



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Pfeffer Urquiaga, Emilio
EL DESAFUERO EN EL MARCO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL
Ius et Praxis, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 359-376
Universidad de Talca
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19780211>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL DESAFUERO EN EL MARCO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Emilio Pfeffer Urquiaga (*)

RESUMEN

La regulación del procedimiento de desafuero contenida en el nuevo Código Procesal Penal presenta algunas discordancias, inadecuaciones o vacíos respecto de la preceptiva constitucional que gobierna esta materia.

El desajuste normativo podría justificarse atendido el hecho de que el constituyente aprobó las normas referidas al fuero cuando regía en el país un sistema procesal penal de corte inquisitorio, cuyas instituciones, terminología y cultura subyacente son inconciliables con el nuevo modelo de persecución criminal que lo reemplaza.

La necesidad de adecuar la Carta Fundamental a la realidad que impone el nuevo sistema procesal penal, no sólo se hace imprescindible para preservar el principio de la supremacía constitucional, sino que muy particularmente para que el Código Político recepcione los principios básicos y principales instituciones en que aquel se funda y pueda considerarse un referente obligado para la fiel interpretación del nuevo orden procesal penal.

En el presente artículo se ponen de relieve aquellas inadecuaciones y vacíos que habrán de tenerse presente al momento de reformar la Constitución

ABSTRACT

The legalization of the privation of privileges procedure contained in the new Legal Penal Code presents some disagreements, inadequacies, or blanks dealing with the constitutional perspective that governs this subject.

* Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

The normative maladjustment could justify itself due to the fact that the constituent ratified the guidelines referred to the state privileges when an inquisitive penal court law system was in force in the country, whose institutions, terminology, and underlying culture are irreconcilable with the new model of criminal persecution that replaces it.

The article highlights the need to adjust the Fundamental Letter to the reality that the new penal law system imposes to preserve the principal of the constitutional supremacy, and so the Political Code receives the basic principals and the main institutions in which it is founded and can be considered an obligated reference for the faithful interpretation of the new penal legal order.

INTRODUCCIÓN

El artículo 58 de la Carta Fundamental, como se sabe, concede fuero a los ex Presidentes de la República, diputados o senadores, quienes no podrán ser privados de libertad, ni procesados sin que se declare en forma previa haber lugar a formación de causa. La petición de desafuero adquiere así sentido en relación con alguna de las dos posibilidades que la misma regla contempla: la privación de libertad o el procesamiento.

El fuero antes referido es diferente de aquel otro que el mismo texto concede en el artículo 113 a los intendentes y gobernadores. Norma en la que no se hace referencia a la privación de libertad, sino solamente a que para proceder criminalmente deberá la Corte de Apelaciones respectiva declarar que ha lugar a la formación de causa. Como así también, en cuanto a que la aludida declaración, en este caso, no se exige sea efectuada por el pleno de la Corte de Apelaciones, requisito que sí debe cumplirse respecto de las personas mencionadas en el citado artículo 58.

Conviene recordar que mientras en la Constitución de 1925 el fuero amparaba al parlamentario en cuanto no podía ser «acusado, perseguido o arrestado» sin el procedimiento previo, en la actual, sin el antecedente del desafuero, no puede ser «procesado o privado de su libertad», lo que marca una diferencia sustancial al haberse limitado exclusivamente a estas dos últimas hipótesis la exigencia de realizar la tramitación que requiere el privilegio.

Durante la discusión del nuevo Código Procesal Penal surgieron dudas acerca de la conveniencia de mantener el fuero que la Constitución de 1980 le reconoce a determinadas autoridades en los preceptos citados. Se planteó que existiría en la opinión pública una negativa percepción acerca del desafuero - que, por lo demás, también se proyecta sobre el sometimiento a proceso de una persona-, en cuanto tal trámite previo

no es estimado un simple requisito de procesabilidad, sino un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto. De esa forma la aludida institución estaría desnaturalizada, pues de haberse concebido como una medida de protección de los parlamentarios para evitar que fueran objeto de denuncias o querellas criminales infundadas, tal resguardo se convertiría, por el contrario, en un mecanismo lesivo a sus derechos.

En vista de lo anterior se analizó la posibilidad de establecer en la nueva reglamentación procesal penal, entre las normas que regulan el procedimiento de desafuero, la facultad de los aforados de renunciar a este privilegio.

Tal opción en definitiva fue desechada atendido el claro mandato prohibitivo que se infiere de los artículos 58 y 113 de la Constitución Política, como así también de aquellas otras disposiciones que prohíben la aprehensión de determinadas autoridades sin orden previa de un tribunal competente.

Para ello se tuvo presente, entre otras consideraciones, que la norma constitucional que concede el fuero tiene carácter prohibitivo, en cuanto no autoriza la privación de libertad o el procesamiento sin la declaración previa del Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, lo que no puede ser alterado o modificado por decisión unilateral del sujeto aforado, que es precisamente lo que ocurriría si se admitiera que aquel puede renunciar a tal privilegio. De otra parte debe considerarse que tal prerrogativa es reconocida no sólo en favor de la persona investida de una dignidad o título, sino que en forma especial en beneficio de la institución que aquellos integran.

Mientras no fuera revisada la normativa constitucional en la materia, se concluyó que era preciso regular el desafuero en los términos que mejor armonice con la reforma procesal penal.

NORMATIVA PROCESAL PENAL QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE DESAFUERO

En sustancia las nuevas normas procesales que regulan el procedimiento de desafuero de las personas que gozan del fuero que confiere el artículo 58 de la Constitución Política establecen, en síntesis, lo siguiente:

- a) Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de un ex Presidente de la República, diputado o senador, deberá remitir los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que ésta, si hallare mérito, declare que ha lugar a formación de causa.

- b) Igual declaración debe requerir el fiscal, si durante la investigación solicita al juez de garantía la prisión preventiva del aforado, o alguna otra medida cautelar, las que antes de decretarse exigen la declaración previa de la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva de que ha lugar a formación de causa.
- c) En el caso que 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 querella por el juez de garantía.
- d) Si el aforado fuere detenido por habersele sorprendido en delito flagrante, el fiscal debe ponerlo inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva. Junto con ello remitirá la copia del registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto.
- e) La resolución que se pronunciare sobre la petición de desafuero será apelable para ante la Corte Suprema.
- f) Si la persona desaforada fuere un diputado o un senador, una vez que se hallare firme la resolución que declaró haber lugar a la formación de causa, será comunicada por la Corte de Apelaciones respectiva a la rama del Congreso Nacional a que perteneciere el imputado.
- g) Desde la fecha de la referida comunicación, el diputado o senador quedará suspendido de su cargo.
- h) Si se diere lugar a la formación de causa, el procedimiento se sigue conforme a las reglas generales.
- i) En el caso que se hubiere cerrado una investigación porque el fiscal estimó que poseía antecedentes suficientes para formular una acusación por crimen o simple delito en contra de un ex Presidente de la República, diputado o senador y la Corte de Apelaciones respectiva hubiere declarado que ha lugar la formación de causa, el juez de garantía debe fijar 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.
- j) En la hipótesis anterior, la audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro del plazo de quince días contado desde la notificación del auto de apertura del juicio oral.

- k) El imputado, si lo estima necesario para preparar su defensa, podrá acogerse a los plazos previstos en las reglas generales, en cuanto a las fechas para realizar las referidas audiencias.
- l) Si la Corte de Apelaciones respectiva declara no haber lugar a la formación de causa, esta resolución producirá los efectos del sobreseimiento definitivo respecto del aforado favorecido con aquella declaración.
- ll) Si respecto de un delito de acción privada, la Corte de Apelaciones respectiva declara no haber lugar a la formación de causa, el juez de garantía no admitirá a tramitación la querrela y archivará los antecedentes.
- m) En caso de pluralidad de sujetos, y si entre ellos aparecieren implicados individuos que no gozaren de fuero, el procedimiento se seguirá adelante en relación a ellos.

INADECUACIONES DE LAS NORMAS LEGALES QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO DE DESAFUERO CON LA PRECEPTIVA CONSTITUCIONAL

Si se cotejan o comparan los preceptos que regulan el procedimiento de desafuero y que se contienen en el nuevo Código Procesal Penal con las normas constitucionales que reconocen el citado privilegio (arts. 58 y 113), podrán observarse algunos vacíos y contradicciones que obligan a una revisión de la Carta Fundamental en esta materia.

El desajuste normativo podría justificarse atendido el hecho de que el constituyente aprobó las normas referidas al fuero cuando regía en el país un sistema procesal penal de corte inquisitorio, cuyas instituciones, terminología y cultura subyacente son inconciliables con el nuevo modelo de persecución criminal que lo reemplaza.

La necesidad de adecuar la Carta Fundamental a la realidad que impone el nuevo sistema procesal penal no sólo se hace imprescindible para preservar el principio de la supremacía constitucional, sino que muy particularmente para que el Código Político recepcione los principios básicos y principales instituciones en que aquel se funda y pueda considerarse un referente obligado para la fiel interpretación de todo el nuevo orden procesal penal.

Las precisiones que se exigen a nivel constitucional surgen así como una consecuencia obligada de los efectos que trae consigo la nueva regulación legal en materia de desafuero, lo que queda de manifiesto en relación a los siguientes tópicos:

- a) El artículo 58 de la Constitución Política al concederle fuero a los ex Presidentes de la República, diputados o senadores, señala que no podrán ser privados de libertad, sin que antes el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva declare que ha lugar a la formación de causa.

El nuevo Código Procesal Penal, por su parte, precisa que dicho tribunal será la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva. Pero agrega que para que el juez de garantía, a petición del fiscal, decreta la prisión preventiva del aforado o alguna otra medida cautelar, será necesario previamente que el expresado tribunal declare que ha lugar a la formación de causa.

La norma constitucional, como es lógico, no pudo colocarse en la hipótesis de alguna otra medida cautelar distinta a la prisión preventiva, toda vez que ellas han sido establecidas sólo en el nuevo cuerpo legal, de lo que resulta que, en apariencia, la solicitud de desafuero al tribunal competente únicamente sería exigible, con sujeción al tenor literal de la norma constitucional, en el caso que se quisiera privar de libertad al sujeto aforado, pero no cuando se lo quiera afectar con alguna otra medida cautelar que no revista aquel carácter.

- b) Otra de las interrogantes surgidas en esta materia, dice relación con el alcance que habrá de atribuirse al fuero otorgado por la Carta Fundamental, al tenor de la autorización que el mismo texto confiere en el artículo 80 A, inciso 3°, para privar, restringir o perturbar, al imputado o a un tercero, el ejercicio de los derechos que la Constitución le asegura.
- c) También es necesario precisar el alcance que debe asignársele a la expresión «formación de causa» al tenor de los preceptos del nuevo Código Procesal Penal.
- d) Asimismo debe analizarse si las prescripciones del nuevo orden procesal penal, en especial, en cuanto a la oportunidad en que deberá recabarse el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones se ajustan o no al sentido y espíritu que fluye de la protección que brinda el fuero constitucional. Tal es así porque la petición de desafuero sólo podrá presentarse, al tenor de los artículos 416, 423 y 425, sólo una vez cerrada la investigación si el fiscal estima que procede formular acusación por crimen o simple delito en contra de alguno de los sujetos aforados. Es decir, el fiscal deberá solicitarlo y remitir los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva, cerrada que fuere la investigación pero antes de presentar la acusación.

De ello surgen, entre otras, las siguientes interrogantes. ¿Es tardía la intervención de la Corte de Apelaciones o muy prematura?. ¿Se aviene en mayor o menor medida con la protección que brinda el fuero exigir que la acusación se hubiere presentado y acogido a tramitación, o bien considerar que aquel es sólo un requisito de procesabilidad que el fiscal debe cumplir para poder acusar?.

Si el nuevo Código exige que la Corte de Apelaciones respectiva declare que ha lugar a formación de causa una vez cerrada la investigación, y sólo cuando el fiscal estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito en contra de un ex Presidente de la República, diputado o senador, es pertinente preguntarse también ¿si el constituyente deberá otorgar o no su conformidad a tales exigencias consultándolas en el texto mismo de la Carta Fundamental?, más aún cuando no existe dentro del nuevo sistema procesal penal resolución alguna que podamos estimar análoga al auto de procesamiento.

- e) Del texto del artículo 58 de la Constitución pareciera inferirse que sólo es apelable la resolución que autoriza el desafuero declarando haber lugar a la formación de causa. Se hace por ello imprescindible en este punto una definición constitucional.
- f) El artículo 113 de la Constitución Política señala que «ningún tribunal procederá criminalmente contra un intendente o gobernador sin que la Corte de Apelaciones respectiva haya declarado que ha lugar la formación de causa».

En esta materia el nuevo Código se limita a señalar que el procedimiento establecido para el desafuero de los ex Presidentes de la República, diputados y senadores será aplicable a los casos de desafuero de un intendente o de un gobernador en lo que fuere pertinente.

Cuál es el alcance entonces, al tenor del nuevo procedimiento penal que habrá de atribuirse a la expresión «ningún tribunal procederá criminalmente» en contra de un intendente o gobernador, es otra de las interrogantes que nos proponemos responder.

A. EL TRÁMITE DE DESAFUERO EN RELACIÓN A MEDIDAS CAUTELARES QUE NO CONLLEVEN A UNA PRIVACIÓN EFECTIVA DE LA LIBERTAD PERSONAL

La petición de desafuero en los términos en que actualmente se regula en la Carta Fundamental, según se ha explicado, adquiere sentido sólo en relación con alguna de las dos siguientes hipótesis: la privación de libertad o el procesamiento.

La expresión «privado de libertad» que se utiliza en la norma constitucional citada cubre variadas situaciones -arresto, detención, prisión preventiva o prisión- que, indiscutiblemente conllevan a una efectiva privación de libertad.

El problema radica, tal como ya se anunció, en determinar si aquella terminología comprende o no aquellas otras situaciones en que la libertad personal tan sólo será restringida, perturbada o amenazada, como lo autoriza con carácter innovativo el nuevo Código Procesal Penal.

Ninguna contradicción con el texto constitucional podría observarse si concluyéramos por vía interpretativa, que el término «privado de libertad» se extiende a aquellas otras situaciones en que la libertad personal es afectada en un grado menor a su privación. El caso de una restricción, perturbación o amenaza.

Sin embargo tal esfuerzo hermenéutico no tiene asidero, pues en diversos preceptos el constituyente distingue tres grados, claramente diferenciados, en que los derechos y garantías pueden ser afectados.

En efecto, en el artículo 19, N°7, letra b), hace mención a que nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes; en los artículos 20 y 21, referidos a las acciones de protección y amparo, respectivamente, distingue entre privación, perturbación y amenaza en el legítimo ejercicio del derecho; en el artículo 41, N° 7, precisa que en ningún caso las medidas de restricción y privación de libertad podrán adoptarse en contra de parlamentarios y de las otras autoridades allí mencionadas.

Se sigue de lo anterior que la privación de un derecho o garantía configura una situación distinta y claramente diferenciable de su restricción, perturbación o amenaza. Siendo así, concluimos que la expresión «privado de libertad» que se utiliza en el artículo 58 de la Carta Fundamental comprende únicamente el grado de mayor afectación de la libertad personal, esto es, un arresto, detención, prisión preventiva o prisión, pero en ningún caso las otras hipótesis en que dicha libertad tan sólo es restringida, perturbada o amenazada.

Lo anterior se reafirma cuando el constituyente cada vez que ha manifestado su voluntad de proteger a determinadas autoridades frente a persecuciones infundadas que pongan en peligro su libertad personal, tales como, magistrados de los tribunales superiores de justicia, fiscales judiciales, jueces de letras que integren el Poder Judicial, ministros del Tribunal Constitucional, fiscales del Ministerio Público, ha utilizado el vocablo «aprehendido» (arts. 78, 80 H, 81), como sinónimo de una efectiva priva-

ción de libertad, y, por ende, el privilegio que les concede se circunscribe, exclusivamente, a la hipótesis de un arresto, detención, prisión preventiva o prisión.

Por otra parte, no existen antecedentes en la historia fidedigna del establecimiento del citado artículo 58 que permitan concluir que la expresión «privado de libertad» haya sido empleada en términos amplios, omnicomprendivos de las restricciones, perturbaciones o amenazas a la libertad personal.

La contradicción con el texto constitucional surge entonces de la amplia gama de medidas cautelares de carácter personal que consulta el nuevo cuerpo legal y que no estaban previstas en la normativa que se reemplaza.

En efecto, a las tradicionales medidas privativas de libertad -arresto, detención, prisión preventiva y prisión-, que sí tienen reconocimiento en la Carta Fundamental, el juez de garantía o el tribunal oral en lo penal podrá decretar, para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación, y a petición del fiscal, del querellante o la víctima, alguna de las siguientes medidas cautelares de carácter personal: privación de libertad, total o parcial; sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada; obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare; prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal; prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares; prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa; y la prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

Ninguna observación puede formularse al hecho de que el nuevo Código haya contemplado otras medidas cautelares de carácter personal que no necesariamente conlleven a una privación efectiva de la libertad personal y que las mismas no tengan reconocimiento en la Carta Fundamental.

Lo que sí ha concitado algunas reservas, que no compartimos, es que tanto los artículos 416, 423 y 425 del citado cuerpo legal exijan el pronunciamiento previo de la Corte de Apelaciones respectiva, cuando el juez de garantía resuelva aplicar medidas cautelares en contra del imputado, que no traigan consigo su privación de libertad, cuando como ya se ha explicado la privación de libertad es una de las dos únicas hipótesis consultadas en la Constitución que exigen solicitar previamente el desafuero del sujeto aforado.

El fiscal podrá así desarrollar, libremente, la investigación hasta su cierre en relación a cualquiera de las personas antes mencionadas. Sin embargo, si durante su transcurso considera que posee antecedentes suficientes para solicitar al juez de garantía alguna medida cautelar respecto de alguna de las personas que gozan del fuero de los artículos 58 y 113 de la Constitución, y ello resulta imprescindible para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, deberá solicitar previamente a la Corte de Apelaciones que formule la respectiva declaración de desafuero.

La exigencia legal reseñada, estimamos, a pesar del vacío constitucional observado, es congruente con el espíritu y finalidad perseguido por la Carta Fundamental al establecer el fuero, y podría estimarse entonces que es un privilegio otorgado directamente por el legislador lo que no merece a nuestro juicio ninguna reserva desde el punto de vista constitucional.

En efecto, se admite que éste tiene, al menos, dos propósitos. Por una parte, evitar que se arrastre al ex Presidente de la República, a los diputados o senadores, y en general, a cualquier sujeto aforado a los tribunales en forma temeraria, con el descrédito que ello trae consigo, y, por la otra, impedir que la persecución penal en contra de alguna de estas personas pueda alterar el normal desarrollo institucional de la Corporación que aquellos integren, amagando, obstaculizando o impidiendo el ejercicio de la función pública.

El legislador acertadamente entiende que una medida cautelar que obligue al sujeto aforado a someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada; a presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare, que le prohíba salir del país, de una determinada localidad o ámbito territorial, que le impida asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o visitar determinados lugares, comunicarse con o aproximarse a determinadas personas, configuran situaciones que claramente amagan, obstaculizan o impiden el ejercicio de la función pública.

Consideramos que el nuevo Código es fiel intérprete del sentido, finalidad o espíritu que inspira el fuero reconocido en los artículos 58 y 113 de la Carta Fundamental. Sin embargo estas normas deben adecuarse a la nueva realidad procesal a fin de establecer que ninguna medida cautelar podrá imponerse en contra de los sujetos aforados sin que previamente la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva no declare haber lugar a formación de causa, tal cual lo ordenan los artículos 416, 423 y 425 del Código Procesal Penal, todo ello a fin superar el vacío constitucional y los reproches de inconstitucionalidad de las normas legales citadas.

B. ALCANCE QUE HA DE ATRIBUIRSE AL FUERO CONSTITUCIONAL AL TENOR DE LA FACULTAD QUE SE LE RECONOCE AL JUEZ DE GARANTÍA PARA AFECTAR DERECHOS CONSTITUCIONALES

Un segundo problema se deriva del alcance que habrá de atribuirse al fuero otorgado por la Carta Fundamental, al tenor de la autorización que el mismo texto confiere en el artículo 80 A, inciso 3º, para privar, restringir o perturbar, al imputado o a un tercero, el ejercicio de los derechos que la Constitución le asegura.

En efecto, la citada disposición, en concordancia con lo previsto en el artículo 9 del nuevo Código, ordena que toda actuación del procedimiento, que prive, restrinja o perturbe, al imputado o a un tercero, del ejercicio de alguno de los derechos que la Constitución le asegura, antes de realizarse, deberá ser autorizada judicialmente.

No se trata en este caso de medidas cautelares, sino de diligencias precisas, determinadas, decretadas dentro del marco de una investigación y que el fiscal habrá de solicitar al juez de garantía, sea en contra del imputado o un tercero, tales como la interceptación de sus comunicaciones, la incautación de documentación privada u objetos que obren en su poder o el registro y entrada en lugares cerrados, entre otras, todas las cuales, indudablemente, afectan derechos constitucionales.

La protección que brinda el fuero constitucional a ex Presidentes de la República, diputados, senadores, intendentes y gobernadores, e incluso, a todas aquellas otras autoridades que no pueden ser aprehendidas sin autorización judicial previa, ¿alcanza o no a las citadas diligencias?, o, por el contrario, ¿aquellas podrán decretarse respecto a las personas mencionadas de acuerdo a las normas generales?.

El sentido y finalidad de tales medidas investigativas de carácter intrusivo se justifica en el propósito de asegurar el éxito de la persecución penal. Es por ello que incluso pueden ser decretadas sin audiencia del afectado y con reserva para garantizar su eficaz resultado.

En ese contexto, por lo mismo, no pareciera compatible con el fin u objetivo que tales diligencias persiguen, exigir que en forma previa se cumpla con el trámite de desafuero para decretarlas.

Con todo, atendida la alta investidura de los sujetos aforados, estimamos que debe definirse la conveniencia de que sea o no el juez de garantía el órgano llamado a autorizarlas.

Pareciera que se aviene en mayor medida con la finalidad y el espíritu de las normas que confieren protección constitucional a los sujetos aforados y, especialmente al regular funcionamiento de las respectivas instituciones que aquellos integren, que en estos casos fuera la Corte de Apelaciones respectiva el órgano jurisdiccional llamado a decretarlas.

C. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «FORMACIÓN DE CAUSA» AL TENOR DE LOS PRECEPTOS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Con sujeción a la nueva normativa procesal penal qué sentido cabe atribuir a la expresión «formación de causa» empleada en los artículos 58 y 113 de la Constitución Política.

El alcance de la referida expresión aparece suficientemente explicitado tanto de la historia fidedigna del establecimiento del nuevo Código, como de las recientes modificaciones introducidas al Código Orgánico de Tribunales por la ley N° 19.708 (D.O., 5 de enero de 2001).

En efecto, durante el debate del Código Procesal Penal en las Comisiones de la Cámara de Diputados y del Senado se concluyó que la expresión «formación de causa» sería equivalente, en el nuevo esquema procesal penal a la acusación que formule el ministerio público.

De otra parte la ley N° 19.708 que modifica el Código Orgánico de Tribunales en diversas disposiciones arriba a igual conclusión. Así, el número 5 del artículo 256, precisa que no pueden ser jueces «los que de conformidad a la ley procesal penal, se hallaren acusados por crimen o simple delito o estuvieren acogidos a la suspensión condicional del procedimiento». Luego, el artículo 295, letra f), señala que para ser postulantes a cargos del Escalafón del Personal de Empleados se exige «no estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, ni hallarse condenado o acusado por crimen o simple delito». Asimismo, el número 1 del artículo 335, que distingue dos hipótesis diversas, precisa que las funciones de jueces se suspenden «por encontrarse ejecutoriada la sentencia que declara haber lugar a la querrela de capítulos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, o por haberse formulado acusación tratándose de delitos comunes». Finalmente para ser abogado el número 3 del artículo 523, entre otras condiciones, exige «no haber sido condenado ni estar actualmente acusado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva».

Se infiere de la preceptiva antes transcrita que en todas las situaciones que en ellas se regulan la acusación debe haber sido presentada por el fiscal ante el juez de garantía.

D. OPORTUNIDAD EN QUE DEBE FORMULARSE LA PETICIÓN DE DESAFUERO DE ACUERDO A LAS PRESCRIPCIONES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Tratándose de los ex Presidentes de la República, diputados, senadores, intendentes y gobernadores, la Corte de Apelaciones respectiva deberá pronunciarse sobre la petición de desafuero que formule el fiscal, antes de que éste presente la acusación ante el juez de garantía.

En iguales términos debe proceder el Tribunal de Alzada respectivo cuando decida hacer efectiva la responsabilidad criminal de jueces, fiscales judiciales y fiscales del ministerio público declarando admisibles los capítulos en que luego el fiscal funde su acusación.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 416, 423 y 425 del Código Procesal Penal queda claro que la expresada declaración se formulara antes de que la acusación sea presentada por la fiscalía al juez de garantía y éste ordene su notificación a todos los intervinientes.

De tales prescripciones se infiere que todos los sujetos que gozan de algún grado de protección constitucional están sometidos a las mismas reglas que cualquier otra persona durante toda la etapa de investigación. Con la salvedad de que en relación a las autoridades mencionadas en los artículos 58 y 113 de la Constitución Política se requiere el trámite de desafuero previo para decretar a su respecto alguna medida cautelar de carácter personal, como ya se explicó.

Se han planteado algunas reservas en cuanto a la oportunidad en que la Corte de Apelaciones respectiva será llamada a intervenir para declarar que ha lugar a formación de causa o para dar curso a los capítulos de la acusación.

Dos posiciones se advierten en esta materia

Algunos han observado que la intervención de la Corte de Apelaciones respectiva, ya cerrada la investigación, podría estimarse muy tardía. Han sugerido que tal pronunciamiento debiera ser recabado en forma previa a la formalización de la investigación,

sin perjuicio de que aquella declaración sería en todo caso procedente para imponer alguna medida cautelar de carácter personal.

Otros sostienen que si la oportunidad para recabar el desafuero lo es una vez cerrada la investigación, y como la decisión de acusar, en principio, es privativa del fiscal, ella se apartaría del sentido y espíritu que fluye de la protección que brinda el fuero constitucional, más aún cuando durante el transcurso de esa investigación podría no haber mediado intervención judicial previa de ninguna naturaleza.

La problemática se circunscribe entonces a dos posiciones. La primera que considera excesivamente tardía la intervención de la Corte de Apelaciones llamada a pronunciarse sobre la petición de desafuero; sólo una vez cerrada la investigación. La segunda que estima que se aviene en mayor medida con la protección que brinda el fuero constitucional exigir que la investigación no sólo hubiere concluido, sino además que la acusación ya se hubiere presentado y acogido a tramitación.

Lo anterior no se puede resolver prescindiendo de los efectos jurídico-políticos que provoca una petición de desafuero.

En la lógica del sistema inquisitivo, que es aquella que tuvo en vista el constituyente al momento de regular el fuero constitucional, quien formulaba la petición de desafuero era en definitiva el órgano jurisdiccional.

Las reservas que se formulan radican entonces en que la decisión de solicitar el desafuero sería promovida exclusivamente por decisión unilateral del fiscal y sin que en forma previa hubiere mediado intervención de un órgano jurisdiccional.

Algunos han advertido que lo anterior sería contrario al espíritu y finalidad protectiva que fluye de la norma que confiere fuero constitucional. Tanto más cuando podría darse el contrasentido de que el fiscal elevara a la Corte de Apelaciones respectiva exclusivamente aquellos antecedentes que le resultaran funcionales a su solicitud.

Ello sería posible, se explica, por cuanto la decisión de acusar, con limitadas excepciones, es una facultad privativa del fiscal, quien una vez practicadas todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores declarara cerrada la investigación en base a su personal convicción, sólo cuando él considere que existe fundamento para el enjuiciamiento del imputado sin que aún se hubiere presentado la acusación ante el juez de garantía.

Tales aprehensiones no las compartimos en plenitud, aunque no cabe descartar que alguna de dichas hipótesis pudiera producirse. Desde luego porque el imputado actuará en el procedimiento de desafuero que habrá de seguirse ante la Corte de Apelaciones respectiva ejerciendo todos sus derechos, ocasión en que podrá hacer valer las deficiencias que observe en la investigación y cuestionar el mérito de los antecedentes en que se sustente la futura acusación. Antes, incluso, durante el desarrollo del procedimiento podría reclamar la intervención del juez de garantía para su control o demandar la realización de diligencias precisas. Finalmente, porque los fiscales del ministerio público están obligados a investigar con igual celo los hechos constitutivos de delitos, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, asistiéndole a éste el derecho de reclamar ante el superior del ministerio público, en caso que aquel así no procediere, sin perjuicio de las responsabilidades, incluso penales, consecuentes.

De otra parte no hay duda que carece de todo asidero el cuestionamiento que se formula en cuanto a la tardía intervención de la Corte de Apelaciones respectiva. No advertimos lesión alguna a la protección que brinda el fuero que el expresado tribunal sea llamado a pronunciarse sobre la petición de desafuero o la admisibilidad de los capítulos de la acusación, sólo una vez que la investigación se encuentre agotada. Por el contrario, ello cautela en mayor medida el principio de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

No se explica entonces, como pudiera sostenerse, que tal exigencia debiera cumplirse, como algunos han sugerido, en forma previa a la formalización de la investigación.

En efecto, la formalización de la investigación no importa una decisión jurisdiccional, y sólo consiste en la comunicación unilateral que realiza el fiscal al imputado, en presencia del juez de garantía, del hecho de desarrollarse actualmente una investigación en su contra por uno o más delitos determinados. Hasta antes de tal declaración la actividad del fiscal y de la policía se ha desarrollado sin apego a formalidades y, por lo general, sin intervención del imputado, quien ni siquiera puede estar enterado del hecho de seguirse una investigación en su contra.

Si bien se trata de una actuación judicial por verificarse ante el juez de garantía, ella no es consecuencia de un pronunciamiento jurisdiccional. El juez no se pronuncia sobre la imputación, ni tampoco se derivan efectos automáticos sobre los derechos del imputado.

La Corte Suprema en instructivo acordado por el Tribunal Pleno (10-1-2001) ha puntualizado que en la audiencia de formalización de la investigación el juez de garantía no tiene ni debe emitir pronunciamiento sobre ella. No le corresponde pedir al fiscal que aclare el contenido de la formalización. Si el imputado la considera arbitraria puede reclamar de ella ante las autoridades del ministerio público, pero no ante el juez de garantía. No procede que el juez en la referida audiencia interroge al imputado, a la víctima o a otras personas. No corresponde la recepción de pruebas del fiscal, de la víctima ni del imputado en esa audiencia. Tampoco en ella el juez podría resolver sobre el procedimiento abreviado, entre otras consideraciones, todo lo cual comprueba que aquella es una decisión que unilateralmente adopta el fiscal.

Claro está que la formalización de la investigación es una garantía para el imputado, pues se da comienzo a un proceso formal, con pleno ejercicio de la defensa e intervención judicial, que busca, por una parte, dar un conocimiento cierto de la imputación antes de la discusión de medidas que afectan derechos individuales, y, por la otra, evitar acusaciones sorpresivas, toda vez que el fiscal queda limitado por los hechos incluidos en los cargos formalizados, no pudiendo ampliarlos sorpresivamente luego cuando formule acusación. Sin perjuicio, además, de que a partir de tal actuación comienza en carácter de necesaria la actividad de la defensa, al punto en que debe designársele un defensor, si no lo tiene, para que aquella pueda llevarse a efecto.

Por todo lo anterior resulta indiscutible que la formalización de la investigación, como acertadamente lo ha resuelto el legislador, no puede constituir el evento que motive una petición de desafuero.

Aún cuando parece razonable, atendido lo que antes se ha expresado, que la petición de desafuero deba ser formulada por el fiscal una vez cerrada la investigación, nos asisten dudas, acerca de si ello se concilia con el sentido de la norma constitucional, que, concebida y aprobada teniendo en referencia el esquema que imponía el sistema inquisitivo, consultaba que tal petición debía formularse por el órgano jurisdiccional.

En tal sentido pensamos que se aviene en mayor medida con el fin protectivo del fuero constitucional y con las normas del debido proceso, interpretar que la oportunidad en que el fiscal deba formular la solicitud de desafuero a la Corte de Apelaciones respectiva, lo sea luego de que el juez de garantía haya acogido a tramitación la acusación.

Razones de orden estrictamente procesal justifican además la referida conclusión.

En efecto, mientras la acusación no sea presentada, notificada y eventualmente corregidos los vicios de que pudiese adolecer, el imputado desconocerá la calificación jurídica de los hechos que allí se formulen, la cual podría ser distinta de aquella que se

hubiere expresado al formalizar la investigación, todos elementos que pudieran conducir a una errada decisión de la Corte de Apelaciones respectiva.

De otra parte los antecedentes acumulados durante la investigación sólo se colocan a disposición del acusado en el tribunal al momento en que es presentada y notificada la acusación, de lo que se infiere que la Corte de Apelaciones podría resolver la petición de desafuero considerando antecedentes que fueren distintos de los que luego el ministerio público está obligado a poner a disposición del acusado ante el tribunal.

De otra parte, si el artículo 263 del nuevo Código autoriza hasta la víspera de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de dicha audiencia, en forma verbal, que el acusado pueda señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento, y exponer los argumentos de defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare, sólo con el mérito de tales antecedentes estimamos la Corte de Apelaciones podría, acertadamente, resolver la petición de desafuero.

Aún más, si el artículo siguiente enumera las excepciones de previo y especial pronunciamiento, entre ellas, la cosa juzgada, la falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la Constitución o la ley lo exigieren, y la extinción de la responsabilidad penal. Es lícito preguntar ¿qué sentido tendría arrastrar al sujeto aforado a la Corte de Apelaciones con todos los efectos políticos que ello trae consigo para que luego aquel allí sostenga que existe cosa juzgada o la responsabilidad penal se encuentra extinguida?

Entendemos que la protección constitucional que brinda el fuero debiera inspirarse en el propósito de evitar que se arrastre al sujeto aforado al juicio oral y público, lo que como es sabido en la nueva estructura procesal penal se resolverá una vez presentada la acusación, desestimados o corregidos los vicios que dicha acusación pudiera adolecer y, desde luego, rechazadas las excepciones previas formuladas.

E. APELACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE AUTORIZA EL DESAFUERO Y DECLARA HABER LUGAR A LA FORMACIÓN DE CAUSA

Se señaló anteriormente que del texto del artículo 58 de la Constitución Política, pareciera inferirse que sólo es apelable la resolución que autoriza el desafuero declarando haber lugar a la formación de causa.

Con excepción de algunos votos disidentes la Corte Suprema ha compartido ese criterio al estimar improcedente el recurso de apelación en contra de la sentencia que deniega la solicitud de desafuero. (Véase sentencias de fechas 30-1-1992; 22-7-1994;

29-3-1996; 4-8-2000, en R.G.J. N°s 139, pág. 72; 172, pág. 160; 189, pág. 160, y 242, pág. 153, respectivamente).

La razón de fondo para conceder la apelación sólo en caso que se haga lugar al desafuero, radica en el propósito de proteger el funcionamiento de los poderes públicos, y si ya un tribunal superior en pleno ha estimado que no procede dirigir un proceso penal en contra del sujeto aforado, no parecería razonable extender más el procedimiento a su respecto.

La nueva normativa apartándose de la tendencia jurisprudencial citada, del tenor literal del artículo 58 de la Constitución Política interpretado en concordancia con los artículos 613 y 617 del Código de Procedimiento Penal, ha establecido en forma explícita que la resolución que se pronuncie sobre la petición de desafuero será apelable para ante la Corte Suprema, tanto si la acoge como si la desecha.

Se hace imprescindible en este punto una definición constitucional.

F. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «NINGÚN TRIBUNAL PROCEDERÁ CRIMINALMENTE CONTRA UN INTENDENTE O GOBERNADOR SIN QUE LA CORTE DE APELACIONES RESPECTIVA HAYA DECLARADO QUE HA LUGAR LA FORMACIÓN DE CAUSA» EMPLEADA EN EL ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Si como se ha estimado, desde el punto de vista constitucional equivalente, el fuero otorgado a los ex Presidentes de la República, senadores y diputados, es evidente que la referida expresión «ningún tribunal procederá criminalmente contra un intendente o gobernador sin que la Corte de Apelaciones respectiva haya declarado que ha lugar la formación de causa», debe concluirse que los efectos derivados de aquel privilegio son análogos, sin que pueda sostenerse que intendentes y gobernadores estarán regidos en esta materia por un estatuto diferente más beneficioso o perjudicial.

Tal conclusión se corrobora por lo preceptuado en el nuevo Código al limitarse éste a señalar que el procedimiento establecido para el desafuero de las autoridades a que se refiere el artículo 58 de la Constitución Política, será aplicable a los casos de desafuero de un intendente o de un gobernador en lo que fuere pertinente.

De ello se sigue que todo lo expresado con anterioridad resulta pertinente a las autoridades regionales y provinciales, y que la expresión «ningún tribunal procederá criminalmente» es equivalente a «formación de causa».