forma tan extensa un argumento para desestimar la pretensión de la defensa.

#### **4.4.- Jurisprudencia que Define al Desafuero como un Trámite o Requisito de Procesabilidad. Aplicabilidad del Debido Proceso en este Caso.**

La consideración del desafuero como un trámite previo o requisito de procesabilidad también tiene su inicio con la sentencia de la Corte Suprema

sobre el desafuero del Senador José Maza Fernández.<sup>127</sup> (Gaceta de los Tribunales, Santiago, Chile, año 1930, 2º semestre, 1932, p. 318-322)

Se trata de la sentencia que declaró inadmisibile el recurso de casación contra la resolución que concedió la solicitud de desafuero, con lo que rechazaba la tesis de la Corte de Apelaciones de Concepción que entendía al desafuero como un juicio especial, en el que la sentencia que se pronunciare es definitiva o interlocutoria que pone término al juicio o hace imposible su continuación y, por lo tanto, susceptible del referido recurso.

En esta oportunidad, la Corte señaló expresamente en el considerando 2º, que “el desafuero de un Senador se acuerda sin forma de juicio, dado que el juez de 1ª instancia, tan pronto como de los antecedentes del proceso, si es que se sigue de oficio, encuentra datos que bastarían para decretar la detención de un inculpado, debe elevar los autos, sin más trámite, al Tribunal de Alzada correspondiente, a fin de que si haya mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa, por lo cual no es siquiera necesario que se dicte un auto motivado, como ocurre en los casos de los artículos 298, 442, 676 y 686 del Código de Procedimiento Penal; y todavía más, elevado un expediente de tal naturaleza, por cualquier motivo, a aquel Tribunal, puede éste en el mismo evento, hacer la manifestación, sin oír tampoco a nadie y sin que le sea solicitada,....”

---

<sup>127</sup> GACETA DE LOS TRIBUNALES. Santiago, Chile. 1930, 2º semestre. 1932. p. 318-322

Y es que, desde temprano, para la Corte estaba claro que el objeto de uno y otro procedimiento eran muy diferentes. En el mismo fallo, al negar al decreto de detención y al que “otorga la simple autorización para expedirlo”, la calidad de sentencias definitivas, destaca que una sentencia definitiva en sede de justicia militar, debe seguir la pauta del artículo 528 del CdPP para las sentencias definitivas. Pero ese artículo alude a las sentencias “que tienen por objeto resolver definitivamente acerca de la responsabilidad que puede haberle correspondido al procesado en el delito investigado, lo que se deduce de las enunciaciones que deben contener en orden a las acciones, a los cargos formulados contra los reos, a las defensas y fundamentos de éstas, a las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a aquéllos, a los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta a las razones legales o doctrinarias que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y a la resolución que absuelve o condena a cada uno de los reos por cada uno de los delitos perseguidos, etc., nada de lo cual se concilia con la índole jurídica de la declaración que se debe hacer al accederse al desafuero de un senador o diputado”. (Considerando 3º, fallo citado)

Para la Corte Suprema había un ámbito de conocimiento y juicio propio del desafuero que era muy diferente al del juicio criminal. El objeto de uno y otro

no permitían confusión. Por esto consideró que el desafuero no tenía “forma de juicio”.

Esta comprensión volvió a manifestarse en fallos posteriores. En el fallo sobre la apelación de la resolución que acogió el desafuero, la Corte se pronuncia sobre la admisibilidad del recurso de casación, en el desafuero del diputado Juan Antonio Ríos<sup>128</sup>.

Luego de argumentar que el recurso de casación es inadmisibile porque en la historia de la creación de la norma constitucional y legal, queda de manifiesto que la voluntad del legislador fue conceder únicamente el recurso de apelación contra la sentencia que pronuncia el desafuero, además de que la naturaleza de la resolución que declara ha o no lugar a formar causa hace imposible la procedencia de dicho recurso, por eso la Corte estima en el considerando 9º, que “es incuestionable que las definiciones mismas de sentencias definitivas e interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, impiden darle alguno de esos caracteres a la declaración de haber lugar a formación de causa, puesto que mal pueden resolver lo que ha sido objeto del juicio, cuando éste aún no ha principiado y, precisamente, sólo después de ella, según sea su sentido, se hace posible su continuación”.

---

<sup>128</sup> GACETA DE LOS TRIBUNALES. Santiago, Chile. 1936. 1er. Semestre, 1937. p. 238-240.

Sin embargo la Corte, en el considerando subsiguiente, parece adherir – contrariando lo dicho en el fallo sobre el Senador Meza- a la tesis que considera al desafuero un incidente del juicio principal. Así, en su considerando 12º, afirma que “...desde luego conviene recalcar que esta resolución, simplemente suspende, el fuero del congresal, el cual se recupera de acuerdo con los preceptos generales, a lo que debe agregarse que la gestión en que recae carece de vida propia y nace o muere según la suerte que le corre al proceso principal donde incide, situaciones precarias que también le restan carácter de definitiva”.

Pero luego la Corte reafirma su postura, esta vez desde la definición expresa de lo que entiende es la resolución de desafuero, cuando señala en su considerando 14º que “en rigor la declaración de haber lugar la formación de causa viene a importar el permiso para proceder contra un aforado,..”.

Y en sus considerandos siguientes profundiza en esta misma línea, al establecer en su considerando 15º que “fuerza es concluir que los antecedentes que sirven de base para un pronunciamiento de la naturaleza del de que se trata, se acumulan por sí solos como resultantes de otras investigaciones o bien fluyen de la sola presentación del interesado, de manera que estas gestiones se encuentran desprovistas de todo carácter de juicio, como que ninguna disposición legal les califica de tales sino de una simple visación de los antecedentes: no se oye al inculpado, no hay ningún trámite que cumplir, y el

Tribunal de Alzada de oficio puede hacer la declaración sin someterse a ningún procedimiento que rige los juicios ni las vistas de las causas”.

Por estas consideraciones, la Corte desestima la casación como recurso procedente contra la sentencia que resuelve la solicitud de desafuero, reiterando en su considerando 16º que “tratándose de un fallo recaído en una cuestión que no tiene los caracteres de juicio, aunque resuelva el asunto, no ha necesitado someterse a la ritualidad de ellos ni a los preceptos que indican la forma en que deben dictarse las sentencias judiciales que resuelven los pleitos mismos;..”.

En esa época la preocupación sobre el debido proceso no tenía la connotación actual, desde luego. De realizar un ejercicio de actualización para esos criterios, podríamos decir que para la esencia de la garantía actualmente formulada la naturaleza jurídica del desafuero es indiferente. Y que la regla que permitía (aún vigente, dicho sea de paso) el conocimiento y resolución del asunto a la Corte sin siquiera oír al inculpado habría padecido ataques similares a aquella que hoy regula el desafuero en los delitos de acción penal privada.

Sin embargo la posición de la Corte en cuanto a la naturaleza del desafuero tampoco se modificó sustancialmente desde estas primeras sentencias. En fallos más recientes, esto quedaría confirmado como expondremos a continuación.

La Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver la solicitud de desafuero contra el Senador Nelson Ávila Contreras, en la causa Rol N° 32128-2005, afirmó en su considerando 3° que “la gestión de desafuero, según lo ha declarado sostenidamente la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, es un antejuicio que tiene por objeto hacer efectiva la condición de procesabilidad general respecto del Diputado o Senador cuya responsabilidad penal se trata de perseguir....”

En el considerando siguiente, la Corte ensaya una actualización del criterio dada la entrada en vigencia en su jurisdicción de la Reforma Procesal Penal. Así, afirma que “la entrada en vigencia del Código Procesal Penal y, en lo que interesa, del Título IV de su Libro IV, no alteró la naturaleza jurídica del desafuero, como especie de preproceso, ya que bajo esta normativa, siempre toca que la Corte de Apelaciones correspondiente, si hallare mérito, declare que ha lugar a la formación de causa al parlamentario afectado, conforme lo dice el inciso primero del artículo 416 de dicho Código.”

La Corte Suprema, al conocer la apelación de la sentencia en este caso, reprodujo la doctrina de la Corte de Apelaciones sobre la naturaleza de antejuicio del desafuero, para hacer efectiva la condición de procesabilidad general respecto del parlamentario, a lo que añadió en el considerando 8°, que “el tribunal que conoce de la solicitud de desafuero debe pronunciarse exclusivamente acerca de si autoriza o no la formación de causa en contra de un parlamentario imputado de un hecho criminalmente punible, sin extender su

resolución a la existencia cabal del delito, su naturaleza, tipo, penalidad y otros caracteres, ni menos decidir acerca de aspectos relativos a la eventual responsabilidad del imputado, por cuanto todos estos elementos son de incumbencia del tribunal que debe intervenir en el juicio penal, en caso que se conceda en definitiva el desafuero”

Lo propio del desafuero, para la Corte, era algo muy diferente a lo que debía resolver el juicio criminal. “Evidentemente el desafuero no es una acusación ni una condena y sólo abre la puerta para indagar a fondo en los hechos y llegar a estos pronunciamientos ulteriores o bien establecer que no proceden”, afirmó en el mismo considerando. Y al referirse al procedimiento de desafuero en los delitos de acción penal privada, en cuanto a lo que la Corte respectiva debe hacer para resolver si ha o no lugar a formar causa contra el parlamentario, define el objeto de análisis de ésta en el considerando 11° que “el legislador, al condicionar la procedencia del desafuero en los delitos de acción privada al solo mérito de la querella presentada por la víctima, incluso antes de decidir acerca de su admisibilidad para acogerla a tramitación, ha resuelto, en realidad, dos cosas, a saber: a) que en este trámite, básico para el enjuiciamiento de un parlamentario, se analice si la querella reúne las condiciones formales a que se refiere el artículo 113 del Código Procesal Penal, entre los cuales cabe consignar la individualización del querellado o una designación clara de su persona y la relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere ejecutado, si se

supieren, sin perjuicio de tener presente que el artículo 114 del mismo cuerpo de leyes, expresa que la querrela no será admitida a tramitación, entre otros supuestos, cuando los hechos expuestos en ella no fueren constitutivos de delito; y b) interpretando la norma del inciso final del artículo 416 del Código Procesal Penal, en relación con su inciso primero, que debe determinarse si hay antecedentes suficientes para hacer lugar a la formación de causa requerida sobre la base de las probanzas que se hayan podido acompañar a la querrela o en el procedimiento de desafuero, de modo de concluir que la acción imputada se relacione con el que aparezca como querrellado por tal delito, sin que ello implique una apreciación valorativa de los medios de prueba, que deberá hacerse, evidentemente, en el juicio correspondiente, en el caso de prosperar la petición de desafuero.”

En base a este razonamiento, la Corte Suprema quiso establecer la diversa entidad de la prueba que uno y otro proceso exigían. Qué podía ser objeto de prueba en el desafuero era, en dicho fallo, cualitativamente diverso de lo que exigía el juicio criminal. El trámite previo o antejuicio no podía servir para escenificar de manera adelantada el juicio que debía establecer la existencia del delito y la responsabilidad.

En un fallo previo, otra vez por una solicitud de desafuero contra el Senador Nelson Ávila Contreras, causa Rol N° 29505-2005, la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció sobre el alegato de la defensa del Senador Ávila sobre la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 416 del

CPP, respecto a la garantía del debido proceso, asegurado por la Constitución Política de la República en el numeral 3° del artículo 19. La defensa del parlamentario reclamaba la falta de normas procedimentales en dicho caso.

La Corte de Santiago dispuso en el considerando 1° del fallo, que el artículo 61 de la Constitución busca proteger a los parlamentarios contra denuncias o acusaciones en su contra que los sometan a juicio, “sin que previamente se examine por la jurisdicción el mérito de tales denuncias o acusaciones que permitan de este modo determinar la gravedad y consistencia de dichos cargos, para suspender el beneficio de la inmunidad de que gozan los parlamentarios con el fin de enfrentarse al juicio correspondiente”.

Por tanto, la Corte de Santiago estimó en el considerando 2°, que la regla del inciso final del artículo 416 del CPP es la norma que entrega a la Corte la competencia para decidir si ese mérito delimitado en el considerando previo existe y es suficiente. Para determinar el “mérito” para formar causa en los delitos de acción penal privada, la Corte lo haría “sobre la base del hecho que en la querrela se describe en forma circunstanciada, de manera que se adecúe a una figura típica de esta naturaleza y se lo relacione con una acción desplegada de manera inequívoca por el querrellado.” Para la Corte, no cabía considerar inconstitucional el procedimiento por la falta de normas reguladoras de su desarrollo, puesto que el “análisis del mérito es un elemento fundamental que impide decir que el procedimiento de desafuero, en esta clase de ilícitos, no constituya un debido proceso”.

Si bien el fallo sobre el desafuero del Senador Pinochet Ugarte es extenso en el recurso a las fuentes de información y a la historia de la recepción y formulación del principio del debido proceso en Chile, finalmente rechaza el alegato de la defensa del parlamentario basado en la contrariedad al debido proceso del procedimiento de desafuero porque estima, como la mayoría de la jurisprudencia previa, que dicho procedimiento es un antejuicio en el que se decidirá si se da la condición de “procesabilidad” para despojar al aforado de su privilegio y someterlo al juicio criminal. No se trata de un incidente, puesto que la resolución que lo pronuncia es una sentencia. Y tanto la Constitución como la ley dispusieron que sobre dicha sentencia sólo pueda interponerse el recurso de apelación. Y para la Corte Suprema, que ya había consagrado su doctrina en el fallo de la causa Rol N° 4505-1998, del 26 de enero de 1999, en el desafuero del Senador Francisco Javier Errázuriz Talavera, no cabía aplicar las garantías del debido proceso a un trámite previo al juicio propiamente tal.

La sentencia de la causa Rol N° 29505-2005 funda en el “análisis del mérito” que debe hacer la Corte en el desafuero el estándar suficiente de observancia de las garantías del debido proceso, aun cuando con esa doctrina acepte implícitamente que dicho procedimiento, en los delitos de acción penal privada, no está suficientemente regulado.

#### **4.5.- Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Debido Proceso y Desafuero. Análisis Crítico.**

Sobre el debido proceso en el desafuero la jurisprudencia de los Tribunales superiores de Justicia ha sido poco numerosa. En lugar de abordar el tema han estimado, sin exponerlo, que el procedimiento tiene una naturaleza diversa a la de un juicio y que, por ese motivo, sus exigencias también son diversas. Sobretudo en cuanto al derecho de defensa en su faz material.

Una de las sentencias a considerar es la recaída en la causa seguida contra el entonces senador Nelson Ávila Contreras por solicitud de desafuero del diputado Eugenio Tuma Zedan.

El fallo de la Corte de Apelaciones señaló varias cuestiones relevantes. Lo primero, es que consideró, como los fallos previos del mismo Tribunal sobre la materia, que el procedimiento de desafuero es un antejuicio. Consiste en la autorización de la Corte para procesar (para formar causa) al parlamentario imputado. Para la Corte, el Código Procesal Penal no alteró en forma alguna la naturaleza jurídica del desafuero, la que se denomina una “especie de preproceso”.

Sobre el análisis que debe realizar la Corte, el fallo indica en su considerando 5º lo siguiente: “Que el Tribunal que conoce de la solicitud de desafuero, debe pronunciarse exclusivamente acerca de si autoriza o no la formación de la causa en contra de un parlamentario imputado de un hecho

criminally punible, sin extender su resolución a la existencia cabal del delito, su naturaleza, penalidad y otros caracteres, ni menos decidir acerca de aspectos relativos a la eventual responsabilidad del imputado, por cuanto todos estos elementos son de incumbencia del tribunal de justicia al que corresponda de acuerdo con las reglas generales, intervenir en caso que se conceda en definitiva el desafuero.”

Esta posición de la Corte se ve refrendada en el hecho de que la ratio decidendi del fallo es la consideración de la falta de elementos objetivos del tipo penal (en particular, la acción típica) de injuria que impiden a los sentenciadores declarar que ha lugar a formar causa contra el parlamentario imputado.

No hubo en este fallo un pronunciamiento acerca de la aplicabilidad de las reglas del debido proceso en el desafuero del inciso 3º del artículo 416 del CPP. El análisis que realiza la Corte se centra en un asunto o punto de derecho. Y tampoco hubo una exigencia de los intervinientes en el sentido de establecer si el procedimiento de desafuero por delitos de acción privada observaba los requisitos de un procedimiento racional y justo.

De otro lado, la Corte no se pronuncia sobre una conceptualización de la necesidad de “mérito suficiente” de los antecedentes que deben analizarse para declarar el desafuero. En este punto nos remitimos a la exclusión expresa de materias que el fallo realiza, como único indicio del criterio de valoración que debe seguir para determinar el “mérito” que exige la ley. Para la Corte, el examen de los antecedentes parece estar limitado por la naturaleza del

procedimiento: un “antejuicio” o “especie de preproceso”. Se inhibe de ir al fondo del asunto (responsabilidad del imputado, existencia, naturaleza y penalidad del delito imputado) porque considera que ese aspecto es de conocimiento privativo del Tribunal que resuelva (el Juez de garantía), pero resuelve la solicitud sobre la base de analizar la acción típica. A primera vista parece una contradicción. A nuestro juicio, la Corte no explicita los tópicos del examen, pero entiende el mismo como dirigido a los aspectos formales de la acción entablada.

En sede de apelación de este fallo, la Corte Suprema mantuvo la noción sobre la naturaleza jurídica del desafuero: un antejuicio. Entiende el fuero como “una garantía procesal”. Y sostiene el criterio de la Corte sobre el objeto del pronunciamiento del Tribunal en el desafuero. La Corte Suprema es más explícita en este punto.

Considera que el objeto de análisis que exige el procedimiento de desafuero es doble. Por un lado, se aboca a la constatación de que la querrela cumple los requisitos formales de interposición del propio Código. Enseguida, como indica en el acápite b) del considerando 11º, “que debe determinarse si hay antecedentes suficientes para hacer lugar a la formación de causa requerida sobre la base de las probanzas que se hayan podido acompañar a la querrela o en el procedimiento de desafuero, de modo de concluir que la acción imputada se relacione con el que aparezca como querrellado por tal delito, sin que ello implique una apreciación valorativa de los medios de prueba, que

deberá hacerse, evidentemente, en el juicio correspondiente, en el caso de prosperar la petición de desafuero;”.

En el considerando 12º de su sentencia, indica: “12º) Que no se trata, entonces, como pudiera creerse a primera vista, de una simple revisión formal de la querrela para determinar si se cumple con las exigencias del artículo 113 y 114 del Código Procesal Penal, sino que, como se ha dicho, haciendo una interpretación sistemática, se debe hacer no sólo un control de tipicidad del hecho descrito como delito por el querellante sino que, además, lo que el mismo artículo 416 del Código Procesal Penal describe en su inciso primero como el mérito, esto es, algún indicio o sospecha de participación del aforado en hechos que revistan caracteres de delito;”.

La Corte Suprema provee en este fallo un marco de valoración jurisprudencial de los antecedentes que fundan el desafuero. No se pronuncia sobre la posibilidad concreta de la defensa de presentar pruebas o requerir diligencias, bajo la consideración de la aplicabilidad de los requisitos de un procedimiento racional y justo. Es posible que esta omisión se explique porque la Corte entiende que la naturaleza jurídica del desafuero, un antejuicio o “especie de preproceso” como había afirmado la Corte de Apelaciones, excluye la aplicación cabal de los elementos de un debido proceso.

Como señalamos previamente, esta consideración es errónea. No es la naturaleza jurídica del procedimiento el criterio para hacerle aplicable la garantía del procedimiento racional y justo. La Corte Suprema entiende que los

antecedentes que se presenten con la querrela y los alegatos, con sus fundamentos probatorios, que la defensa produzca en el procedimiento de desafuero (en la vista de la causa y en las instancias anexas, como una medida para mejor resolver) proveen suficiente contenido para una declaración de ha o no lugar para formar causa contra el Parlamentario. En tanto el procedimiento de fondo contenga las garantías mínimas de un procedimiento racional y justo, la Corte Suprema ha entendido que la defensa gozará de una contienda justa y que tendrá la oportunidad de ejercer su labor en igualdad de condiciones.

La Corte de Apelaciones y la Corte Suprema no se apartaron, sustancialmente, de la doctrina jurisprudencial sobre el desafuero en este fallo. Tal vez el hito más relevante en este tema sea el fallo sobre el desafuero del Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte. Se trató de una ocasión en que se cuestionaba la observancia del debido proceso para el desafuero, en el antiguo sistema procesal penal.

La sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y la de la Excelentísima Corte Suprema que confirmó la primera, fueron pródigas en motivaciones y razonamientos para sostener la tesis de que al desafuero no le eran aplicables las reglas del debido proceso en base a su naturaleza jurídica de “trámite previo” o antejuicio.

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica del desafuero, el fallo de la Corte Suprema reseña latamente su desarrollo en el “constitucionalismo histórico”. En el considerando 18º del fallo, la Corte Suprema señala que “la

gestión de desafuero no reviste los caracteres propios de un juicio o proceso. Ciertamente no lo era cuando, bajo el imperio de las Constituciones de 1823, 1828 y 1833, conocía de la gestión de la Cámara a la que pertenecía el Diputado o Senador al que se pretendía desaforar, y tampoco adquirió este carácter cuando la Reforma del año 1925 trasladó la competencia, en primera instancia, a las Cortes de Apelaciones respectivas y en segundo grado a esta Corte Suprema. La materia y naturaleza de la gestión siguió siendo la misma, sólo existió un cambio de la autoridad encargada de resolverla;”

Y a continuación, el fallo afirma que la naturaleza jurídica del desafuero es la de “una condición de procedibilidad (sic), un requisito o condición habilitante para poder actuar criminalmente contra un Diputado o Senador”.

A partir de esta consideración, la Corte Suprema concluye “20) Que establecido, como ha quedado, que la gestión de desafuero no tiene los caracteres de un juicio o proceso debe, lógicamente, concluirse que a ella no le resultan aplicables las garantías del "debido proceso".

Debe tenerse presente que la defensa del Senador Pinochet, había planteado su reparo a la observancia del debido proceso en este procedimiento, “afirmando que el mismo "no ha podido ni puede llevarse adelante, por no respetar las exigencias del debido proceso establecidas en la Constitución Política vigente y en tratados internacionales ratificados por Chile y que también se encuentran vigentes. Ello por cuanto el inculpado no está en condiciones de salud que le permitan defenderse". (Considerando 10º del fallo).

La defensa no impugnó el procedimiento de desafuero del anterior sistema procesal penal porque entendiera que no podía ejercer su derecho a defensa material. Estimó que la condición de salud del Senador, le impedía a él dirigir su defensa de manera adecuada, lo que restaba eficacia a la defensa técnica.

Es más, la defensa del Senador estimaba que el procedimiento de desafuero era un juicio especial que debía terminar por sentencia definitiva. Entendieron el desafuero como un juicio lo que los situaba aún más lejos de la posición de la propia Corte en la comprensión de los presupuestos que debían considerarse para estimar que debía darse aplicación a los requisitos del debido proceso. Pero su alegato no se dirigió a desacreditar el procedimiento, sino a impugnar su desarrollo con base en una situación de hecho que afectaba la posibilidad concreta de la defensa de intervenir en igualdad de condiciones en él.

La Corte Suprema reafirmó su postura de que el desafuero no es un juicio, como hemos expuesto y rechazó por consiguiente el alegato de los defensores del Senador. Luego de un preámbulo en el que se aboca a recorrer el desarrollo del concepto del debido proceso y repasar sus elementos, afirma en el considerando 22 que “es posible advertir que lo que la defensa del senador Pinochet ha pretendido es anticipar las exigencias de ese "debido proceso" a una etapa anterior al mismo, procurando que se aplique a una

garantía, como lo es el fuero, que implica sólo un obstáculo para el normal ejercicio de una acción penal en su contra, normas que rigen para el supuesto en que ya haya sido autorizado su juzgamiento para ante el tribunal competente. Se ha tratado, en consecuencia, en este trámite, acudiendo a la invocación de derecho a un "debido proceso", de conseguir u obtener la declaración de una falta de responsabilidad penal total, a la que conduce el sobreseimiento definitivo decretado de acuerdo con el artículo 617 del Código de Procedimiento Penal, en los supuestos que se resuelva no haber lugar a la formación de causa.”

Para la Corte las garantías procesales, incluso las consagradas en instrumentos internacionales cuya aplicación solicitaba la defensa, eran “garantías que recibirán aplicación en el desarrollo de un proceso penal, al interior del juicio, pero que no pueden ser anticipadas al trámite de una autorización previa para procesar, como lo es la presente” (Considerando 24 fallo Corte Suprema).

En cuanto al alegato principal de la defensa, la Corte fue enfática en señalar que “se considera como evidente por el abogado defensor que el examen mental exigido por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal se encuentra vinculado al derecho de defensa del inculpado, pero esto no resulta exacto, a menos que se considere que ese derecho de defensa involucra el de obtener a favor del inculpado o encausado una exención de

responsabilidad penal basada en el estado de salud mental y alegada fuera del proceso penal correspondiente.” Evidentemente en este punto, discrepamos de la Corte. Si el estado mental tiene consecuencias jurídicas previstas en el proceso para el inculpado, antes del proceso su relevancia es aún mayor. La defensa técnica fue concebida en el seno de la Comisión Constituyente como la posibilidad concreta de recibir asesoría y representación. Si esa posibilidad concreta está afectada por una situación transitoria o permanente, debe anticiparse la protección del ordenamiento jurídico y no postergarse. Bajo la concepción del desafuero que sostuvo la Corte, sin embargo, esta consideración fue relevada por la historia de la ley que introdujo el artículo 349 al CdPP. En efecto, su orientación fundamental era proveer una defensa de fondo al inculpado. Pero la afirmación de la Corte en su considerando 28 de que “resulta inaceptable que en nuestro derecho el deficiente estado de salud mental de un imputado en un proceso penal pueda afectar su derecho de defensa en juicio”, supone una concepción muy restringida del ejercicio de los derechos que conforman el debido proceso.

En lo fundamental, la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, estimaron que la naturaleza jurídica del procedimiento de desafuero excluía la aplicación de los requisitos del debido proceso. No cabía “anticiparlos” puesto que, “Según se ha hecho notar anteriormente en este fallo, en el actual trámite de desafuero no se ventila la posible responsabilidad criminal del parlamentario afectado, sino la facultad del tribunal que conoce del respectivo proceso o el

derecho de los querellantes en el mismo, a que se dirija esa causa criminal en contra de un congresal determinado”. (Considerando 61, fallo Corte Suprema).

En cuanto al derecho de defensa, la Corte estimó que aún cuando podía prescindir de la actividad de las partes (por ende, prescindir de la actividad probatoria de la defensa), éstas y especialmente la defensa, habían desempeñado su labor sin limitaciones. Así, en el considerando 23 indica: “Que, además, resulta conveniente destacar que la declaración de desafuero puede ser efectuada por el tribunal de alzada sin oír a ninguna de las partes y de oficio, según resulta de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 612 del Código de Procedimiento Penal. En el presente caso, en cambio, la defensa del Senador Pinochet fue ampliamente desplegada a través de todo un equipo de abogados, según ha sido de público y notorio conocimiento”. Esta última referencia la repite la Corte al referirse a la imposibilidad de anticipar la procedencia de las garantías del debido proceso al desafuero, al considerarlo un “trámite de una autorización previa para procesar, como lo es la presente, en la que, por lo demás, según ya se ha dicho, el Senador de cuyo desafuero se trata, recibió amplia asesoría técnica” (Considerando 24, fallo Corte Suprema)

Desde luego, nuestra posición respecto de la aplicabilidad del debido proceso en este procedimiento es clara: cada vez que los derechos de una persona deban ser objeto de una resolución por la que se vean afectados, sea en su goce o en su ejercicio, el procedimiento por el que se declare esa resolución debe observar las reglas de un procedimiento racional y justo.

En la sentencia Rol 29505 del 2005, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago tuvo que abordar el problema de constitucionalidad derivado de la falta de observancia del debido proceso en el desafuero. La defensa del Senador Nelson Ávila planteó que la falta de una regulación del procedimiento de desafuero (que denomina “antejuicio”) es contrario a la Constitución.

La Corte estimó que no había inconstitucionalidad, puesto que por una parte entendió que la regla del inciso tercero del artículo 416 del CPP era la regla de competencia para que la norma del artículo 61 de la CPR pudiera ser aplicada por ella. De otro lado, afirmó que no tenía competencia para conocer de la inaplicabilidad alegada por la defensa, puesto que dicho pronunciamiento, a esa fecha, era privativo de la Excelentísima Corte Suprema.

Pero la Corte si abordó el tema del debido proceso, tangencialmente, al afirmar que “la disposición del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, como se dirá en los motivos que siguen, precisamente entrega a la Corte de Apelaciones la facultad para decidir si existe mérito suficiente para la formación de causa sobre delito de acción penal privada sobre la base del hecho que en la querella se describe en forma circunstanciada, de manera que se adecue a una figura típica de esta naturaleza y se lo relacione con una acción desplegada de manera inequívoca por el querellado. Este análisis del

mérito es un elemento fundamental que impide decir que el procedimiento de desafuero, en esta clase de ilícitos, no constituya un debido proceso.”<sup>129</sup>

La Corte estima en este fallo que el análisis de los antecedentes de la querrela corresponde al “análisis del mérito” que debe efectuar la Corte en el desafuero para declarar si ha o no lugar a formar causa contra el Parlamentario. Y le da a este examen el estatus suficiente para estimar que al llevarlo a cabo, cumple los estándares legales y constitucionales del debido proceso.

En realidad, la Corte sólo hace suya la posición de parte de la Comisión Ortúzar, en orden a entender que no todos los conflictos jurídicos se resolverían con el recurso a medios de prueba sino que algunos eran de derecho y su resolución prescindiría de más análisis.

Es claro que el fallo entiende que la labor de la Corte es desarrollar un examen de los antecedentes en cumplimiento estricto del mandato constitucional del artículo 61. El fallo advierte que “En efecto, la disposición del artículo 61 de la Constitución Política de la República tiene por objeto proteger a los parlamentarios contra denuncias o acusaciones que se deduzcan en su contra y que los llevan a ser enjuiciados sin que previamente se examine por la jurisdicción el mérito de tales denuncias o acusaciones que permitan de este modo determinar la gravedad y consistencia de dichos cargos, para suspender

---

<sup>129</sup> SENTENCIA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 29505-2005. Considerando 1°.

el beneficio de la inmunidad de que gozan los parlamentarios con el fin de enfrentarse al juicio correspondiente.”

El examen previo, para la Corte de Apelaciones de Santiago, “es” el procedimiento que ésta debe seguir para garantizar al aforado que se respeta su derecho al debido proceso. Consiste en un cumplimiento concreto de un mandato constitucional. La Corte no se pronuncia acerca de la falta de reglas que indiquen a las partes la oportunidad y forma en que deben hacer valer sus medios de prueba o si pueden requerir diligencias probatorias al Tribunal que resolverá la solicitud. En realidad, tampoco la defensa del Senador Ávila planteó que la falta de reglas sobre la prueba fuese el motivo determinante de la falta de armonía del precepto del inciso tercero del artículo 416 del CPP con el número 3 del artículo 19 de la Constitución.

La Corte reafirmó que, en cuanto al “mérito suficiente”, había que entender la adecuación del hecho descrito en la querrela y atribuido al parlamentario a aquella figura típica que se le imputaba. Y que además del examen de los antecedentes de la querrela, se examinan los antecedentes que se aporten al procedimiento de desafuero.

No había, por lo tanto, para la Corte, infracción al debido proceso si el querellante podía interponer su acción, el Tribunal conocerla y juzgar según el mandato constitucional y legal.

La Corte Suprema tuvo oportunidad de refrendar algunas de sus posturas expuestas en el desafuero del Senador Pinochet, con ocasión de la apelación de la causa Rol 178-2004 de la Corte de Apelaciones de La Serena, sobre desafuero de la Senadora Evelyn Matthei. El fallo fue confirmado y en lo esencial consideró que no había infracción al debido proceso por la sustanciación de un procedimiento de desafuero de las características del descrito por el inciso tercero del artículo 416 del CPP.

La sentencia afirma en su considerando 4º, como la del desafuero del Senador Pinochet, que el resolver el desafuero del parlamentario y dar lugar a formar causa “importa otra forma de desarrollar la garantía fundamental de la igualdad ante la ley y, por lo mismo, su correcta decisión también implica alcanzar una condición del debido proceso criminal, toda vez que la cuestión dice relación con el derecho a la acción de los ofendidos o, dicho de otro modo, con armonizar la necesidad de proteger la función parlamentaria con el derecho a la acción.”

La Corte Suprema tiene en mente la tensión de intereses en juego en el desafuero y mantiene su idea de que eliminar el “impedimento procesal” que posee un parlamentario permite que el ejercicio de la acción del querellante no sea ilusorio y se realice en un juicio posterior en el que todas las garantías procesales estén presentes.

Pero esta prevención no impide acceder al desafuero, “siempre que se constate, mediante el examen de la causal legal, que la solicitud no pretende alterar el trabajo parlamentario porque cualquier otra consideración conduciría a desconocer el derecho a perseguir responsabilidades penales y a establecer un privilegio personal contrario al derecho y a la justicia.” (Considerando 4º, sentencia Corte Suprema)

Para la Corte es el correcto funcionamiento del Parlamento, en cuanto a la distribución de la representación política, lo que resguarda el desafuero. En estos fallos no se analiza la suspensión del parlamentario como la pérdida del goce de un derecho personal o subjetivo público. Puede ser esa falta de examen lo que impide a la Corte atender el alegato de las defensas de que la decisión de desaforar a un parlamentario afecta un derecho del parlamentario y, por lo tanto, la resolución que se pronuncia debe estar precedida de un procedimiento racional y justo.

Al prescindir de este análisis, la Corte se aboca a justificar que el juicio en el que se persiga la responsabilidad penal del parlamentario tras el desafuero permite a las partes el pleno ejercicio de sus derechos y garantías relativas al debido proceso. La sentencia así lo afirma en el considerando 7º, cuyo contenido está presente en los fallos anteriores en términos semejantes: “7º) Que, por lo demás, semejante declaración de haber lugar a la formación de causa al parlamentario afectado, si hubiere mérito suficiente para ello, ofrece a ambas partes iguales oportunidades para discutir en la litis los presupuestos de

la imputación formulada por el querellante en contra del desaforado y permite a éste hacer valer sus alegaciones y descargos en abono de su exculpación, propósitos que sólo pueden satisfacerse adecuadamente durante el desarrollo del pleito ante el tribunal competente.”

El problema del debido proceso en el desafuero, para la Corte Suprema, es aparente. No es en dicho procedimiento donde la cuestión de fondo, la responsabilidad penal y la existencia del hecho punible, será discutida. No cabe anticipar su aplicación a un trámite previo.

Sin embargo, este fallo tuvo un voto disidente. Y ese voto, del Ministro Milton Juica, aborda el alegato de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 416 del CPP.

Para el Ministro Juica la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal con su regla sobre el desafuero, no alteró la naturaleza jurídica de éste. Tal como lo dijera la Corte Suprema en el fallo que confirmó el desafuero del Senador Pinochet, el voto del Ministro Juica concibe al desafuero como un “antejuicio”, que tiene por objeto “hacer efectiva la condición de procesabilidad general respecto del Diputado o Senador cuya responsabilidad penal se trata de perseguir” (Considerando 1º del voto disidente)

El procedimiento en cuestión está a cargo de la Corte respectiva, la que “si halla mérito” declarará ha lugar a formar causa contra el aforado. Respecto al objeto del desafuero y al examen que debe realizar la Corte respectiva, el Ministro Juica mantiene la postura expresada previamente por otros fallos. La

naturaleza y existencia del delito o la responsabilidad del imputado no son tópicos que competan al Tribunal que resuelve el desafuero, sino del que deberá llevar adelante el juicio si el desafuero se autoriza.

En lo que disiente fundamentalmente el Ministro Juica es en el alcance que debe darse a la regla del inciso tercero del artículo 416 del CPP. Para él, a falta de historia fidedigna de su establecimiento “puesto que en el debate legislativo se dejó sólo constancia que en el Senado se introdujo el precepto del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal”, la norma puede interpretarse en un único sentido “que le da coherencia y aplicabilidad”, el que señala que se le entrega a la Corte respectiva “el determinar el "mérito" para la formación de la causa sobre la base de lo que en la querella se describa circunstanciadamente el hecho punible, de tal manera que éste encuadre en algún tipo de carácter penal y se relacione con una acción imputada de manera inequívoca con el que aparezca como querellado por tal delito, toda vez, que el mismo precepto, no autoriza demostración probatoria alguna para decidir tan grave medida.”

Para el Ministro Juica, parece no ser suficiente el contenido de la querella para decidir el desafuero de un parlamentario en los delitos de acción penal privada. Pero tal suficiencia existe “en concepto del sentido de la ley -artículo 416 inciso 3º del Código Procesal Penal- para autorizar la declaración de haber lugar para proceder”, lo que finalmente impide ignorar su alcance, “puesto que otra decisión haría impracticable, bajo el impero de dicha ley, otorgar desafuero

alguno en hechos delictivos que den lugar a la acción penal privada.”  
(Considerando 7º del voto disidente).

El voto de mayoría rechaza declarar de oficio la indicación previa de inaplicabilidad del precepto que realiza el Ministro Juica. Sin embargo el desafuero no fue acogido. En la exposición de la indicación, se sostiene que la ley ha dispuesto un procedimiento que sólo atiende al mérito de la querrela aún antes de que sea admitida a tramitación por el juez de garantía, lo que supone que en dicho procedimiento no podrá demostrarse “la veracidad de las afirmaciones que se contienen en el libelo” y el desafuero podrá concederse basado en los dichos de la víctima. Pero prescindir de lo dispuesto en la ley “en la práctica significaría que los parlamentarios, además de gozar de la inviolabilidad por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de Sala o de Comisión, también podrían hacerlo con total impunidad fuera de los casos y lugares antes aludidos, con lo cual se le estaría otorgando un privilegio que la Constitución Política de la República no acepta, con respecto de los delitos de injuria y cualquier otro en que se disponga el carácter de acción penal privada, con lo cual se conculca el derecho constitucional de la igualdad ante la ley, en cuanto asegura que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias” (Considerando 2º, Justificación de rechazo a opinión minoritaria)

Para la Corte Suprema, la potencial infracción del debido proceso, traducida en la posibilidad de que el parlamentario sea desaforado sin que pueda controvertir en el procedimiento de desafuero las afirmaciones del querellante, representaba una situación de igual entidad que la constitución de un privilegio para los parlamentarios que los hiciera inmunes a cualquier acción penal privada. La consecuente infracción a la igualdad ante la ley que supone privar a un particular del único procedimiento regulado de que dispone para requerir el desafuero de un parlamentario, fue considerada en este fallo junto a la posibilidad de privar al parlamentario de su derecho a defensa material.

Al respecto, la indicación afirmaba que el procedimiento de desafuero del inciso tercero del artículo 416 del CPP terminaría en una sentencia que declarararía ha o no lugar a formar causa contra el parlamentario, dictamen que “no puede fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, careciendo claramente de uno de sus pilares fundamentales, cual es el derecho que tienen las partes de demostrar por medio de la prueba rendida legalmente, la justificación o injustificación de la medida que se impetra, de lo cual se deduce sin mayor esfuerzo que un procedimiento así concebido y de carácter tan precario no observe los parámetros de racionalidad y justicia que exige la garantía prevista en el inciso quinto del N° 3 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental”.

Asimismo, la interpretación conforme la postura del voto disidente de la regla impugnada, esta vez desde el punto de vista del Parlamentario “resulta inaplicable con respecto al artículo 58 (61) de la Constitución Política de la República, puesto que el sentido de esta norma, es el de proteger a los parlamentarios contra denuncias o acusaciones que se deduzcan en su contra y que los lleven a ser enjuiciados sin que previamente se examine, por la jurisdicción, el mérito de tales denuncias o acusaciones que permitan de este modo determinar la gravedad y consistencia de dichos cargos, para suspender el beneficio de la inmunidad de que gozan los parlamentarios a fin de enfrentarse al juicio correspondiente. De este modo, el sentido del desafuero se debilita sustancialmente al permitir la ley, contra el texto constitucional, que se autorice la formación de causa con sólo los antecedentes que fluyen de una querrela que en este caso se tornaría en un acto jurídico procesal unilateral de graves consecuencias que perturba en su esencia la independencia de los Poderes Públicos.”

La indicación precedía las consideraciones fundamentales de los fallos que el Tribunal Constitucional pronunciaría meses más tarde ante requerimientos de inaplicabilidad fundados en la infracción del debido proceso del desafuero por delitos de acción privada, por la ausencia de reglas que consagraran la oportunidad concreta de presentar pruebas en el procedimiento. Para la Corte Suprema, aún en minoría, un procedimiento que prescinde de las reglas expresas que permitan a las partes “demostrar por medio de la prueba

rendida legalmente, la justificación o injustificación de la medida que se impetra”, no puede considerarse suficiente ante las exigencias de un procedimiento racional y justo de la Constitución.

A nuestro juicio el problema seguía siendo mal enfocado: no se trataba de la expresión legal de la oportunidad procesal para presentar pruebas. Esa expresión, claramente ausente en el inciso tercero del artículo 416 del CPP, no garantiza por sí sola el respeto y observancia del debido proceso. En la concepción del constituyente, como señalamos en el capítulo correspondiente, el debido proceso podía respetarse de igual forma si la naturaleza del proceso permitía prescindir de pruebas físicas (un proceso cuya solución fuera la interpretación jurídica, por ejemplo) o documentales. Lo esencial era que fuera racional y justo. Y la racionalidad y justicia debía ser definida en cada caso por la Corte Suprema al conocer del recurso de inaplicabilidad (hoy competencia del Tribunal Constitucional).

Lo que este fallo aporta, además, es que entre las consideraciones de la Corte Suprema tuvieran un lugar la igualdad ante la ley y la inexcusabilidad, como contrapartidas inevitables del rechazo de la solicitud de desafuero por la infracción al debido proceso indicada. De un lado se podía dotar a los parlamentarios de una inmunidad de hecho en caso de ser imputados por un delito de acción penal privada, lo que haría ilusoria la pretensión legítima del particular de ejercer su acción en igualdad de condiciones. Por otro, el Tribunal tendría que limitar su acción a la de un mero “esclavo de la ley”, como señala

un autor, en lugar de, con el uso de las modernas técnicas de interpretación e integración, pasar “a ser un servidor de la justicia y del Estado de Derecho”.<sup>130</sup>

En parte, el Tribunal Constitucional abordó estos problemas en las sentencias que analizaremos a continuación. Aunque en los hechos una solución no llegó a ser pronunciada.

#### **4.6.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Debido Proceso y Desafuero. Análisis Crítico.**

A partir de la entrada en vigencia de la ley N° 20050 (26 de agosto del 2005) de reforma constitucional, el Tribunal Constitucional de Chile tiene entre sus atribuciones, aquella que señala el numeral 6° del artículo 93 de la CPR, esto es: “6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

En el ejercicio de esta atribución, el Tribunal Constitucional ha debido resolver diversos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 416 del CPP, presentados por parlamentarios contra quienes se había ejercido una acción penal privada. (En todos los casos, se trataba de querellas por el delito de injurias)

---

<sup>130</sup> SERGIO VERDUGO RAMÍREZ. 2008. Desafuero Parlamentario por delito de acción penal privada: un caso de inconstitucionalidad por omisión del legislador. En: XXXVIII Jornadas de Derecho Público. Termas de Chillán. Chile

A continuación mostraremos los fallos más relevantes bajo el prisma de nuestra exposición en el capítulo 3, apartado 6 de este trabajo. Junto a lo anterior, expondremos otras posiciones surgidas en la doctrina constitucional sobre el contenido de estos fallos.

Por sentencia de 8 de agosto del 2006 en la causa Rol N° 478 del 2006, el Tribunal Constitucional acogió la solicitud de inaplicabilidad del inciso tercero del artículo 416 del CPP, declarando inaplicable dicho precepto legal a la solicitud de desafuero del Senador Guido Girardi Lavín, rol de ingreso Corte N° 2257 del 2006, seguida ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

En lo fundamental, el requerimiento de inaplicabilidad sostuvo que “el artículo 416 inciso tercero, del Código Procesal Penal resulta contrario a la Constitución, puesto que implica establecer un procedimiento en virtud del cual, con el solo mérito de la querrela y sin dar oportunidad para la presentación de pruebas por parte de la defensa, ni para una adecuada instancia de contradicción, se proceda a pronunciar el veredicto de desafuero. Ello significa establecer un procedimiento contrario a los estándares de racionalidad y justicia que exige la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución.”

La defensa del parlamentario no podría ejercerse porque ésta no podría rendir prueba para desvirtuar los cargos.

Agregan que “el precepto impugnado resulta, respecto de la solicitud de desafuero, una norma decisoria, ya que es ella tanto la que ha sido esgrimida como fundante por los solicitantes en representación de los querellantes, como por el hecho que es ella la que establece la necesidad de que, antes de acoger a tramitación una querrela por delito de acción privada, se debe formular por la Corte de Apelaciones respectiva la declaración de desafuero.”

Los querellantes sostienen que el desafuero no es un juicio, sino sólo una gestión previa, por lo cual no le son aplicables las garantías del racional y justo procedimiento. En general, sus descargos consisten en la reafirmación de varios de los argumentos que los tribunales superiores de justicia habían expuesto en sus considerandos para rechazar los alegatos de las defensas de parlamentarios imputados de algún delito.

Es así como los querellantes sostienen en este caso que “el fuero es una institución que significa una restricción tanto al principio de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, como del proceso debido, en la forma como lo consagra la Constitución. Para justificarlo se invocan razones vinculadas a la protección del buen funcionamiento de la actividad parlamentaria, por lo que no constituye un derecho del parlamentario.”

De esta forma, los querellantes pretenden que al no existir un derecho personal comprometido con el desafuero, el parlamentario no puede invocar la protección de un procedimiento racional y justo, puesto que la sentencia no afectará su persona o derechos”

Para los querellantes, “El desafuero constituye un “antejuicio”, en el cual no está comprometido ningún derecho fundamental de quien goza el privilegio.”

Por lo que respecta al debido proceso, los querellantes afirman que “la doctrina y jurisprudencia ha concluido que, coherente con la naturaleza y fines de ambas instituciones, no corresponde aplicar dicho conjunto de garantías al trámite de desafuero. Esta apreciación se funda en el carácter de “antejuicio” del desafuero, no constituyendo un juicio, sino un trámite previo que es anterior al verdadero juicio y es precisamente que en éste último tiene sentido la aplicación de las garantías del debido proceso.” Esta apreciación es idéntica a la expuesta en su momento, por la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, en sus fallos por la solicitud de desafuero del Senador Augusto Pinochet.

Añade el querellante que el derecho a defensa del aforado no se verá comprometido en este procedimiento, porque “la acusación ha sido conocida por el requirente; quien tendrá oportunidad de defenderse en las audiencias en que se discuta el desafuero y, tratándose de un caso de delito de acción privada, en que no interviene el Ministerio Público, las oportunidades de producir su prueba serán las mismas que las del querellante.”

Sobre la restricción al derecho de defensa agregan que “ambas partes se encuentran en idéntica situación respecto de la prueba, haciéndolas valer en el juicio de injurias y no en el trámite de desafuero.” Por último, afirman “que no

existe antecedente alguno que la Corte de Apelaciones se haya negado a recibir antecedentes probatorios, presentados en el trámite de desafuero.”

La impugnación del querellante mantiene la postura de los fallos de los tribunales superiores de justicia, en cuanto al objeto del desafuero y su naturaleza jurídica, como en la aplicabilidad del debido proceso en él.

El Tribunal Constitucional manifiesta en su fallo una cuestión importante antes de abocarse a la definición de la infracción al debido proceso. Se refiere a ella en el considerando séptimo, en los siguientes términos: “**SEPTIMO:** Que resulta indispensable determinar si la nueva redacción del precepto implica un cambio en la calificación de los supuestos del desafuero -en cuanto al nivel de exigencias para concederlo- o en su ámbito de aplicación, esto es, las figuras delictivas a que se extiende.” Lo anterior, puesto que como una adecuación de términos del antiguo al nuevo proceso, se sustituyó “procesado” por “acusado” en el artículo 58 de la CPR, lo que podía implicar la exigencia de una investigación más completa y una convicción mayor del Ministerio Público, para solicitar el desafuero de un parlamentario. Esto alcanzaba a los delitos de acción privada, dado que en el considerando quinto se exponía que “el citado artículo 58 de la Constitución no formuló distinción alguna en relación a los delitos a que es aplicable, sean éstos de acción pública o privada. Aún más, el procesamiento (o declaración de reo) se encontraba establecido como condición de progreso del juicio criminal en la investigación y sanción de toda clase de delitos”

Esta conclusión se ve reforzada en considerandos posteriores, puesto que el Tribunal entiende que aunque en los delitos de acción penal privada no hay, formalmente, una acusación contra el parlamentario, esto no da pie para hacer una diferencia que la Constitución no realiza en la norma pertinente. Así, en el considerando décimo se indica que “la finalidad de la autorización jurisdiccional para enjuiciar a un parlamentario se cumple de la misma forma en toda clase de delitos, y no puede ser restringida a una categoría de ellos porque la ley procesal confiera a su persecución una diversa regulación. Tampoco la historia del establecimiento de la norma permite excluir a los delitos de acción privada, en cuanto el punto no fue deliberado y la discusión giró sólo sobre la terminología usada inicialmente en el mensaje, referida a la formación de causa, que primó sobre la surgida en el debate, que aludía a la formalización de la instrucción o investigación.

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

Con base en el mensaje del ejecutivo al enviar el proyecto de ley sobre el CPP y al estimar los requisitos de la prisión preventiva, que es otro de los

supuestos para solicitar el desafuero- el Tribunal estimó que no había disminución de requisitos o exigencias para solicitar el desafuero.

En lo que respecta a la alegación del requirente, en cuanto al respeto del debido proceso en el procedimiento impugnado, el Tribunal primero aclara que el constituyente no enunció las garantías del debido proceso. Como analizamos en el capítulo respectivo, la Comisión Ortúzar discutió si debían incluirse en la fórmula que se adoptara la enumeración o la mención de las garantías mínimas que correspondían a un debido proceso. Finalmente, se prefirió una “fórmula escueta” sin incluir aquellas garantías que conformaban el concepto. Por un lado, los comisionados expresaron su temor de que se dejara fuera garantías no previstas. También rondaba la idea de obligar al intérprete a consultar el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del sistema anglosajón. Pero dado que un elemento de la fórmula era la racionalidad, por ella se entendió referir a la necesidad de la inclusión de garantías según la naturaleza particular del procedimiento. Algunos procedimientos requerirían que la sentencia pudiera ser objeto de apelación y en otros podría concluirse racionalmente que no era necesario proveer recursos. Pese a la decisión de no enumeración de garantías, la Comisión quiso “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”<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN ORTÚZAR. Sesión N° 103. p. 19-20.

Para el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, el derecho al debido proceso está integrado por la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, su oportuno conocimiento, el emplazamiento, la asesoría técnica oportuna y calificada y “la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores” (C.S., 5 diciembre 2001, R.G.J., 258 )

Es interesante la inclusión de un considerando que señala el proceso por el cual el Tribunal debe analizar si la norma que se impugna es, efectivamente, inaplicable por inconstitucional. En esencia, el Tribunal Constitucional cita a un autor e indica que “la magistratura constitucional no está compelida a la mera comparación abstracta de dos normas de diverso rango, para desentrañar su incompatibilidad, sino que en el instituto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión; a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y -lo más específicamente decisivo- el examen particular acerca de si “en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquella...” Por eso, “puede advertirse que hay preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la carta

---

fundamental y, no obstante ello, ser inaplicables a un caso particular, precisamente porque en la particularidad de ese caso, la aplicación de una norma legal objetada es contraria a los efectos previstos por la norma constitucional”<sup>132</sup>

Esta reflexión es relevante según desarrollaremos con posterioridad, a la luz de una crítica a los fallos del Tribunal Constitucional en un sentido más amplio.

Además del aparente consenso jurisprudencial sobre los elementos que integran, en grado mínimo, el debido proceso, el fallo señala aquellas normas del Código Procesal Penal aplicables al procedimiento de desafuero por su carácter general. Ellas son las de los artículos 4, 8 y 93. Dichas normas son una manifestación concreta o expresa del mandato constitucional del artículo 19 N° 3.

Para el fallo, la naturaleza jurídica del desafuero no es relevante para determinar si le son o no aplicables los requisitos de un procedimiento racional y justo. Puesto que “el desafuero se decide a través de un proceso que culmina en una sentencia con efectos permanentes”, su “legitimidad se asegura por un procedimiento racional y justo”. (Considerando decimoséptimo)

---

<sup>132</sup> RÍOS ALVAREZ, L. 2005. Trascendencia de la Reforma Constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. 1(3): 73-95. p.77-78.

Con estas premisas, el Tribunal se aboca a la resolución del asunto, con la prevención de que “Se ha observado que el sentido y alcance del artículo 61 de la Constitución determina que, para autorizar previamente la acusación y dar lugar a la formación de causa, es necesario que se compruebe la existencia del delito y de presunciones fundadas de participación en él, o que la investigación proporcione fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado.”

No compartimos completamente esta última reflexión, expuesta como constatación. Como reproducimos en el acápite anterior, en una de las sentencias sobre solicitud de desafuero, aquella recaída en la solicitud del diputado Eugenio Tuma contra el Senador Nelson Ávila la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago dijo en su considerando 5º “Que el Tribunal que conoce de la solicitud de desafuero, debe pronunciarse exclusivamente acerca de si autoriza o no la formación de la causa en contra de un parlamentario imputado de un hecho criminalmente punible, sin extender su resolución a la existencia cabal del delito, su naturaleza, penalidad y otros caracteres, ni menos decidir acerca de aspectos relativos a la eventual responsabilidad del imputado, por cuanto todos estos elementos son de incumbencia del tribunal de justicia al que corresponda de acuerdo con las reglas generales, intervenir en caso que se conceda en definitiva el desafuero.”

En el apartado correspondiente, expusimos nuestra visión del problema planteado en términos de entender que el análisis de los antecedentes del desafuero está limitado por su propio objetivo. La plausibilidad de un juicio

penal en contra de un parlamentario por los antecedentes que aporte la investigación del Fiscal, en el caso de los delitos de acción penal pública, o la misma plausibilidad si se analizan los aspectos formales con vista en el fin protector de la norma constitucional en el desafuero por delitos de acción penal privada.

En estos últimos, el análisis no puede extenderse a aspectos de fondo del asunto, como la comprobación de la existencia del delito o de si hay presunciones fundadas de participación del aforado en él. Dado que no hay una investigación previa que aporte antecedentes que permitan valorar si la acción no tiene por propósito un ánimo frívolo o la perturbación de la actividad de representación política que ejerce el parlamentario, el procedimiento de desafuero que se inicia por la interposición de la querrela y la solicitud a la Corte de Apelaciones respectiva debe permitir la producción de prueba y la realización de diligencias que se dirijan a aclarar la idoneidad de los aspectos formales de la acción, así como la presencia o no de causales eximentes de responsabilidad penal en general.

De abocarse el Tribunal a comprobar la existencia del delito o la existencia de presunciones fundadas de participación del imputado, excede la competencia que el desafuero supone. Y genera la serie de trastornos ya expuestos en el apartado correspondiente, desde la afectación de la independencia judicial a la más que probable dificultad para que la Corte que decidió el desafuero por considerar comprobado el hecho punible y evidentes

las presunciones fundadas de participación, ofrezca su mejor versión de imparcialidad en un eventual recurso de nulidad de la sentencia que presente el parlamentario condenado.

En el considerando decimonoveno el Tribunal entiende que en el caso de los delitos de acción pública, la investigación del Ministerio Público y la intervención garantizada del imputado ejerciendo su defensa, permite al Tribunal (que conozca del desafuero) contar con los medios “para ponderar la existencia del delito y los elementos básicos de la participación criminal.” Es decir, el Tribunal entiende al desafuero como una instancia en la que debe determinar el valor de los elementos probatorios para establecer si existe el delito imputado y establecer si se dan los “elementos básicos” de participación criminal. Cómo difiere eso de un juzgamiento, el Tribunal no lo indica. Y qué implica que el desafuero verse, finalmente, sobre lo mismo que el juicio criminal, tampoco es abordado.

De esta manera, es consistente con esa concepción que el Tribunal estime que en el caso de los delitos de acción privada, “la Corte de Apelaciones, a su vez, tiene como antecedente para fundar su decisión sobre el desafuero únicamente el tenor de la querrela, antes de que se verifique siquiera su admisibilidad, y carece de elementos probatorios, debidamente producidos, que le permitan constatar la existencia de un fundamento serio sobre el mérito o

justificación para formar causa. Así, el conocimiento, previo a la resolución, es precario e incompleto”<sup>133</sup>

El Tribunal Constitucional desestima la alegación que afirma que en el juicio criminal correspondiente el imputado tendrá oportunidad y forma de aportar sus pruebas, dado que dicho juicio “es un conflicto jurídico posterior al proceso de desafuero, que puede provocar efectos tan trascendentes como la suspensión del cargo del parlamentario y que amerita, per se, un procedimiento e investigación racionales y justos.” De lo que se sigue que para el Tribunal Constitucional, el posible efecto del desafuero es suficiente motivo para, “per se”, dar aplicación a los elementos que conforman un debido proceso. Eso parece ser razonable, pero es una razón o motivo distinto y no complementario al que, finalmente, esgrime en este considerando cuando dice que “Las circunstancias anotadas adquieren mayor relevancia en este caso, considerando que se juzga un delito -como el de injurias- que exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo cuyo examen trasciende ordinariamente un control de tipicidad simplemente formal”.<sup>134</sup>

Si el efecto sancionatorio que ocasiona la declaración de ha lugar a formar causa que pronuncia la Corte, implica reconocer en este procedimiento – independiente de su naturaleza jurídica- una instancia en la que el Estado puede afectar (conforme una sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción) un

---

<sup>133</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 478-2006. Considerando vigésimo.

<sup>134</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 478-2006. Considerando vigésimo primero.

derecho de una persona (en este caso, no el de ejercer la representación política sin alteraciones frívolas o maliciosas, sino el que precisamente conforma el corazón conceptual del debido proceso: el derecho de un juicio justo) ese sólo reconocimiento basta para estimar que cabe aplicarle todos y cada uno de los elementos que integran el debido proceso, según la naturaleza u objeto del proceso.

En consecuencia, el hecho que “se juzgue un delito” no puede formar parte de la *ratio decidendi* del fallo. El procedimiento de desafuero no existe para juzgar un delito (¿qué objeto tendría un juicio criminal posterior?) ni menos para analizar los elementos subjetivos del tipo (es decir, la culpabilidad) presentes en la conducta del imputado. La circunstancia de que se pueda llegar a sancionar a alguien sin observar las reglas de un procedimiento racional y justo no es un criterio complementario al de considerar que el tribunal respectivo debe poder juzgar inclusive los elementos subjetivos del tipo penal. Mientras el primer criterio dice relación con el concepto de debido proceso entendido como límite a la acción sancionatoria del Estado y de cualquier órgano que ejerza jurisdicción, en tanto imperativo moral de un estado de derecho, el segundo se refiere al alcance o nivel de conocimiento necesario para formar convicción en un tribunal determinado, ante un asunto específico.

El Tribunal Constitucional no aclara qué criterio es preponderante en este asunto y, por lo tanto, debe primar sobre el otro a la hora de analizar la inaplicabilidad de la regla que se impugna. Más aún, parece dar a entender que

el nivel de conocimiento de un asunto determina la concurrencia de los derechos que conforman el debido proceso en un desafuero o en cualquier otro asunto, al señalar en su considerando vigésimo segundo: “**VIGESIMO SEGUNDO**: Que de lo relacionado se sigue que en este proceso la recepción y producción de la prueba es connatural al derecho de defensa, constituyéndose en garantía esencial de un procedimiento racional y justo. Su ausencia priva a la norma procesal impugnada, de un requisito mínimo para satisfacer el mandato constitucional”.

De esta forma, puede entenderse que si la norma impugnada incluyera una frase como “las partes podrán demostrar la fuerza de sus alegaciones ante la Corte respectiva en la vista de la causa que ésta decrete”, u otra análoga, el defecto estaría subsanado y éstas no podrían requerir de inaplicabilidad por inconstitucionalidad dicha regla, aún cuando otros elementos que la doctrina y la jurisprudencia que cita el Tribunal Constitucional estarían ausentes y la resolución que diera lugar a la formación de causa suspendería de su cargo al parlamentario sin que dicho procedimiento cumpliera, según los estándares explicitados, con los requisitos mínimos de un debido proceso.

La sola ausencia de una regla procedimental que reconoce una garantía constitucional no puede ser el estándar suficiente para estimar que ese procedimiento conforma un debido proceso. La propia Corte Interamericana de derechos humanos ha dicho que no basta la existencia formal de la garantía para dar respuesta a una violación de un derecho humano o para que éstos

puedan ser considerados efectivos. En su resolución del Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, expresó: “Sobre las garantías judiciales o también conocidas garantías procesales, la Corte ha establecido que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, conforme a las disposiciones del artículo 8º de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho, es decir, las ‘condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial’”<sup>135</sup>.

También es posible que la Corte de Apelaciones respectiva no conceda alguna solicitud de diligencias o no se pronuncie sobre toda la prueba rendida durante el desafuero. En el primer caso, la legislación procesal penal de la reforma contempla mecanismos de impugnación de esa decisión (que es privativa del Ministerio Público y no del Tribunal, salvo para el caso de que se reabra una investigación cerrada, por el juez de garantía). Para el segundo caso, la legislación de la reforma también contempla recursos para impugnar un fallo que no se pronuncie sobre toda la prueba rendida. Pero en ambos casos se trata de reglas que le son aplicables al juez de garantía y al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Si la Corte decide excluir pruebas o no aborda en su sentencia la valoración de aquella presentada por el imputado, no está claro a qué mecanismos de impugnación pueda acudir éste último.

---

<sup>135</sup> Motivos 121 y 124 de la sentencia pronunciada el 7 de junio de 2003.

Lo anterior, producto de que se ha impuesto la noción de que el Constituyente estableció que todo procedimiento racional y justo implica, como mínimo, una oportunidad (expresa) de recepción y producción de prueba para ser considerado tal. Esto a pesar de que el mismo Constituyente estableciera, primero, el criterio acerca del examen de la naturaleza del proceso de que se trate para ponderar la aplicabilidad o no de los elementos que comprendían e integraban el debido proceso.

Y el enfoque encuentra otro problema: si la norma impugnada carece de la mención expresa de un término probatorio o de la oportunidad para recibir y/o producir prueba, ¿es equivalente esa omisión a una contrariedad de la norma constitucional? La pregunta podría plantearse de otro modo: ¿La regla del inciso tercero del artículo 416 del CPP impide la recepción o producción de prueba para la defensa ante la Corte de Apelaciones?

Si se atiende a lo expuesto, debemos concluir que el deber del Estado, derivado de la propia Constitución como de los instrumentos internacionales reconocidos por éste y vigentes es respetar el “debido proceso legal”, cada vez que un ciudadano pueda ver su vida, libertad o propiedad afectada por una resolución emanada de alguno de sus poderes.

Respetar el debido proceso se expresa, desde luego, en su consagración legal y constitucional. Bajo nuestra fórmula, no sólo el Estado es destinatario del mandato de resolver por medio de un proceso previo y legalmente tramitado,

sino “todo órgano” que deba decidir un conflicto de relevancia jurídica. El mandato que se dirige al legislador es para la elaboración de las reglas legales que cada procedimiento requiere, las que “siempre” debe establecer bajo el estándar de un procedimiento racional y justo.

En base a este último predicamento, puede mirarse este conflicto como un problema de omisión de reglas generado por el legislador. Así, quien debía establecer una oportunidad a la defensa para requerir y presentar pruebas no lo hizo y la regla carece, por tanto, de constitucionalidad puesto que el legislador dejó de cumplir su mandato y es injusto que el imputado sufra los efectos de esta omisión.

El problema de este enfoque es que tiende a reducir por extensión. Mientras más responsabilidad se atribuye a la omisión, menos incentivos se generan a los demás poderes del Estado, en particular al Poder Judicial, para corregir de manera autónoma estas faltas. Y con el agregado que el Poder Judicial está obligado a corregirlas conforme el mandato particular –también de carácter constitucional- de inexcusabilidad del ejercicio de su autoridad “ni aún a falta de ley que decida la contienda”.

El respeto al debido proceso consiste en algo más que la mera constatación de la presencia o ausencia de sus elementos en un procedimiento determinado. Desde luego esta función es necesaria. Pero la sentencia bajo análisis decide que la regla del inciso tercero del artículo 416 del CPP es contraria a la Constitución, específicamente a las normas de los artículos 19 N°

3 inciso quinto y 61. Quiere decir con esto, el Tribunal Constitucional, que dicha regla impide a la defensa requerir diligencias probatorias y presentar pruebas de descargo que permitan impugnar las afirmaciones del querellante. De otra forma, su declaración sería una mera constatación de una omisión del legislador.

Pero el Tribunal Constitucional, a nuestro juicio, no demuestra en su fallo que la regla impugnada resulte contraria al debido proceso, como se encuentra consagrado éste en nuestra Constitución. Dado que el control de constitucionalidad que supone el requerimiento de inaplicabilidad es un control concreto, no basta con afirmar que la Corte deberá resolver sin elementos probatorios y con base en la sola querrela si da lugar o no a formar causa contra el parlamentario, sino que debe mostrar que, de hecho, esa regla produce ese efecto al aplicarse en ese caso en actual litigio. En nuestro contexto afirmar esto es particularmente complejo, si atendemos al hecho que, aún por razones que juzgamos erróneas, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia siempre desestimó el alegato de infracción del debido proceso en el procedimiento de desafuero (tanto del antiguo como del nuevo proceso penal), pero siempre otorgó (y tanto querellantes como imputados hicieron uso de ellos) suficientes espacios para la presentación de pruebas y hasta la realización de diligencias de prueba requeridas por la defensa.

La sentencia que comentamos entiende el juicio de desafuero como una instancia en la que el Tribunal respectivo debe establecer la existencia del delito y de presunciones fundadas de participación en él del aforado. Este punto de partida, a nuestro juicio, determina el error en la decisión del Tribunal Constitucional.

En esta sentencia el Tribunal dejó asentada su postura sobre la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 416 del CPP. Pero también señaló el límite de su propia función. En un considerando incluyó la declaración de su incompetencia para proveer una solución por el evidente vacío de reglas que su fallo podía causar a los intervinientes. Conforme con el principio de inexcusabilidad que el tribunal que debería resolver la controversia aún pendiente debía respetar, el Tribunal Constitucional optó por hacer presente su imposibilidad de actuar.

Con los mismos argumentos decidió sobre el requerimiento en causa Rol N° 529-2006. A este fallo agregó una prevención más explícita acerca del eventual vacío de solución para el conflicto pendiente. En el considerando vigésimo quinto, el Tribunal expresó que “frente a la imputación de un hecho delictivo un parlamentario goza de fuero, pero no de impunidad. Interpuesta la acción criminal en su contra, el ejercicio de la misma no puede verse impedido por la inaplicación del precepto legal que regula únicamente la oportunidad de la autorización previa que otorga el Tribunal de Alzada, pues el conflicto jurídico se resuelve reconociendo la eficacia normativa de la disposición contenida en el

artículo 61, inciso segundo, de la Ley Fundamental. Ella deriva de la supremacía de la Constitución y su vinculación directa con los órganos del Estado y toda persona o grupo, bases fundantes de la institucionalidad.”

Este considerando parece motivado por la inexplicable decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago tras el fallo del primer caso: decidió su archivo argumentando que ya no había precepto legal para utilizar conforme la declaración de inaplicabilidad. Sin embargo, tras esta sentencia, la Corte resolvió igual medida. Asimismo lo hizo en la siguiente solicitud de desafuero, tras la declaración de inaplicabilidad recaída en la causa Rol N° 533-2006.

Dado que el Tribunal Constitucional había declarado 3 veces, por los mismos argumentos, inaplicable por inconstitucional el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, en agosto y septiembre del año 2006, dos solicitudes (una de ellas presentada por un abogado, la otra por 3 parlamentarios en ejercicio) conforme lo previsto por el artículo 93 N° 7 de la Constitución fueron realizadas al mismo Tribunal. Tras declararlas admisibles y acumularlas, el TC afirma en su considerando octavo “que al pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto legal, esta Magistratura decide si su aplicación en una determinada gestión judicial resulta contraria a los fines previstos en la Constitución - estimando la relación jurídico–procesal en que incide - y, por ende, su examen es particular, no se dirige a calificar la legitimidad constitucional del enunciado normativo en abstracto. No le corresponde en ese proceso, entonces, discernir otras interpretaciones de la ley

diversas a las que derivan de la forma en que ella se aplica en ese caso concreto. Circunscrita la litis a las pretensiones de las partes, carece el tribunal de facultad para buscar una interpretación de la ley conforme a la Constitución y debe limitarse, como se ha dicho, a establecer si su aplicación específica se atiende o concuerda con aquélla.”.

Y para resolver la solicitud, que busca eliminar de la ley el precepto impugnado, el TC razona en sus considerandos pertinentes como sigue: “**DECIMOPRIMERO:** Que, desde la perspectiva de un cotejo abstracto con la Constitución, el precepto legal contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal no aparece, en principio, vulnerando – en todo evento y modalidad de aplicación - el mandato del artículo 61, inciso segundo, de la Constitución. En efecto, éste garantiza que ningún parlamentario puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa. La norma legal, a su vez, regula simplemente el momento procesal en que debe requerirse tal declaración.”

Para el TC no hay contradicción evidente ni una incompatibilidad radical entre ambos preceptos. Debe buscar si existe una interpretación del precepto que se conforme con los “valores, principios y finalidades” de la Constitución.

En lo pertinente del fallo, inclusive indica una interpretación integrada del precepto que hace posible que la regla pueda aplicarse en el procedimiento de desafuero parlamentario. En los considerandos pertinentes, el fallo señala: “**DECIMOTERCERO:** Que el procedimiento de desafuero de un parlamentario se tramita, en la práctica, en una audiencia que se sujeta a las reglas generales de la vista de los recursos establecidas en el Título I del Libro Tercero del Código Procesal Penal, en particular el artículo 358. La prueba en los recursos aparece expresamente mencionada, en el artículo 359, a propósito del recurso de nulidad, facultándose su producción sobre las circunstancias que constituyeron la causal invocada.

Si se trata de otros recursos, es perfectamente aplicable la norma del artículo 361, del siguiente tenor: “*Aplicación supletoria.* Los recursos se regirán por las normas de este libro. Supletoriamente, serán aplicables las reglas del Título III del Libro Segundo de este Código”.

Dichas reglas son las del juicio oral. De ellas, adquieren singular relevancia las que se refieren a la libertad de prueba y a la oportunidad para su recepción, contempladas en los artículos 295 y 296. A su tenor, “todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley” y “la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley”.

Asimismo, la recepción de pruebas se refuerza por las disposiciones comunes a todo procedimiento (artículos 89 y 90 del Código de Procedimiento Civil ), aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusiere a lo estatuido en el Código Procesal Penal, por disposición del artículo 52 de este cuerpo legal.

Con todo, el derecho de las partes a rendir prueba no es absoluto, sino que está subordinado a la verificación, por el tribunal de la causa, de la existencia de hechos sustanciales y pertinentes que se hayan controvertido.

**DECIMOCUARTO:** Que, en mérito de lo razonado precedentemente, es dable concluir que el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, tratándose de delitos de acción privada, admite la recepción de pruebas, cuando procede, y, por tanto, el precepto del artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal permite ser interpretado en una forma que lo compatibiliza con las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos que asegura la Constitución Política.”

De esta forma, el TC admite que el alegato de inaplicabilidad que han planteado ante él en 3 ocasiones y que ha acogido –por lo que se le ha presentado ahora esta solicitud de inconstitucionalidad- no tenía verdadera realidad en cuanto a privar a la defensa de la posibilidad de ejercer cabalmente su derecho a defensa material. El precepto por sí sólo no privaba o impedía nada a nadie. La omisión del legislador no tenía el efecto de contrariar a la Constitución, puesto que un simple ejercicio de integración de reglas (que por lo

demás era muy dudoso que una Corte de apelaciones objetara) permitía a la defensa plantear latamente sus alegaciones, de manera suficiente si se tenía en cuenta la naturaleza del juicio que el desafuero representa y lo que cada parte podía requerir probar en él.

En definitiva, el TC resuelve basado en los efectos de la derogación de la regla del inciso tercero del artículo 416 del CPP, más que en su concreta inconstitucionalidad respecto a la carta fundamental. Entonces, “la derogación del precepto legal puede –por la interpretación que se le ha estado otorgando a su inaplicación en causas determinadas- arriesgar la vigencia efectiva del mandato explícito contenido en el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución, que impone la actuación judicial previa como requisito de procesabilidad de un parlamentario imputado de un delito de acción privada. De igual forma, puede extender, a casos futuros, la privación del derecho a la acción de la víctima de un eventual ilícito cometido por un parlamentario, como ha acontecido en los procesos por desafuero en que se ha inaplicado el precepto legal que se cuestiona.”<sup>136</sup>

Así, el TC opta por no acoger la solicitud, para evitar “la desnaturalización de un instituto concebido como garantía procesal de los

---

<sup>136</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 590-2006. Considerando vigésimo cuarto.

parlamentarios”, lo que “constituye razón suficiente para desestimar la inconstitucionalidad de la norma legal objetada”<sup>137</sup>

Para el TC, la regla legal impugnada puede interpretarse de manera de ser compatible con el texto constitucional, en cuanto existen reglas (en el CPP y el CPC) que una interpretación sistemática permite integrar a su sentido y darle operatividad concreta sin que ésta se traduzca en una infracción –por medio de su impedimento- del ejercicio del derecho de defensa del imputado que goza de fuero.

La regla sigue vigente en nuestro sistema.

A pesar de los argumentos de esta sentencia, es claro que en los hechos, el TC se pronunció en abstracto sobre una regla legal y su aplicabilidad conforme con la Constitución. La regla no había sido aplicada por la Corte respectiva en algún sentido. Ni siquiera había conocido la querrela que daba inicio al procedimiento de desafuero. A pesar de sostener que el precepto impugnado admite una interpretación compatible con los artículos 19 N° 3 inciso quinto y 61 de la Constitución, el TC opta por declarar inaplicable dicha regla, aún antes de que la Corte respectiva conociera y declarara algún sentido de la norma legal.

Esta crítica fue encarada por Gastón Gómez en un análisis de los fallos del TC sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 416 del CPP. Para este autor, el TC excedió su competencia al analizar

---

<sup>137</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 590-2006. Considerando vigésimo cuarto,

e interpretar un precepto legal aún antes de que el tribunal que debía aplicarlo efectivamente lo interpretara y le diera una aplicación determinada en el asunto que conocía (de hecho no llegó a conocerlo, tras el archivo de los antecedentes luego de la declaración de inaplicabilidad).

Según Gómez, “los jueces de fondo son los llamados a establecer “las leyes, o en su defecto los principios de equidad” (en palabras del Código de Procedimiento Civil) con arreglo a las cuales se resuelve la controversia. El TC solo tiene competencia para inaplicar el (los) precepto (s) que sirve (n) al juez para decidir un asunto. Es constitucionalmente forzosa la tensión entre ambas jurisdicciones, que se traduce en cuál es la interpretación aplicada al caso que se debe preferir: la del TC o la del juez de fondo, enfrentado, este último, por mandato de la Carta, inexcusablemente a resolver la controversia. Lo que no cabe duda, porque así lo ordena expresamente la Carta, es que el precepto legal que se debe inaplicar es el que se “aplica” a una gestión, lo que exige algún grado de desarrollo aplicativo del mismo. En el caso que nos ocupa, el TC declaró inaplicable el precepto del artículo 416° inciso tercero del CPP aun antes que este tuviera aplicación alguna, premeditando que la omisión del legislador de contemplar un período de prueba en dicho artículo lo volvía inconstitucional, pero sin esperar a que la jurisdicción ordinaria interpretara o

subsana el evidente vacío que presenta en el texto, su carácter incompleto”<sup>138</sup>.

Aún cuando puede compartirse esta objeción sobre la actuación del TC, lo cierto es que la situación se vio particularmente agravada por la conducta de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, para quien la declaración de inaplicabilidad pronunciada por el TC supuso una vía corta y aparentemente segura de evitar aplicar resolver de una manera distinta los casos sometidos a su conocimiento. Finalmente, las tres solicitudes de desafuero fueron archivadas por el Pleno.

---

<sup>138</sup> GASTÓN GÓMEZ BERNALES. Fuero y desafuero en las sentencias del Tribunal Constitucional. En: Sentencias destacadas 2006. UDP.

## **CAPÍTULO V. COMENTARIO ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

### **4.1.- Situación del Querellante en los Delitos de Acción Penal Privada. Inconstitucionalidad v/s Inexcusabilidad.**

Tras el archivo de las querellas (en rigor, de las solicitudes de desafuero) que ordenó el Pleno de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, un aspecto de la controversia quedó huérfano de pronunciamiento, tanto por parte del TC como de la misma Corte.

La Constitución Política de la República consagra en el inciso segundo de su artículo 76 la inexcusabilidad de los Tribunales para resolver un asunto sometido a su decisión "ni aún a falta de ley que resuelva la contienda".

La primera formulación legal de este principio liberal en nuestro medio, se remonta al inciso segundo del artículo 9° de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales del año 1875: "Reclamada su intervención en forma legal i en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de lei que resuelva la contienda sometida a su decisión".

El actual artículo 76 de la Constitución indica en su inciso segundo que "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión". De esta forma, se elevó a rango constitucional el principio de inexcusabilidad.

Se estima que la consagración de este principio obedece a la influencia del derecho francés, que en su Código Civil había establecido la obligación del juez de resolver una contienda independiente de la existencia de una regla legal que le sirviera como norma decisoria. De esa forma, se reaccionaba ante la pretensión del positivismo en cuanto a contar con un sistema jurídico total sin fisuras. Pero al mismo tiempo se optaba por permitir al juez encontrar soluciones a los conflictos privados como cumplimiento a un deber estatal.

En nuestro medio, como lo expone un autor, el alcance de la inexcusabilidad se ha dirigido en dos sentidos, "por un lado, como una mera prohibición para el juez de apartarse de cumplir su deber de fallar, y por otro, como una cláusula excepcional, que autoriza la integración de la equidad como fuente del derecho, en el caso de defecto de ley"<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> PATRICIO MARTINEZ BENAVIDES. 2012. EL PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD Y EL DERECHO DE ACCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. [en línea] Revista chilena de derecho. Vol. 39, N° 1 [consultado 2013-07-17] p. 113-147.

Para la doctrina chilena la inexcusabilidad se refiere, genéricamente, al deber de fallar. La jurisdicción no tiene la opción de declarar que un asunto no puede ser resuelto y, por lo tanto, debe dejarlo de lado.

Pero a la vez que puede entenderse como un deber, puede también interpretarse como una prohibición, “que tiene como destinatario al órgano judicial, lo que se hace especialmente notorio en su consagración constitucional, ocasión en que se despliega claramente como mandato dirigido al Poder Judicial, en cuanto le impide excusarse de cumplir su función.” (Op. Cit.)

El mismo autor señala que alguna doctrina se refiere al alcance de la inexcusabilidad diferenciado del deber de fallar, entendido como el último recurso al que la judicatura puede acudir, mediante el mecanismo de integración y aplicación de la equidad, en caso de laguna legal. De faltar una ley que resuelva la contienda o asunto, deben regir los principios de equidad y la equidad natural, consagrados positivamente en nuestro ordenamiento en los artículos artículo 170 N° 5 del CPC y artículo 24 del CC chileno, respectivamente.<sup>140</sup>

En los casos planteados al Tribunal Constitucional, rondaba la idea de que la declaración de inaplicabilidad podía redundar en un problema de inexcusabilidad. Tal como revisamos en capítulos anteriores, el TC decidió incluir una especie de aviso en un considerando de la sentencia recaída en la

---

<sup>140</sup> MARTÍNEZ BENAVIDES. Op. Cit.

causa Rol 478-2006, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la defensa del Senador Guido Guirardi Lavín. A pesar de la evidente claridad e intención del TC, la Corte de Apelaciones de Santiago, tras recibir el fallo que declaraba la inaplicabilidad del inciso tercero del artículo 416 del CPP, decidió archivar los antecedentes, al considerar que dicha declaración le privaba de la regla que debía decidir la contienda.

Entonces fue que otros dos requerimientos contra la misma regla procesal presentados por las defensas de otros dos parlamentarios tras la presentación de querellas por delitos de acción penal privada en su contra, tuvieron el mismo tratamiento en el TC. Y ante la decisión anterior de la Corte de Santiago, el TC decidió ser más explícito en la siguiente sentencia sobre la naturaleza del problema que otro archivo acarrearía. Expondremos los considerandos de los primeros dos fallos del TC, que evidencian la reacción de éste ante la conducta seguida por la Corte. Fallo causa Rol N° 478-2006: **“VIGESIMO CUARTO:** Que a esta Magistratura le corresponde exclusivamente decidir sobre la inaplicabilidad de un precepto legal en un caso determinado, por lo que resulta improcedente, en la especie, discurrir una solución que resuelva algún posible vacío legal sobre la base de la aplicación inmediata de la Constitución, reglas comunes a todo procedimiento y principios generales del derecho que puedan operar en virtud del principio de la inexcusabilidad.”

Fallo causa Rol N° 529-2006: “**VIGESIMO QUINTO:** Que, según lo prevé el artículo 61, inciso primero, de la Constitución Política de la República, “los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión“. En consecuencia -como se recuerda en la motivación décimo primera-, frente a la imputación de un hecho delictivo un parlamentario goza de fuero, pero no de impunidad. Interpuesta la acción criminal en su contra, el ejercicio de la misma no puede verse impedido por la inaplicación del precepto legal que regula únicamente la oportunidad de la autorización previa que otorga el Tribunal de Alzada, pues el conflicto jurídico se resuelve reconociendo la eficacia normativa de la disposición contenida en el artículo 61, inciso segundo, de la Ley Fundamental. Ella deriva de la supremacía de la Constitución y su vinculación directa con los órganos del Estado y toda persona o grupo, bases fundantes de la institucionalidad;

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

Lo que el TC insinuó en el primer fallo, ya no pudo contenerlo en el segundo. Para el TC, tras el archivo de los antecedentes llevado a cabo por la Corte de Apelaciones de Santiago luego del primer fallo, un problema que requería una solución (la inexcusabilidad ante el deber de fallar) que no podía proveer el TC, pasaba a ser un asunto sobre impedir la impunidad del parlamentario a pesar de excluir la regla que se declaraba inaplicable, por la vía de aplicar las que no habían sido objetadas (entre ellas la del artículo 61 de la Constitución).

Sin embargo, aún cuando se manifestaba el efecto (la impunidad del parlamentario) de no aplicar la solución (uso de los preceptos constitucionales y legales aplicables al caso), la Ilustrísima Corte volvió a proceder como antes: archivó los antecedentes.

Luego de la siguiente sentencia de inaplicabilidad de la regla del CPP, esta vez ante un requerimiento de la defensa del Senador Nelson Ávila Contreras, la Corte procedió de igual forma.

De esa manera, no tuvo solución alguna un problema mayor derivado de la declaración de inaplicabilidad, aunque ella no fuera su causa: ¿en qué situación queda un querellante si no puede seguir su acción por falta de ley que resuelva el asunto? Y por otro lado, cabe preguntarse si después de los fallos del TC y el archivo de los antecedentes ordenado por la Corte de Santiago,

puede perseguirse la responsabilidad penal de un parlamentario por un delito de acción penal privada.

Frente a la ausencia de ley que resuelva el asunto, ¿puede un tribunal chileno excusarse de fallar dicho asunto? Como vimos en un comienzo, la manera en que la regla constitucional del inciso segundo artículo 76 de la CPR ha sido interpretada, impide considerar que un tribunal chileno pueda dejar un asunto sin resolver por falta de ley decisoria.

En tanto se trata de un deber de fallar, el Poder Judicial no puede dejar de cumplirlo. Es precisamente en su consagración constitucional que la inexcusabilidad opera como un mandato dirigido al juez. Entonces la pregunta es ¿cómo cumplirlo?

El Pleno de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, había tramitado las solicitudes de desafuero que derivaron en los requerimientos de inaplicabilidad conforme la bilateralidad de la audiencia y según las reglas de la vista de los recursos de apelación. Había dispuesto la notificación de la solicitud al querellado y fijado el día y hora para conocer la respectiva solicitud de desafuero. Antes que esta audiencia se llevara a cabo, la defensa de los parlamentarios interpuso los requerimientos y los procedimientos iniciados fueron suspendidos.

Tras los fallos del TC, la Corte tomó la decisión de archivar los antecedentes. Expondremos los considerandos esenciales de la decisión de la Corte, que antes de disponer el archivo resolvió conforme con la interpretación del mandato de inexcusabilidad contenido en la Constitución. Nos remitiremos a la exposición de los antecedentes de la solicitud de desafuero del entonces Senador don Pablo Longueira Montes. En el considerando cuarto de la referida resolución, la Corte expuso: “4° Que como se desprende claramente del considerando Vigésimo Sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional, el referido fallo sólo impide aplicar en esta petición de desafuero la norma del artículo 416 inciso 3° del Código Procesal Penal, y procede, por lo tanto, disponer la vista de la petición de desafuero por este Tribunal Pleno de modo que el cumplimiento de dicho fallo no obsta a la resolución de la cuestión debatida, puesto que la declaración de inaplicabilidad no podrá ser contradicha atendido el diferente objeto de las decisiones, y porque el criterio legal de inexcusabilidad obliga a resolver incluso ante la carencia de ley.”

La Corte dispuso, en consecuencia, “que se proceda a la fijación de una audiencia a fin de poner en la tabla de este Tribunal Pleno la causa Rol N° 7.203”.

Esta decisión tuvo una importante disidencia. 12 ministros del tribunal de alzada “estuvieron por que esta Corte no emitiera pronunciamiento acerca de la petición formulada en la presentación de fojas 2 y siguientes y se ordenara su

archivo". Para esos ministros, "la circunstancia que el Tribunal Constitucional haya declarado inaplicable en la especie el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, disposición que se refiere a la oportunidad procesal en que debe el querellante ocurrir ante la Corte de Apelaciones para solicitar la declaración de desafuero de un parlamentario en el caso de los delitos de acción privada, impide a este Tribunal pronunciarse sobre ésta, toda vez que la decisión a la que se ha hecho referencia priva a esta Corte de la competencia para conocer del desafuero."

Uno de los ministros (Sr. Zepeda) expuso los motivos de su disidencia, con énfasis en la falta de competencia de la Corte para conocer del desafuero del Senador Longueira, lo que a su juicio constituiría una violación del debido proceso en su contra, puesto que no sería juzgado por un tribunal competente y porque "esta Corte no es competente de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal para la solución del conflicto penal, además, de no dar oportunidad procesal para ejercer el derecho de defensa, que importa para el requerido el poder ser interviniente en la formación de la convicción del tribunal."

Ante esta decisión, la defensa del Senador Longueira interpuso un recurso de reposición. La Corte lo acogió, con los mismos argumentos del voto de minoría expuesto en su resolución anterior, y ordenó el archivo de los antecedentes. 11 ministros estuvieron por no acoger el recurso interpuesto

“porque a su juicio no han variado los fundamentos que se tuvieron presente al pronunciar la resolución cuya modificación se solicita.” La resolución, tal como fue pronunciada, pareció basada en un cambio en la mayoría relativa del Pleno más que en convicciones jurídicas precisas.

Con este escenario los querellantes vieron su acción archivada aún antes de que se examinara el cumplimiento de los requisitos formales para la presentación de las mismas. El deber de resolver a todo evento y “ni aún a falta de ley” fue esquivado por la Corte de Santiago bajo la idea de que la inaplicabilidad del precepto legal declarada por el TC, la despojaba de la competencia necesaria para conocer y resolver lo solicitado. La Corte entendía que no se trataba de un problema de falta de ley para resolver la controversia, sino de falta de competencia propia y natural para conocer de ella. A nuestro juicio la Corte dejó de cumplir su deber de fallar aún antes de encontrarse con una laguna legal que remontar, para decidir el asunto sometido a su conocimiento.

El TC expondría en el fallo sobre solicitud de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 416 del CPP, Rol N° 590-2006, un camino de integración de reglas legales para cumplir el mandato de inexcusabilidad del inciso segundo del artículo 76 de la CPR. En su considerando decimotercero expuso las disposiciones legales que la Corte podía integrar para salvar la falta de una tramitación precisa del procedimiento de desafuero, en especial en lo

relativo a la presentación de pruebas por la defensa. Lo anterior, sin embargo, junto con reconocer que “el derecho de las partes a rendir prueba no es absoluto, sino que está subordinado a la verificación, por el tribunal de la causa, de la existencia de hechos sustanciales y pertinentes que se hayan controvertido.”

No vemos obstáculo para que la Corte hubiere procedido de esa forma en los casos archivados. No llegó a hacerlo. Sin embargo, lo que la Corte hizo fue, a nuestro juicio, mucho peor: la Corte entendió el fallo de inaplicabilidad de la regla del inciso tercero del artículo 416 del CPP como un mandato para dejar de aplicar en cualquier sentido dicha regla. E interpretó, a continuación, que sin esa regla de remisión carecía de la competencia propia para conocer de la solicitud de desafuero. No había, para la Corte, otra regla jurídica (procesal, según su definición) que le permitiera entrar a conocer de la solicitud sin que esto supusiera, como lo apuntó un ministro en su justificación de su disidencia antes de la reposición, un acto contrario al debido proceso, además de que la defensa no tendría oportunidad procesal para ejercer el derecho de defensa.

Está claro que ambas cosas no debían sumarse para justificar el archivo de los antecedentes. Mientras un breve recorrido por las reglas del juicio oral, la vista de los recursos y las normas comunes a todo procedimiento podían proveer suficientes oportunidades de ejercer el derecho de defensa con el estándar de las reglas del CPP que los jueces de garantía y la propia Corte aplica a diario, la Corte olvidaba que la regla del inciso segundo del artículo 61

de la Constitución Política de la República impide que en los hechos el parlamentario goce de impunidad. Dicha norma constitucional no puede dejar de aplicarse. Y tiene el mismo rango que la inexcusabilidad.

La errada decisión de la Corte debe compartirla, al menos en parte, el TC. En efecto, al declarar inaplicable la regla del inciso tercero del artículo 416 del CPP, a pesar de aquel considerando en que se excusaba de proveer una solución al posible vacío legal que la inaplicabilidad supondría y de los considerandos más explícitos de las sentencias posteriores, el TC no tuvo en cuenta el conflicto de derechos constitucionales que su decisión podía generar.

Es discutible –este trabajo precisamente lo discute- el razonamiento de el TC sobre la contrariedad a la Constitución de la regla sobre el desafuero en los delitos de acción penal privada. Pero aún cuando no fuera el caso, era evidente que la víctima podía quedar desamparada ante una acción que no iba a ser ni investigada ni calificada por tribunal alguno, de ninguna manera.

Sobretudo por la exposición de una posibilidad de integración de normas que el propio TC hace en la sentencia Rol 590-2006, se hace manifiesto que la decisión del TC pudo ser más explícita y señalar que la víctima no podía ver su acción perecer ante la regla del artículo 61 de la Constitución y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Pero es también claro que el error, a nuestro juicio, debe serle atribuido a una Corte que tenía ante sí un deber constitucional y una norma aplicable

directamente, como el artículo 61, que señalaba lo mínimo para una decisión muy diferente.

No se daba en los hechos un supuesto de ausencia de ley decisoria litis, por lo que el recurso a la competencia propia de la Corte aparece como forzado, sobretodo si se toma en cuenta la jurisprudencia reciente de la misma Corte sobre la naturaleza jurídica del desafuero y su práctica habitual sobre el ejercicio del derecho a defensa de los parlamentarios imputados.

En definitiva, la Corte de Apelaciones de Santiago generó un incumplimiento de sus deberes con la excusa de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una regla que no tenía el carácter de decisoria litis. El derecho al acceso a la justicia fue ignorado en la ponderación de la Corte y también del TC. El querellante fue privado del procedimiento para ejercitar su derecho a acceder a la justicia y, con ello, se generó una excusa insuficiente ante el mandato constitucional de fallar.

## **CAPÍTULO VI. POSICIÓN PERSONAL.**

### **6.1.- Debido Proceso. Lo que Debe Contener o no Puede Faltar en los Procedimientos Judiciales.**

Hemos descrito el proceso de creación y consolidación del concepto del debido proceso en la historia y su recepción y consagración en el ordenamiento jurídico chileno, en particular en la Constitución actualmente vigente.

Es un hecho que la dificultad de su conceptualización tiene una de sus fuentes en el dinamismo de su desarrollo. A cada paso dado desde su formulación, ha ido precisando sus elementos fundantes a la vez que se han agregado otros que se incorporan para formar un catálogo amplio de garantías del individuo frente al Estado. Este proceso tuvo su máxima expresión con la consagración de declaraciones universales de derechos y su reconocimiento en instrumentos internacionales que los estados fueron incorporando en sus ordenamientos jurídicos progresivamente.

El concepto de “debido proceso” nos remite a una serie de derechos o garantías que tienen las personas frente al Estado. Y se trata de garantías frente al Estado cuando éste ejerce el poder de decir el derecho. Frente al estado como Poder Jurisdiccional.

Cuando la Constitución Política de la República consagra en el inciso 5º del numeral 3º del artículo 19 la garantía o derecho a un proceso previo legalmente tramitado, consagra el derecho a que toda sentencia es consecuencia de un procedimiento cuyas fases y contenido están descritos en la ley. Y esa sentencia, además, debe ser fundada.

Sin embargo, la fórmula que fue desarrollada por el Constituyente, no indicó qué debía contener, concretamente, ese proceso previo. Y el legislador, a quien el constituyente impone un mandato para que “siempre” establezca las garantías que conforman un procedimiento “racional y justo”, como hemos visto a lo largo de estas páginas, no ha dado cabal cumplimiento a dicho mandato.

Las garantías que el individuo tiene frente al Estado cuando éste deba decidir acerca de su vida, libertad o propiedad conforman el debido proceso. El debido proceso es considerado, también, una garantía o derecho. Aunque la Convención Americana de Derechos Humanos no menciona el concepto “debido proceso”, afirma que éste incluye “las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” <sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> Opinión Consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Ser. A N° 9, párras. 27-28.

El PIDCP tampoco utiliza el concepto “debido proceso” para señalar, en su artículo 14, las garantías mínimas a que toda persona “acusada de un delito” tiene derecho, “en plena igualdad”, durante el proceso.<sup>142</sup>

Nuestra Constitución Política tampoco lo menciona. Hemos analizado el origen y consagración de la fórmula por la que fue reconocido como garantía constitucional el derecho al debido proceso en Chile. La Comisión constituyente prefirió una “fórmula escueta” al problema de señalar en el texto cuáles garantías conformaban, inequívocamente, un debido proceso por el que se resolvía una contienda o asunto.

De esta forma, no existe un referente claro para establecer, de manera previa, qué derechos y/o garantías constituyen un debido proceso legal o un procedimiento racional y justo. A modo de dejar constancia, sabemos que el Constituyente incluyó en las Actas Oficiales de la nueva Constitución algunas garantías que se consideraban “mínimas” y que, por lo tanto, se entendían pertenecer al concepto.

Pero también sabemos que dentro de la discusión habida en la Comisión, se dejó en claro que dichas garantías no estarían presentes como tales en todos los procesos, puesto que un factor de discriminación explícitamente considerado por los comisionados fue la naturaleza del procedimiento, según la cual un asunto requeriría la presentación de pruebas materiales y otro sería

---

<sup>142</sup> PIDCP. ARTÍCULO 14.3.

estrictamente de derecho. O en otros la posibilidad de impugnación de lo resuelto por medio de recursos sería, también, discutible.

La Comisión estimó, finalmente, que sería la jurisprudencia de la Corte Suprema, a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la que iría definiendo si el legislador había o no regulado un procedimiento de acuerdo con la racionalidad y la justicia.

Pero con esa remisión, el problema de la determinación de las garantías que, efectiva e inequívocamente, conformaban el debido proceso no pareció quedar resuelto. Y con base en el problema descrito en este trabajo, puede afirmarse que la solución a dichos problemas siempre quedará sujeta a la relatividad del efecto de la sentencia que, desde el 2006 en adelante, emita el Tribunal Constitucional.

Es indudable, como expone López Masle, que aún con la indeterminación que ostenta actualmente el principio, la determinación de “los contornos concretos del derecho a un debido proceso está lejos de ser indiferente para nuestro sistema”<sup>143</sup>

Tanto por su reconocimiento constitucional, como se ha expuesto en este trabajo, como por servir como propósito orientador del rol del Juez de garantía en el nuevo sistema procesal penal y “aunque no ha sido reconocida entre los principios básicos del CPP, aparece considerada como estándar de legitimidad

---

<sup>143</sup> López Masle, Op. Cit., p. 70.

internacional de las sentencias extranjeras,..."<sup>144</sup>. Además de su alcance amplio conforme la fórmula constitucional (extensivo a "toda sentencia" de un "órgano que ejerza jurisdicción) es importante establecer el rol que el debido proceso debe ejercer en nuestro sistema y si las garantías que lo conforman constituyen un mínimo aplicable a cualquier procedimiento o alguna de ellas puede faltar en alguno atendiendo a su naturaleza y fines.

El mismo autor razona acerca del rol que puede cumplir el principio del debido proceso, en el contexto del proceso criminal y la protección de los derechos fundamentales.

En su análisis, la recepción del principio del debido proceso en USA tuvo su momento crucial al ser incorporado en la quinta enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos como una de las garantías que ésta reconocía al individuo frente a una acusación penal.<sup>145</sup>

Es importante advertir que la cláusula del debido proceso aparecía, en su recepción constitucional en USA, separada de otras "como el derecho al juez imparcial, al juicio público y al juicio rápido y también separada del derecho a defensa". Esto contribuyó a una interpretación restrictiva de su alcance, "como sinónimo del derecho a ser juzgado por la ley vigente al tiempo de comisión del

---

<sup>144</sup> López Masle, Op. Cit., p. 71.

<sup>145</sup> JULIÁN LÓPEZ MASLE, 2006, Debido Proceso en Chile. Hacia un principio generador de reglas, En: "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales", BORDALÍ SALAMANCA ANDRÉS (coordinador), LexisNexis, Santiago, p. 183.

delito, o como adhesión a ciertos principios del common law que no estaban incorporados en las demás garantías consagradas constitucionalmente”<sup>146</sup>

Una vez incorporada en la enmienda XIV de la Constitución Federal, la protección que la cláusula brindaba a nivel federal se concedió también a los individuos a nivel estatal. Para el autor, “es precisamente esta ubicación de la cláusula del debido proceso, como vehículo para la transferencia de derechos fundamentales desde el sistema federal al sistema estatal, y su aceptación como principio de contenido indeterminado, integrador de numerosas otras garantías procesales (e incluso sustantivas) la que ha dotado al principio del debido proceso de su rol clave en el derecho constitucional norteamericano.” Desde entonces, el alcance de la cláusula es fundamental en el sistema norteamericano, puesto que “en la medida en que una garantía individual reconocida en el sistema federal sea considerada parte del debido proceso, se le reconocerá a esa garantía un carácter obligatorio también, para los estados”.

<sup>147</sup> .

Es desde su incorporación en la enmienda XIV que la cláusula del debido proceso es objeto de definición de su alcance y límites por parte de la Corte Suprema, con lo que “(E) el debido proceso cumplirá, en ese sistema, una función integradora de los derechos fundamentales de las personas”<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> LÓPEZ MASLE, Op. Cit., p. 184.

<sup>147</sup> LÓPEZ MASLE, Op. Cit. p. 185

<sup>148</sup> LÓPEZ MASLE, Op. Cit., p. 186

Dicha función ha permitido el reconocimiento de garantías como integrantes del debido proceso, salvo que estén reconocidas de manera autónoma, con lo que la cláusula ha ido adquiriendo un contenido y una función en el tiempo.

A juicio de López, sin embargo, esta función no ha tenido progreso, y se ha vuelto superflua, porque el ordenamiento jurídico ha aceptado el contenido de tratados internacionales sobre derechos humanos que contemplan garantías judiciales autónomas, las que no requieren del principio del debido proceso para incorporarse a él.

Para López, la Comisión Constituyente entendió al debido proceso “como un principio que comprendía múltiples otras garantías judiciales y consideraron favorablemente la posibilidad de que su consagración cumpliera una función integradora de los derechos fundamentales.”<sup>149</sup> .

Pero no querían que el desarrollo que el debido proceso había alcanzado en el derecho norteamericano se incorporara en nuestro sistema. A esto atribuye este autor que se prefiriera una “fórmula escueta” para consagrar el principio del debido proceso, en la que el mismo concepto no aparece, sino que se alude a un procedimiento racional y justo. Posteriormente, se agregó a la fórmula el término investigación, para comprender dentro del principio a los

---

<sup>149</sup> LÓPEZ MASLE, Op. Cit., p. 189

actos de la administración, en tanto son susceptibles de afectar derechos comprendidos dentro del principio.

Entonces, junto con preferir la fórmula escueta, el comisionado Evans manifestó en una de las sesiones que “no le atrae la idea de emplear escuetamente la expresión “debido proceso” porque existe una historia anglosajona que la puede complicar mucho más”; añadiendo luego que, “aunque es partidario de un texto escueto”, él “tiene el temor... de obligar al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente.... de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona”<sup>150</sup>

La Comisión estimó que el desarrollo jurisprudencial se daría a través de los fallos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Corte Suprema. La creación de reglas de aplicación del debido proceso, propia de la jurisprudencia norteamericana, no estaba en el plan de la Comisión Constituyente, para López, “Ello se expresa en la decisión de evitar que el principio del debido proceso pudiera ser usado como un estándar contra el cual contrastar la legitimidad de las sentencias, prefiriendo, en cambio, convertirlo en un estándar de legitimidad de las leyes.”<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE. Sesión N° 101ª, p. 14.

<sup>151</sup> LÓPEZ MASLE, Op. Cit. p. 190.

Para el comisionado Evans, una distinción era necesaria, pues mientras toda sentencia debe fundarse en un proceso previo y legalmente tramitado, de manera de establecer la “legalidad del juzgamiento”, “corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo proceso”. Con lo que “no hay otro camino que encargarle al legislador que establezca garantías mínimas para un racional y justo proceso. Porque si se acuerda que toda sentencia debe emanar de un proceso legalmente tramitado que sea justo y racional, se abren las compuertas para interponer un sinnúmero de recursos, porque no habrá nadie en Chile que no recurra a los tribunales para sostener que si bien la tramitación del pleito se ajustó a la ley, él no fue ni justo ni racional”<sup>152</sup>.

De esa manera, la puerta de ingreso del desarrollo jurisprudencial al que apostaba la Comisión era reducida: la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Algo así como el hallazgo de la falla legislativa que efectuaría la Corte Suprema para el caso concreto. Con efectos relativos.

Para López, el otro factor para la poca significación del debido proceso en la jurisprudencia y su escaso desarrollo, fue la incorporación al derecho interno de tratados internacionales sobre derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por nuestro país el 10 de febrero de 1972 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pendiente de ratificación mientras funcionaba la Comisión Ortúzar, “fueron

---

<sup>152</sup> LÓPEZ MASLE, Op. Cit. p. 190-191.

incorporados al derecho chileno mediante la modificación del inciso 2º del art. 5º CPR, operada por el artículo único, N° 1, de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989. A partir de ese momento, la Constitución Política declarararía que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”; y que: “Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”<sup>153</sup>.

Con la entrada en vigencia de dichas normas internacionales, se incorporaron a nuestro derecho una serie de garantías judiciales que la Comisión prefirió no enumerar. Para el comisionado Evans, “es muy difícil señalar en el texto constitucional cuáles son las garantías reales de un debido proceso, porque es un convencido de que ellas dependen de la naturaleza del procedimiento y de todo el contenido de los mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción de la prueba y los recursos dependen, en gran medida, de la índole del proceso, del asunto de que se trata, e insiste, de la naturaleza del procedimiento que para este último haya establecido la ley.”<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> LÓPEZ MASLE, Op. Cit. p. 192.

<sup>154</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE. Sesión N° 102ª. p. 15.

La Comisión prefirió evitar la enumeración y dejó el desarrollo de nuevas garantías a la labor de la Corte Suprema. Este desarrollo fue innecesario. Las garantías se incorporaron de manera autónoma a nuestro ordenamiento jurídico, sin que el estándar del debido proceso bajo la consideración judicial las hubiere propuesto.

Para López, sin embargo, el panorama no es completamente pesimista. Dado que la reforma procesal penal le entregó a la judicatura la función de “asegurar el respeto de los derechos fundamentales”, y que ésta debe cumplir esa función de manera preventiva (autorizaciones judiciales para actuaciones que pueda restringir, perturbar o privar al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura; sistema de cautela de garantías) o correctiva (nulidades procesales, exclusión de prueba ilícita y recurso de nulidad) hoy los jueces (de garantía, juicio oral en lo penal y tribunales superiores de justicia) tendrán que utilizar “los principios constitucionales como estándares frente a los cuales debe enfrentarse ya no sólo la legislación, sino también la conducta de los agentes de la persecución penal e, incluso, de los propios jueces.”<sup>155</sup>

---

<sup>155</sup> LÓPEZ MASLE, Op. Cit. p. 196

Y entonces, el principio del debido proceso servirá de estándar con el que generar reglas para la persecución penal. Reglas que la jurisprudencia deberá generar.

A pesar de constatar que, tras 5 años de vigencia de la Reforma, la Corte Suprema más bien ha evitado pronunciarse sobre la existencia y aplicabilidad de reglas de persecución penal, el diseño del nuevo sistema obligará más temprano que tarde a los tribunales a un desarrollo jurisprudencial en el que se verifique, “caso a caso, la consistencia de conductas pretendidas (autorizaciones judiciales, cautela de garantías) o realizadas (nulidades, exclusiones probatorias), con principios de orden constitucional que deben ser dotados de contenido.”<sup>156</sup>

Esto implicará la necesidad de nuestros tribunales de establecer el sentido y alcance del debido proceso frente a la conducta de fiscales y policía, por medio de las autorizaciones para realizar actividades de investigación que puedan afectar derechos o garantías fundamentales.

Asimismo, las Cortes de Apelaciones y Suprema, en cada caso, tendrán que pronunciarse acerca del contenido del debido proceso en la exclusión de pruebas del Ministerio Público y sobre la infracción sustancial de derechos y garantías en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, al conocer y fallar el recurso de nulidad.

---

<sup>156</sup> LÓPEZ MASLE, Op. Cit. p. 198

Para el autor del texto analizado, un funcionamiento normal de estos mecanismos haría de la Reforma Procesal Penal “probablemente, el hito más importante en el desarrollo de las garantías constitucionales en Chile y, en particular, de la garantía del debido proceso: al cabo de algunas décadas, la situación de los derechos fundamentales en Chile podría escribirse a partir de la jurisprudencia producida en materia procesal penal” <sup>157</sup>.

De modo que la pregunta acerca del contenido del principio del debido proceso, o más bien, si ese contenido reclama un mínimo de garantías presentes en cualquier tipo de procedimiento o si éstas estarán presentes en la medida de su necesidad, de acuerdo a la naturaleza del procedimiento de que se trate, puede comenzar a ser respondida por la jurisprudencia derivada de los casos que sean sometidos a la resolución de jueces de garantía, Corte de Apelaciones y Corte Suprema en el marco de la Reforma Procesal Penal.

Para el Tribunal Constitucional, el debido proceso tiene funciones específicas, tal como queda refrendado por un reciente fallo en la causa Rol Nº 2259-2012, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Banco Bilbao Viscaya Argentaria, Chile (BBVA) respecto del inciso cuarto del artículo 171 del Código Tributario.

---

<sup>157</sup> Ídem, p. 198

Entre las normas de la Constitución que el requirente entendía infringidas, estaba la garantía del debido proceso, establecida en el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, fundado en que en virtud de la norma impugnada se notificó en un sitio eriazo, por tratarse del bien raíz respecto del cual se cobraban contribuciones.

Al respecto, el TC reafirmó en el acápite II del fallo su “doctrina sobre el debido proceso”. Por su relevancia, reproduciremos íntegramente los considerandos en los que el TC es más explícito sobre su comprensión de la garantía del debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico. En síntesis, podemos decir que el TC entiende que la determinación de aquello que conforma, en cada caso, el debido proceso legal, es una tarea que el Constituyente entregó directamente al legislador, quien tiene la facultad de legislar sobre las reglas procesales que permiten conocer que existe un proceso en el que un ciudadano es parte.

El TC expresa en su considerando octavo, que el debido proceso tiene una función de resguardo del Estado de Derecho, en tanto sirve de “garantía al orden jurídico” que se manifiesta “a través de los derechos fundamentales que la Constitución les asegura a las personas”. De esa manera, “el imperio del derecho y la resolución de conflictos mediante el proceso son una garantía de respeto por el derecho ajeno y la paz social. En síntesis, el debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes, y el poder-deber del juez en la

forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento.”

Como lo expresa en el considerando noveno, para el TC un procedimiento racional y justo, implica “que se debe configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad y debe orientarse a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso.” Y que “Con ello se establece la necesidad, entre otros elementos, de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, con derecho a presentar e impugnar pruebas, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias del Estado de Derecho;”.

Y los elementos que integran ese procedimiento racional y justo y son comunes, puesto que “abarcan a todos los derechos que integran las reglas del artículo 19, numeral 3°, de la Constitución;” configuran un procedimiento que “debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...” (STC

rol N° 2041, 1448, entre otras) [énfasis agregado];” (Considerandos décimo y decimoprimeros del fallo)

Pero, a pesar de esta definición, el TC recuerda que el Constituyente advirtió sobre la dificultad de enumerar las garantías que conforman el debido proceso y atribuirles, en consecuencia, a todos los procedimientos judiciales, puesto que ellas “dependen de la naturaleza del procedimiento y de todo el contenido de los mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción de la prueba, y los recursos dependen, en gran medida, de la índole del proceso”, como lo señalara el comisionado Evans en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Esta función descansa, por mandato expreso de la propia Constitución, en el legislador, con lo que “es claro que no existe un modelo único de expresión de las garantías integrantes del debido proceso en Chile (STC rol N° 1838)” (Considerando decimotercero del fallo)

El TC concluye, sin considerar la tesis de López Masle sobre la función generadora de reglas para la persecución penal, que el debido proceso supone desde la vigencia de la Reforma Procesal Penal, que “es el legislador el órgano competente para establecer los mecanismos procesales necesarios para asegurar la garantía del debido proceso en los procedimientos específicos que deba regular conforme a su propia naturaleza” (Considerando decimoquinto del fallo)

No puede dejar de llamar la atención que el TC adopte la consideración de la Comisión Constituyente para estimar que todo el catálogo de derechos y garantías en el orden judicial, depende más bien de dos factores muy diferentes y escasamente relacionados entre si: la naturaleza del procedimiento y la decisión del legislador.

Finalmente, en base a esos dos criterios, el TC estima que el alegato del requirente sobre la insuficiencia de resguardo de su derecho a tomar oportuno conocimiento de la acción por medio de una notificación efectuada conforme la ley, pero en condiciones precarias para hacer efectivo el ejercicio del derecho, debe ser rechazado, puesto que, en lo sustancial, “habida cuenta de la libertad del legislador para establecer los mecanismos procesales necesarios para que un procedimiento judicial sea efectivo -dentro de los márgenes constitucionales-, de las características especiales del impuesto territorial y su directa vinculación a la propiedad raíz que se grava con el impuesto y de las circunstancias del caso concreto, este Tribunal no considera que la aplicación de la disposición impugnada provoque efectos inconstitucionales respecto de la garantía del debido proceso”.

Convertido en un estándar de legitimidad de las leyes, el principio del debido proceso no puede servir para generar reglas. Por la vía del control de reglas creadas legalmente, el rol del Tribunal que pondera la inaplicabilidad de un precepto legal ante un estándar formulado con sujeción a la naturaleza del

procedimiento (que puede admitir grados de rigurosidad o laxitud muy amplios) y/o la voluntad del legislador (que conforme otro comisionado destacaba, puede interpretarse como “lo debido, porque está en la ley”) se reduce y no permite responder la pregunta acerca del contenido y alcance del principio.

Si el debido proceso es lo que debe contener cada procedimiento por las consideraciones de resguardo del estado de derecho que esto supone, además del rol de garantía individual ante el órgano que ejerce jurisdicción, es necesario conocer su contenido mínimo. Si no lo tiene, puesto que aquello dependerá de la naturaleza del procedimiento y las decisiones del legislador, los tribunales encargados de contrastar las reglas legales que consagran garantías del individuo frente al estado en su rol de juzgador con la fórmula constitucional del procedimiento e investigación racionales y justos, tendrán que desarrollar una mayor exigencia para esas reglas, de modo que éstas adquieran contornos definidos mínimos.

Para esto, tal como advierte el TC en su última sentencia aquí revisada, debe analizarse “las circunstancias del caso concreto” para determinar si el respeto al debido proceso se realiza más allá del “cumplimiento de unas condiciones o requisitos procesales o meramente formales, sino que requiere de condiciones sustantivas, con lo cual el apego del órgano jurisdiccional al derecho a un procedimiento racional y justo no se entiende cumplido cuando se respeta sólo el procedimiento dispuesto por la ley, si éste adolece igualmente de lesiones a ese derecho fundamental, sin que el juez pueda escudarse, para

reputar su conducta respetuosa de la Carta Fundamental, en la sujeción estricta a la ley procesal, si con ello no realiza plenamente los derechos que la Carta Fundamental asegura en su artículo 19 N° 3º, en relación con lo dispuesto en el artículo 8º de la Convención Americana”<sup>158</sup>.

## **6.2.- Limitación del Derecho a Defensa en el Procedimiento de Desafuero.**

### **La Situación de la Prueba en los Delitos de Acción Penal Privada.**

Alegato central de los requerimientos presentados ante el Tribunal Constitucional, el problema de la limitación del derecho a defensa en el desafuero fue un factor determinante para acoger las solicitudes de inaplicabilidad de la regla del inciso tercero del artículo 416 del CPP.

Las defensas de los parlamentarios que impugnaron la aplicación de la regla del CPP, manifestaron que el procedimiento que ésta señalaba les impedía presentar pruebas de descargo y requerir diligencias de investigación al Pleno de la Corte de Apelaciones.

Tal como analizamos en su momento, la Corte de Apelaciones había indicado en fallos previos, refrendados por la Corte Suprema, que el desafuero era un trámite previo al juicio cuyo objeto era analizar si concurrían en la especie los elementos suficientes para proceder a la detención de un legislador por el delito imputado, sobre el que no cabía aplicar los requisitos de un debido

---

<sup>158</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. Cit. p. 78.

proceso, los que estarían en todo caso presentes una vez que se desarrollara el juicio criminal respectivo.

Pero en esos mismos fallos, las Cortes de Apelaciones que conocieron en primera instancia las solicitudes de desafuero y la Corte Suprema conociendo del recurso de apelación, permitieron permanentemente la intervención de las defensas. Esto lo hicieron patente, ambos tribunales, especialmente en el caso del desafuero del Senador Augusto Pinochet Ugarte.

La Corte Suprema, en ese fallo, consideró al desafuero como “una condición de procedibilidad” (sic), es decir “un requisito o condición habilitante para poder actuar criminalmente en contra de un Diputado o Senador”. (Considerando decimonoveno), al que no correspondía aplicar las garantías del debido proceso, porque tal gestión no tenía los caracteres de un juicio o proceso (Considerando vigésimo). A partir de estas definiciones, sin embargo, analizó si en la especie “se ha vulnerado alguno de los principios que se incluyen en este concepto.” (Considerando vigésimo)

La Corte consideró, entonces, que la defensa del Senador Pinochet pretendía “anticipar las exigencias de ese “debido proceso” a una etapa anterior al mismo, procurando que se aplique a una garantía, como lo es el fuero, que implica sólo un obstáculo para el normal ejercicio de una acción penal en su contra, normas que rigen para el supuesto en que ya haya sido autorizado su juzgamiento para ante el tribunal competente.”. Para la Corte, la pretensión de la defensa era “de conseguir u obtener la declaración de una falta de

responsabilidad penal total” del imputado, cosa que sólo podría conseguirse por la declaración del sobreseimiento definitivo de los autos una vez rechazada la solicitud de desafuero. (Considerando vigésimo segundo)

La Corte advierte que la declaración de desafuero “puede ser efectuada por el tribunal de alzada sin oír a ninguna de las partes y de oficio”, conforme la regulación del CdPP. Con estas consideraciones, la Corte estima que en este caso “la defensa del Senador Pinochet fue ampliamente desplegada a través de todo un equipo de abogados, según ha sido de público y notorio conocimiento”. (Considerando vigésimo tercero)

Más adelante, la Corte desestima la solicitud de exámenes de salud previos al desafuero para el aforado, al considerar que es dentro del juicio criminal donde dichos exámenes son relevantes y sus resultados pueden derivar incluso en el término de la causa. En definitiva, la Corte estimó que no se había afectado de manera alguna el derecho a defensa del parlamentario durante todo el proceso de desafuero. Es difícil encontrar un caso en el que el parlamentario, de hecho, haya visto comprometida seriamente su posibilidad de dirigir su defensa, presentar pruebas o requerir diligencias. Tampoco existe un caso en el que la defensa del parlamentario haya impugnado la falta de oportunidad para desarrollar su labor o, en efecto, presentar pruebas cuando lo creyeron necesario.

En esto caben tanto los procedimientos de desafuero seguidos por delitos de los que hoy se denominan “de acción penal pública” como los “de acción penal privada”.

Tal como expusimos en el capítulo correspondiente, el alegato de los requirentes al TC sobre su virtual “imposibilidad” de ejercer una adecuada defensa, dada la inexistencia de reglas expresas que señalaran la oportunidad y forma de presentar pruebas de descargo y requerir diligencias en el procedimiento de desafuero, podía ser resuelto con el sencillo recurso a la integración de reglas relativas a la tramitación de los recursos en el nuevo proceso penal y las disposiciones comunes a todo procedimiento. Las garantías que los instrumentos internacionales habían incorporado al derecho nacional, eran plenamente aplicables a cualquier procedimiento de un órgano que ejerza jurisdicción y que pronuncie una sentencia para resolver la contienda o asunto.

El propio TC argumentó la viabilidad de esta solución cuando un grupo de parlamentarios y un particular le solicitaron declarar inconstitucional la regla del desafuero para los delitos de acción penal privada. Con base en esta interpretación “no contraria” a la Constitución, la regla sigue vigente en nuestro sistema, aunque no es claro cuál sea la decisión del TC si nuevamente se presenta una querrela por delitos de acción penal privada contra un parlamentario y éste requiere la inaplicabilidad de la norma.

Como expusimos previamente en este trabajo, el artículo 53 del CPP establece que la acción penal puede ser pública o privada, según lo sea el régimen de persecución penal al que esté sometido el respectivo delito.

La acción penal privada se tramita conforme con las reglas del procedimiento especial, contenido en el Título II del Libro IV del CPP. En lo sustancial, los delitos de acción penal privada sólo admiten ser perseguidos por la víctima. De su persecución, por lo tanto, está excluido el Ministerio Público.

De lo anterior se sigue que en estos delitos no habrá una investigación oficial de los hechos ni de la responsabilidad de quienes los hayan cometido. El artículo 55 del CPP indica qué delitos sólo podrán ser objeto de acción penal privada. Éstos son, la calumnia y la injuria, la falta prevista en el N° 11 del artículo 496 del Código Penal, la provocación a duelo y el denuesto y descrédito público por no haberlo aceptado, y el matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas en la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

No parece muy probable que el último delito pueda cometerlo un parlamentario. Respecto a la falta del número 11 del artículo 496, el problema que puede acarrear su persecución es la procedencia de la concesión del desafuero por la Corte respectiva, si se toma en cuenta que la comisión de una falta no permite la detención de una persona, presupuesto para que se de lugar a formar causa. Y de procederse a la citación, conforme a la doctrina aplicada al

fallo en la causa Rol N° 736-2007 del Tribunal Constitucional, el querellante no podría lograr la comparecencia del parlamentario sin que opere la voluntad de éste.

Sobre la provocación a duelo y el denuesto público por no haberlo aceptado, es mejor no aventurar si dará lugar a alguna acción penal. A pesar de su aparente carácter de arcaísmo jurídico, el devenir político puede ponerle pronto a la vanguardia de los usos o métodos de confrontación políticos.

Desde luego, los delitos de injurias y calumnias –que son los que han dado lugar a las querellas contra parlamentarios que derivaron en los requerimientos de inaplicabilidad- son los de más probable persecución contra parlamentarios. La regulación del CPP es breve y contempla como reglas supletorias las del procedimiento simplificado.

En el procedimiento por estos delitos, el Ministerio Público no tiene participación alguna. Esto implica que la persecución penal dependa de la iniciativa e impulso del querellante. Desde luego esta decisión del legislador pone en cuestión la posibilidad concreta de que víctimas sin los recursos mínimos para litigar puedan, efectivamente, ejercer esta acción y sostenerla ante personas con mayor acceso a asistencia jurídica.

La tramitación de esta acción es sencilla. El Tribunal competente es el juez de garantía, lo que ha despertado críticas por la posibilidad de que su intervención previa en el conocimiento de hechos durante la investigación le

reste imparcialidad. A pesar de esta posibilidad, el legislador mantuvo la competencia para conocer y fallar en el juez de garantía.

El procedimiento sólo podrá iniciarse con la interposición de una querrela por parte de la víctima, su representante legal o su heredero testamentario, conforme lo previsto por el artículo 55 con relación al 111 del CPP. La querrela no sólo debe cumplir los requisitos formales de interposición, descritos por el artículo 113 del CPP. Además debe incluir los de una acusación particular en lo que no fuere contrario a lo dispuesto por el Título II, que señala precisamente las reglas de este procedimiento.

Esto es muy relevante, puesto que uno de los argumentos recurrentes en los requerimientos presentados por las defensas de los parlamentarios ante el TC, fue que el procedimiento regulado por el inciso tercero del artículo 416 era extraordinariamente precario en cuanto a exigencias formales y sustanciales. Se permitía que una querrela, término no definido por la ley procesal, fuera el acto suficiente para dar inicio a un procedimiento que podía despojar a un parlamentario del ejercicio de su cargo por tiempo indefinido, además de privar al Parlamento de su funcionamiento regular, conforme con la voluntad popular.

Pero, en realidad, la exigencia legal es más elevada, puesto que junto con señalar el tribunal competente, individualizar al querrellado y al querellante, relatar el hecho situándolo en tiempo y espacio, calificarlo y señalar el grado de participación del querrellado en él y la pena que se solicita aplicar al tribunal, expresar las diligencias cuya práctica se solicite al tribunal, ofrecer la prueba

que se estima necesaria para sustentar la acción conforme con el artículo 259 del CPP y la firma del querellante, el querellante deberá ser muy preciso en el señalamiento de la diligencias que solicite que el tribunal lleve a cabo, puesto que conforme con el inciso final del artículo 400, dichas diligencias deberán estar destinadas a “precisar los hechos que configuran el delito de acción penal privada”.

Conforme con las normas restantes de este Título, la oportunidad procesal de requerir diligencias probatorias cuyo objeto es “precisar los hechos que configuran el delito”, se produce con la interposición de la querrela. Para el querellante, la relación circunstanciada del hecho, así como la calificación jurídica del mismo y la participación que le atribuya al parlamentario en él, configuran la fuerza de su acción y esto implica que debe proceder con la mayor certeza posible sobre los puntos fundamentales de ella. Junto a esto, debe ser preciso en señalar los medios de prueba con que pretenda demostrar las imputaciones de la querrela. De no hacerlo, no sólo puede no aceptarse a tramitación su querrela, sino que no tendrá una etapa de investigación para reunir antecedentes que sirvan para salvar errores u omisiones de su pretensión.

En relación a esto, el juez de garantía es el encargado de analizar la pertinencia de las diligencias requeridas y ordenar que se lleven a cabo por parte de la policía. Para la autora María Inés Horvitz Lennon, esta excepción a la exclusividad de la actividad de investigación del Ministerio Público en la

reforma, implica una contrariedad al artículo 80 A de la CPR (83). Originalmente, el proyecto del Ejecutivo disponía que las diligencias fueran llevadas a cabo por el Ministerio Público, pero en el Senado se estimó que esa actividad le correspondía al abogado querellante. Ante la obvia observación acerca de la inconveniencia de dejar tan importante asunto a la capacidad individual o colectiva de abogados sin el apoyo ni la subordinación de investigadores profesionales, se acordó que si esto se producía, el querellante podría recurrir al juez. El Ministerio Público fue excluido legalmente de una función mandatada constitucionalmente.<sup>159</sup>

El procedimiento contempla, tras la presentación de la querrela y una vez llevadas a cabo las diligencias del querellante, la realización de una audiencia de juicio a la que las partes deberán concurrir con todos sus medios de prueba, la que se desarrollará sin interrupciones hasta su finalización. La etapa previa de preparación de juicio fue excluida por el Parlamento para que el procedimiento fuera más rápido.

Al inicio de la audiencia, el juez debe instar por un acuerdo que ponga término a la causa. Además, conforme lo previsto por el artículo 404, si el juicio se trata de los delitos de injuria o calumnia, el juez “otorgará al querrellado la posibilidad de dar explicaciones satisfactorias de su conducta”.

---

<sup>159</sup> HORVITZ LENNON. Cit. p. 346. Tomo II.

En resumen, se trata de un procedimiento que concentra lo esencial de la actuación de las partes en dos momentos específicos: la presentación de la querrela y la audiencia de juicio. Si en la querrela, el actor no señala con precisión los medios de prueba de que piensa valerse en el juicio para demostrar las imputaciones, el juez de garantía puede desestimar su acción y absolver al querrellado. Sobre este y otros puntos relevantes del tratamiento de la prueba y las cargas procesales al querellante en este procedimiento, valga una sentencia de nulidad de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 8042-2009 que en lo pertinente dice: “DÉCIMO: Que, la situación fáctica en que el oponente sustenta la motivación principal en estudio, radica en que, no obstante la oferta de prueba contenida en la querrela, el tribunal estimó que ese ofrecimiento debía ser expreso y específico, y al entender que no se había cumplido esta exigencia, lo privó del derecho a rendirla en la oportunidad procesal correspondiente, lo que determinó la absolución del imputado.” Para la Corte, según consigna en el considerando décimo séptimo, “es efectivo que este procedimiento especial no está sujeto al rigor que exige el juicio ordinario, pero la brevedad y simpleza del mismo no puede provocar al imputado un estado de indefensión, al privarle del derecho a conocer con la debida antelación no sólo los términos de la imputación, sino los medios con los que se la pretende probar; a fin de no generar esa situación, que alteraría el indispensable equilibrio entre los intervinientes; la interpretación armónica de

las disposiciones en juego, determina que la querrela debe contener una singularización mínima de las probanzas de que se servirá su titular, punto éste que no deja de tener relevancia, ya que esa información, que debe ser puesta en conocimiento del imputado por el Juez de Garantía, como lo prescribe el artículo 394 del Código Procesal Penal, constituirá sin duda un elemento decisorio para admitir o no su responsabilidad.”

Se trata de un procedimiento exigente con el querellante, el que deberá ser riguroso con el contenido de su querrela y con la presentación de pruebas y el requerimiento de diligencias al juez de garantía. La necesidad de que el querellado conozca con antelación los elementos de prueba que fundamentan la imputación en su contra –su derecho a ser informado del contenido de la acusación, en su formulación más genérica- responde a la observancia de los requisitos del debido proceso.

Cuando los querellados y requirentes ante el TC argumentaron que el procedimiento regulado por el inciso final del artículo 416, les impedía ejercer su derecho a defensa o, al menos, lo limitaba sustancialmente, expresaron su temor de que la Corte respectiva no diera lugar a alguna diligencia que requirieran o no aceptara valorar algún elemento de prueba que presentaren. Este temor estaba basado, únicamente, en la aparente omisión del legislador al regular el procedimiento de desafuero por delitos de acción penal pública.

Tras la revisión de cada fuente de este trabajo y la constatación de que sobre la decisión de regular el inciso final del artículo 416 del CPP no hay historia legislativa, sólo podemos especular sobre la representación de los legisladores, acerca del procedimiento adecuado para privar o no a un parlamentario de su fuero por su conducta (dichos o acciones) fuera del supuesto de inviolabilidad.

Y es que la regulación escogida responde, a nuestro juicio, a una noción del desafuero que al momento de consagrarse las reglas del nuevo proceso penal, se estimaba como mayoritaria y pacífica. Aquella que estimaba que el desafuero no era un juicio sino un trámite previo o examen de procedibilidad como afirmó la Corte Suprema con ocasión del desafuero del Senador Pinochet.

Antes de ese fallo, ya en 1999, la Corte Suprema había manifestado idéntica opinión con respecto al desafuero, en la causa Rol N° 4505-1998, por solicitud de desafuero del Senador Francisco Javier Errázuriz Talavera. En una redacción del entonces Presidente de la Corte Suprema, Roberto Dávila Díaz, se fijó la jurisprudencia que con posterioridad sería refrendada en la sentencia sobre la solicitud de desafuero del Senador Pinochet.

Para ese entonces, se aceptaba que el desafuero no formaba parte del juicio criminal y que para que la Corte respectiva diera lugar a formar causa, el requisito fundamental era que de la substanciación del proceso aparecieran antecedentes suficientes para ordenar la detención del diputado o senador (esta

interpretación se sostenía en la relación de los artículos 255 N° 1 y 612 del CdPP)

Los legisladores pudieron estimar que un procedimiento considerado un trámite previo al juicio, en el que no se había producido una restricción del derecho a defensa en los hechos, no supondría conflicto alguno con el principio del debido proceso.

Junto a ello, probablemente el diseño de los procedimientos especiales de la propia reforma, en el que el referido a los delitos de acción penal privada quedaba prácticamente igual al previsto por el Código anterior, pero con la estructura de un sistema contradictorio, pudo tener influencia para descartar una regulación más exhaustiva. Dado que al regular el procedimiento para delitos de acción penal privada el legislador optó por quitar toda participación del Ministerio Público, aún con la colisión que esto suponía con normas constitucionales, pudo pesar la idea de que se instalaba a las partes en un escenario de real igualdad en el que el juez de garantía sería particularmente exigente con la integridad de la acción del querellante. Al derivar el procedimiento en un juicio oral, al que le son aplicables las reglas del procedimiento simplificado y, por esa vía, las del juicio oral, se pudo haber estimado que el impacto sobre la capacidad de defensa del querellado quedaría bajo el control de reglas que le permiten impugnar actuaciones restrictivas del ejercicio del derecho a defensa.

Ante este panorama –que sólo podemos elaborar a partir de una representación de un escenario probable- el procedimiento de desafuero del inciso tercero del artículo 416 del CPP, sólo se reguló en el sentido de armonizarlo con el procedimiento por delitos de acción penal privada ya previsto en el Código, cuyas características principales eran el impulso procesal de parte por la interposición de la querrela y la posición de igualdad que los intervinientes tendrían en un procedimiento contradictorio, en el que tendrían que exponer sus argumentos con base en los antecedentes probatorios.

La querrela, en ese caso, cumpliría el “rol” de la acusación del procedimiento ordinario o el requerimiento del procedimiento simplificado, en un trámite que no se dirige a establecer la existencia del hecho punible responsabilidad del aforado como es el desafuero. El legislador pudo entender que no habría parlamentario que no pudiera discutir en el desafuero los fundamentos de la querrela, o requerir diligencias destinadas a desvirtuar el cumplimiento de la formalidad exigida o fundamentar con los elementos de prueba necesarios o suficientes que el hecho imputado no fuese un delito o la conducta resultara impune, conforme haber sido realizada bajo el manto de la inviolabilidad.

El Tribunal Constitucional estimó, sin embargo, que la constatación de lo que el legislador omite en la regulación de un procedimiento, es suficiente para estimar que esa regla no pueda aplicarse al mismo. La exagerada

consecuencia que se derivó de éste fallo, en todo caso, no puede serle atribuida a las sucesivas sentencias de inaplicabilidad del TC más que a la indudable falta de respuesta integradora de la Corte de Apelaciones de Santiago frente al mandato de inexcusabilidad constitucional que le obligaba a resolver “aún a falta de ley”.

En algún grado –incierto, puesto que este conflicto puede repetirse dado que el TC rechazó declarar inconstitucional la regla impugnada- el TC entiende que el debido proceso tiene un contenido mínimo y que ese contenido, que se expresa desde la constancia de la Comisión Constituyente a pesar de su reticencia a señalarlo, debe estar explicitado en las normas que regulan un procedimiento determinado.

Aún cuando la sentencia que se cita más arriba (Rol N° 736-2007) considera el caso concreto para evaluar la factibilidad de afectación de la garantía del debido proceso, reafirma la idea de que la naturaleza del procedimiento determina también la procedencia o no de determinadas garantías. Si no puede fundarse un deber de consagración legal de la oportunidad y forma de presentar pruebas de descargo y requerir diligencias probatorias, la idea de la expresión legal de un mínimo de garantías en todo proceso se debilita frente a la consideración de la naturaleza del procedimiento para establecer si proceden o no para ese específico procedimiento las garantías que conforman un debido proceso. La manera cómo se resuelva esta inconsistencia en el futuro, mostrará qué tan dinámica puede resultar la

jurisprudencia de inaplicabilidad para interpretar y establecer el contenido y alcance del principio del debido proceso.

## **CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES.**

Es indiscutible que el principio del debido proceso en nuestro medio cumple una función muy importante como garantía de un proceso justo. Tras su consolidación en el constitucionalismo y el desarrollo de las diversas garantías en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, su función de estándar legislativo y jurisprudencial de procedimientos racionales y justos se encuentra consolidado.

En definitiva, el debido proceso es una garantía dinámica. Aunque en su recepción en Norteamérica formó parte de varias otras garantías, fue adoptado como un principio de contenido indeterminado, al que se fueron integrando garantías originalmente diversas. Con la actividad de la Corte Suprema Federal de USA tras su consagración en la enmienda XIV de la Constitución Federal, esa función de integración de otras garantías derivó en el sello distintivo de este principio.

En nuestro país, la función de integración no se desarrolló de manera significativa, puesto que la Comisión Constituyente dejó para la jurisprudencia de la Corte Suprema, por medio del conocimiento y fallo de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, definir el contenido y alcance de un procedimiento racional y justo conformado por el legislador. Junto a ello, la entrada en vigencia de tratados internacionales sobre derechos humanos y su

aporte de garantías judiciales que el constituyente había preferido no enumerar, terminó por cerrar la puerta al establecimiento del alcance del debido proceso, de su contenido y de su vigencia.

La pregunta acerca de si el debido proceso consagra un mínimo irrenunciable de garantías no puede responderse aún en nuestro sistema. El Constituyente prefirió no enumerarlas y apenas dejó constancia que había algunas de ellas que lo integraban. Pero también dejó en claro que la naturaleza del procedimiento sería fundamental para establecer si alguna de ellas debía integrarlo o no. El TC, en los fallos sobre el debido proceso en el desafuero de un parlamentario por delitos de acción privada, ha constatado la omisión del legislador al no expresar que las partes pueden presentar las pruebas de descargo durante el procedimiento de desafuero. En el marco de la inaplicabilidad, señalar las garantías que integran un procedimiento racional y justo, sus contornos y alcances, no ha podido ser desarrollado.

Es preciso avanzar en el desarrollo de una jurisprudencia sobre el contenido y alcance del debido proceso, que sirva no tan sólo para constatar omisiones legislativas -en tanto incumplimiento del mandato constitucional formulado por el Constituyente, en orden a que el legislador “siempre” deberá establecer los requisitos de un procedimiento e investigación racionales y justos- sino para ir configurando desde la revisión del caso concreto, la función generadora de reglas del principio para la actividad de los propios jueces, el Ministerio Público y las policías.

El resultado indeseado de la virtual impunidad de un parlamentario requerido por un delito de acción penal privada, en contraste con el incumplimiento del deber de fallar del Estado, obligan a los poderes públicos a desarrollar, sea por vía legislativa o jurisprudencial, las soluciones a un conflicto que no puede resolverse sin que, tarde o temprano, el propósito fundamental del principio del debido proceso se vea burlado: evitar la arbitrariedad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **1.1.- TEXTOS:**

1.- ACOSTA, PAOLA, El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana. 2007. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Temas de derecho Público

2.- ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN ORTÚZAR. Sesiones N° 83ª, 101ª, 102ª, 103ª. Tomo II y III.

3.- ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. 2003. La titularidad de los Derechos Fundamentales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Chile. 1, (1): 187-201

4.- BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT. J. M. CIT. POR HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, LÓPEZ MASLE, JULIÁN. Derecho Procesal Penal Chileno, 2006, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, p. 69

- 5.- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, 2011, Análisis Crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. Revista chilena de Derecho. Vol. 38 (Nº 2): 311-337.
- 6.- CÁMARA VILLAR, GREGORIO, 2005, EN: BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO “et al”, Derecho Constitucional, México, Editorial Tecnos, Tomo II, p. 215
- 7.- CANALES NETTLE, P. y LOUSEA, V. 1999. Desafuero Parlamentario en Chile. [En línea]. Santiago, Chile.  
<<http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/informes>> (consulta: 23 junio 2013)
- 8.- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, 1999a., El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.
- 9.- CEA EGAÑA, JOSE LUIS, 1999b., Teoría del Gobierno, Santiago, Ediciones Universidad Católica, p.171-173
- 10.- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP, 2003. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003. [En línea].

<<http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2003/>> (consulta: 13 de agosto de 2013) p. 11-20

11.- CERDA FERNÁNDEZ, CARLOS. 1994. Iuris Dictio. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 230.

12.- CIDH. Opinión consultiva. OC-9/87 del 6 de Octubre de 1987. Ser. A Nº 9, párrs. 27-28 cit. por HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE. Op. Cit. p.

13.- CIDH. Jorge A. Jiménez vs. Argentina; Sentencia del 1 de marzo de 1996. Citado por LÓPEZ MASLE, J. Y HORVITZ LENNON, M.I. En: Derecho Procesal Penal Chileno. 2002. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 74

14.- CIDH. Caso Genie Lacayo. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C Nº 30 párrs. 77-81. CIDH. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. serie C, Nº 35, párr. 72

15.- CIDH. Motivo 121. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Sentencia del 21 de junio de 2003.

16.- CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2005. El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. [En línea]. Ius et

Praxis, 11(1),7-53.

<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000100003&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-00122005000100003](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100003&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-00122005000100003)>

(consulta: 18 de agosto de 2013)

17.- COUTURE, EDUARDO. 1989. Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el Proceso Civil. Buenos Aires. Ediciones De Palma. Tomo I.

18.- CUSTET LLAMBI, MARÍA RITA. Derecho a la revisión de la condena vs. juicio por jurados en el proyecto de reforma del Código Procesal Penal de Río Negro. [En línea].

<[http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php?option=com\\_content&id=194:derecho-a-la-revision-de-la-condena-vs-juicio-por-jurados-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-procesal-penal-de-rio-negro-por-maria-rita-custet-llambi&Itemid=142](http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php?option=com_content&id=194:derecho-a-la-revision-de-la-condena-vs-juicio-por-jurados-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-procesal-penal-de-rio-negro-por-maria-rita-custet-llambi&Itemid=142)> (Consulta 8 de julio 2013)

19.- DICCIONARIO RAE. Vigésimo Segunda Edición. [En línea].

<<http://www.rae.es/rae.html>> (consulta 21 junio 2013)

20.- ECHAVARRÍA LORCA, ALBERTO. 1933. El desafuero de los miembros del Congreso Nacional ante el recurso de casación. Memoria de Prueba para optar

al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. p. 44 y 74.

21.- ESPARZA LEIBAR, IÑAKI. 1995. El principio del debido proceso. Barcelona. Editorial Bosch. P. 71-78. 8.- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, 1986, Los Derechos Constitucionales, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II.

22.- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ANGEL, 2006, La nueva justicia penal frente a la Constitución, Santiago, Lexis Nexis, p. 50.

23.- GONZÁLEZ, JESÚS, 1984, El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid, p. 29.

24.- GACETA DE LOS TRIBUNALES. Santiago, Chile. 1930. 2º semestre, 1932. p. 516-519

25.- GACETA DE LOS TRIBUNALES. Santiago, Chile. 1930, 2º semestre. 1932. p. 318-322

26.- GACETA DE LOS TRIBUNALES. Santiago, Chile. 1936. 1er. Semestre, 1937. p. 238-240.

27.- GACETA DE LOS TRIBUNALES. Santiago, Chile. 1948. Primer semestre 1949. p. 225-228. Considerando 1º.

28.- GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. Fuero y desafuero en las sentencias del Tribunal Constitucional. En: Sentencias destacadas 2006. 2006. UDP.

29.- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. 2001. El Derecho Privado Constitucional de Chile. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso

30.- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS. 2003. Revista de Estudios de la Justicia. Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema. (3): 137.

31.- LÓPEZ MASLE, JULIÁN, 2006, Debido Proceso en Chile. Hacia un principio generador de reglas, En: "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales", BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS (coordinador), LexisNexis, Santiago, p. 183.

32.- MARTINEZ BENAVIDES, PATRICIO. 2012. EL PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD Y EL DERECHO DE ACCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA

DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. [En línea] Revista chilena de derecho. Vol. 39, Nº 1 [consultado 2013-07-17] p. 113-147.

33.- PEDROZA DE LA LLAVE, SUSANA THALÍA “et al”. Diccionario Universal de Términos Parlamentarios. 2ª Edición. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, D.F. p. 363

34.- POSADA, ADOLFO. Tratado de Derecho Político. 1916. Madrid. España. Librería General de Victoriano Suárez. Segundo Tomo. p. 491  
> (consulta: 10 agosto 2013).

35.- ORTEGA GUTIÉRREZ, DAVID, 2003, Sinopsis artículo 24, Constitución española [en línea].

<<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>

36.- RETTIG, MAURICIO, “El debido proceso ¿es un derecho o una garantía?”, En: V Revista Procesal Penal, citado en nota al pie Nº 47 de Miguel Fernández González, La nueva justicia penal frente a la Constitución. Op. Cit. p. 8.

37.- REVISTA DE CIENCIAS PENALES. Santiago. Chile. Tomo XII. Nº 3 y 4. Julio-diciembre 1950. p. 201-203. Diputado don Humberto Abarca Cabrera.

38.- Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Santiago, Chile. Tomo LVI, Nº 9 y 10, noviembre-diciembre de 1957. 2ª parte, Sección 4ª. p. 527-533.

39.- RÍOS ALVAREZ, L. 2005. Trascendencia de la Reforma Constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. 1(3): 73-95. p.77-78.

40.- SENTENCIA DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. Rol Nº 1920-2000. Considerandos 19, 20, 23.

41.- SENTENCIA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol Nº 29505-2005. Considerando 1º.

42.- SENTENCIA DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Rol Nº 43-2005

43.- SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol Nº 1838, 478-2006, 481-2006, 529-2006, 533-2006, 590-2006

.

44.- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, Tratado de Derecho Constitucional, 2000, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, tomo VI, nota 164

45.- TARUFFO, MICHELE. 2003. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. [En línea]. Revista de Derecho (Valdivia). Diciembre 2003. Vol.15. p. 205-213

<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502003000200010&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200010&lng=es&nrm=iso)>. (consulta 12 julio 2013)

46.- VERDUGO MARINKOVIC, MARIO “et al”. Derecho Constitucional 1994. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, p. 143

47.- VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. 2008. Desafuero Parlamentario por delito de acción penal privada: un caso de inconstitucionalidad por omisión del legislador. En: XXXVIII Jornadas de Derecho Público. Termas de Chillán. Chile

48.- VOCABULARIO JURÍDICO. 1979. Buenos Aires. Argentina. Ediciones Depalma. p. 322, 331 y 332

49.- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. Fuero Parlamentario y nuevo Código Procesal Penal. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones

Jurídicas de la UNAM, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio [en línea].  
México D.F. < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/30.pdf>> p. 731-778.

## 1.2.- LEYES:

CADH.

PIDCP.

Constitución Política de la República de 1833.

Constitución Política de la República de 1925

Constitución Política de la República de 1980.

Código de Procedimiento Penal.

Código Procesal Penal