

Fuero y desafuero en las sentencias del Tribunal Constitucional



GASTÓN GÓMEZ BERNALES

*Profesor y Director del Departamento de Derecho Público,
Universidad Diego Portales*

RESUMEN

En este trabajo se analizan los fallos dictados por el TC conociendo de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal (CPP), en los procesos de desafuero parlamentario. Se exponen los argumentos del Tribunal y se revisan sus criterios interpretativos. La tesis que defiende el autor es que hay una incorrecta ponderación de los derechos y valores constitucionales involucrados en las sentencias que el TC ha dictado sobre la materia, toda vez que la víctima quedó desprovista de procedimiento para desafuero al eventual infractor y constreñido su derecho a la igual protección de la justicia. También se analizan las sentencias dictadas por el TC respecto de la constitucionalidad del artículo 416 inciso segundo. A pesar de que el TC adujo para desechar los recursos que el precepto legal no era aplicable al caso, en algunos considerando y en los votos de minoría de la sentencia, inusualmente, se adelantan juicios acerca de la oportunidad en que sería apropiado pedir el desafuero antes de impulsar una causa penal contra un aforado.

SUMARIO

I. Introducción: presentación del problema. II. Como entender el fuero y el desafuero. III. La jurisdicción constitucional y el precepto legal inaplicable. IV. La argumentación del TC que conduce a acoger los recursos. V. El pleno de la Corte de Apelaciones ante la sentencia del TC. VI. Los defectos del razonamiento de la sentencia del TC. 6.1 Ausencia de precepto legal que aplicar: Primera tensión entre jurisdicciones. 6.2 Déficit de ponderación de bienes constitucionales. 6.3 Déficit de argumentación en la sentencia. VII. Las sentencias del Tribunal Constitucional y el inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal. 7.1 Presentación del problema. 7.2 La decisión del Tribunal Constitucional. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El senador Guido Girardi dedujo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 93 N° 6 de la Carta) en contra del artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal, disposición, esta última, que prevé el procedimiento de “desafuero” de autoridades investidas con este privilegio, frente a querellas por delitos de acción privada. Adujo que este inciso infringía –en esencia– el debido

proceso (artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución) y las normas constitucionales sobre el fuero parlamentario (artículo 61 de la Constitución). Lo hizo a raíz de la presentación por varios particulares de una querrela en su contra por el delito de injurias y calumnias graves con publicidad; hecho que, como se recordará, consistió en afirmar que los dueños y gerentes de AFPs e ISAPRES eran “delincuentes de cuello y corbata”.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) resolvió, mediante sentencia de fecha 8 de agosto de 2006¹, acoger el reclamo o requerimiento del senador y declaró inaplicable el artículo 416 inciso tercero al procedimiento de desafuero que la Corte de Apelaciones de Santiago iba a iniciar al parlamentario. La sentencia se pronunció sin esperar que la Corte entrara al conocimiento de la petición. La reacción de la Corte de Apelaciones cuando se le notificó la resolución del TC que le ordenaba inaplicar tal disposición fue particularmente desafortunada. Por mayoría de votos, el Pleno ordenó archivar el procedimiento de desafuero.

El archivo del expediente de desafuero trajo como consecuencia inmediata que el querellante quedara sin procedimiento para desaforar al senador y –por ello– impedido que su querrela prosperase, y al Senador, la resolución lo convirtió en impune del eventual delito que hubiera cometido. El voto de minoría de Ministros de la Corte de Apelaciones propuso para el asunto un tratamiento distinto al archivo. Dicho voto estimó seguir adelante con el desafuero, en aplicación del principio de inexcusabilidad; pero no tuvo la suficiente fuerza para imponerse en el Pleno de la Corte de Apelaciones. El fuero se transformó, así, de un privilegio de procesabilidad en una garantía de inimputabilidad, lesionando, con ello, seriamente diversos bienes y valores constitucionales.

Sin pereza alguna –como era de esperarse– otros parlamentarios afectados por querellas del mismo tipo requirieron al TC similar pronunciamiento e idéntico “privilegio”. Siguiendo su jurisprudencia el TC por sentencia de fecha 9 de noviembre del 2006, ordenó inaplicar el artículo 416 inciso tercero en causa seguida contra el senador Pablo Longueira por la eventual comisión de injurias graves con publicidad y por sentencia de la misma fecha tuvo idéntico predicamento respecto del senador Nelson Ávila, a raíz de hechos que lo involucraban en delitos de similar naturaleza².

¹ STC Rol N° 478/2006, requerimiento de Guido Girardi.

² Véase STC Rol N° 529/2006, requerimiento de Juan Pablo Longueira Montes, y N° 533/2006, requerimiento de Nelson Ávila Contreras.

No deja de ser curioso que el TC no haya tomado en cuenta en sus razonamientos si los tres parlamentarios concurren o no con sus votos a aprobar los artículos ahora tachados por ellos mismos de inconstitucionales (aspecto que sí debe tomar en cuenta en otros procedimientos de control). Tampoco tomó en cuenta que los parlamentarios no cuestionaron –en su oportunidad– que el proyecto de Código Procesal Penal –cuerpo legal al que pertenece el artículo 416 inciso tercero– no fuera a control preventivo obligatorio de constitucionalidad, como jurídicamente correspondía pues se trata de un artículo que es materia de ley orgánica constitucional. Si estos súbitos defensores del estado de derecho y los derechos fundamentales hubieran actuado oportuna y diligentemente, es muy probable, tomando en cuenta la jurisprudencia del TC en estos casos, que este artículo no hubiere pasado el control preventivo de constitucionalidad. Sus votos ayudaron a que estas normas se aprobaran, y ahora se vuelven contra ellas, solicitando su inaplicabilidad por ser inconstitucionales. Todo un modelo de rectitud jurídica.

Este es el relato constitucional de un asunto desafortunado. A continuación, voy a analizar las distintas decisiones involucradas y sus argumentos. Naturalmente, no puedo sostener una tesis interpretativa de la Constitución que defrauda tan vigorosamente la igualdad de trato y los derechos fundamentales.

II. CÓMO ENTENDER EL FUERO Y EL DESAFUERO

El fuero supone un “privilegio” frente a la situación en que estamos todos de responder ante los tribunales de justicia por nuestros actos de connotación penal, pues prohíbe que un diputado o senador pueda ser “acusado” o “privado de su libertad” sin antes ser desaforado (si es arrestado por delito flagrante debe ser puesto a disposición del “Tribunal de Alzada respectivo” con la información sumaria del caso). El desaforo de un parlamentario exige sentencia judicial pronunciada por el tribunal de alzada de la jurisdicción respectiva, la que debe constatar que hay mérito para formarle causa –lo que puede ser apelado para ante la Corte Suprema–. Solo una vez desaforado el parlamentario responde penalmente de sus actos.

A lo largo de nuestra vida constitucional, el fuero ha dado lugar a grandes querellas entre los partidarios de la existencia o contrarios a este privilegio constitucional, sobre todo cuando, como se preveía en la Constitución de 1833, eran las Cámaras las que autorizaban la

imputación penal contra un parlamentario, antes de que se pudiera proceder penalmente en su contra, y estas tendían a cerrar filas para impedir el juzgamiento, cualquiera que fuese la corriente política a la que perteneciere el parlamentario. No son pocos los que actualmente cuestionan la existencia de este privilegio, aunque no es este artículo el lugar apropiado para entrar en el tema.

Los debates académicos sobre el fuero se han centrado principalmente en el desafuero, enfatizando qué debe entenderse por “acusado” (acusado, perseguido o arrestado, decía la Carta del 25 en su artículo 33) o “privado de su libertad”. Naturalmente un aspecto central para dilucidar la procedencia y sustento de una solicitud de desafuero consiste en determinar el significado del estándar “haber lugar a la formación de causa” que exige la Constitución para desafuorar al parlamentario –y exigía también la Constitución de 1925–; si, por una parte, fundadas sospechas o si presunciones fundadas, acreditada que fuese la existencia del delito.

El TC entiende el fuero como una “garantía procesal que protege al parlamentario de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. Posee un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio de separación de poderes –valores esenciales del estado de derecho– y cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular”³. A pesar de que la Carta nada dice, el TC entiende que el fuero se extiende por igual frente a delitos de acción pública o privada. Y así se entendió también durante la vigencia de la Constitución de 1925.

La gravedad que tiene desafuorar a un parlamentario para la democracia y las mayorías parlamentarias –pues queda por ello suspendido del cargo– rodean los entretelones y la causa del desafuero de gran tensión y expectación pública. No cabe duda que si el desafuero no acarreará la suspensión del cargo, tales efectos se atenuarían considerablemente, aunque por cierto no se produciría uno de los aspectos que los constituyentes históricos creyeron importante garantizar con esta institución: al suspender al parlamentario del cargo –y de la dignidad de este–, mientras es sometido a la justicia, se atenúan las presiones a la justicia desde el poder.

Si bien el fuero tiene un innegable sentido institucional, el sistema de fuero y desafuero está dirigido a privar mientras dure la investi-

³ STC Rol N° 478/2006, considerando 2°.

gación criminal del cargo a un parlamentario –de su poder y dignidad– contra el que existen motivos sólidos que le ha cabido participación en hechos punibles. Pero el desafuero tiene un innegable impacto en la política, toda vez que incide en la representación popular pues afecta las mayorías y minorías de las Cámaras.

Con todo, la contribución más clara del fuero al funcionamiento correcto de las instituciones democráticas y el estado de derecho es que opera como una garantía de sobrevivencia para las minorías políticas parlamentarias y su libertad de crítica y expresión.

Pero a los efectos técnicos el TC se ve obligado en las sentencias que comentamos a efectuar una interpretación respecto del fuero tal como está regulado en el artículo 61 de la Constitución y los delitos de acción privada –injurias y calumnias–. El género de interrogantes que se hace es el siguiente: por una parte, se interroga por la oportunidad en que debe solicitarse el desafuero, señalando que deben cumplirse las exigencias constitucionales que se refieren a que cada vez que el parlamentario sea “acusado” o “privado de libertad” debe procederse al desafuero (precisando qué debe entenderse por estas expresiones); luego, qué estándar cubre la expresión haber mérito para formarle causa; y por fin, si estas exigencias se aplican por igual en caso de delitos de acción pública y privada, concluyendo, en este último caso, que como la Constitución no distingue entre tipos de delitos el desafuero se aplica a unos y a otros.

III. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL PRECEPTO LEGAL INAPLICABLE

La reforma constitucional del año 2005 instituyó un modelo de jurisdicción constitucional particular⁴. El control constitucional de la legislación, es decir, el mecanismo creado para garantizar la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, está estructurado en dos etapas. La primera, consiste en el recurso o la cuestión de inaplicabilidad, mediante la cual, a petición de parte o del juez que conoce del asunto, el TC revisa si la aplicación de un precepto legal a una gestión cualquiera resulta inconstitucional. Se trata de un control que la doctrina ha denominado control concreto, aunque está por verse qué es lo que esto significa, realmente. El efecto directo de una sentencia de esta clase es que el TC declara

⁴ Véase GÓMEZ (2005) pp. 651 y ss.

inaplicable el precepto para el caso o gestión. El TC no está facultado para efectuar, entonces, pronunciamientos abstractos o genéricos de inconstitucionalidad y para dictaminar sobre preceptos que no tienen que ver con la gestión. La segunda etapa se produce toda vez que una sentencia de inaplicabilidad gatilla –como el percutor al revólver– la revisión de oficio de la constitucionalidad del precepto legal declarado inaplicable, y la sentencia, de acoger la inconstitucionalidad, declarará “derogado” el precepto legal, expulsando el enunciado legal del ordenamiento jurídico, a partir de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia del TC. Para evitar que el TC “olvide” revisar la constitucionalidad de un precepto declarado inaplicable, se admite también acción pública, para que se inste por la inconstitucionalidad.

De manera que la inaplicabilidad declarada del artículo 416 inciso tercero en tres casos, dará lugar en breve a un pronunciamiento de inconstitucionalidad.

Es importante anotar que los recursos acogidos han debido sortear algunos obstáculos. Por lo pronto, el artículo 93 N° 6 faculta al TC a declarar inaplicable un precepto legal cuya “aplicación” a cualquier gestión resulte inconstitucional, es decir, lo que puede el TC declarar inaplicable es la norma legal y no el enunciado normativo. Pero además, la Constitución exige que el TC revise el cumplimiento de ciertos requisitos previos a entrar a conocer y fallar uno de estos requerimientos o acciones, para evitar la distracción de recursos y tiempo en asuntos que no tienen propósito porque no satisfacen las exigencias mínimas. La Constitución ha señalado cuatro requisitos que todo requerimiento debe satisfacer: que la gestión esté pendiente ante un tribunal ordinario o especial (se trata en realidad de dos requisitos); que la aplicación del precepto “pueda” resultar decisiva en la resolución de un asunto; que el escrito esté fundado; y por último, que se cumplan los requisitos que prevea la LOCTC⁵, cuando se dicte. En suma, la Constitución faculta al TC solo a declarar inaplicable la “aplicación” que se haga del enunciado legal a un caso o gestión radicado en un tribunal –y en algún caso, habrá sinonimia entre enunciado y norma, pero en otros no– y siempre que este precepto “pueda” ser “decisivo para la resolución” de “un” asunto. La pregunta es si el artículo 416 inciso tercero del CPP llegó a ser aplicado –interpretación aplicativa de los jueces– y si al ser

⁵ Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

una regla procesal era genuinamente el precepto que resultaba decisivo para resolver el asunto del desafuero.

La revisión previa de admisibilidad en el caso de los Roles N° 478, 529 y 533 referidos a las gestiones de desafuero de los parlamentarios ya consignados, por la eventual comisión de delitos de acción privada de injurias y calumnias graves con publicidad, tenía particular relevancia, pues el artículo 416 inciso tercero del CPP⁶ que gobernaba al procedimiento de desafuero no parece que haya alcanzado a tener aplicación en la gestión y tampoco parece ser la regla que resuelva ni el juicio criminal de fondo, que trata sobre si había o no comisión del delito de injurias y calumnias graves con publicidad, ni es la norma destinada a resolver el desafuero mismo pues este consiste en dilucidar si hay mérito suficiente para formarle causa a un parlamentario, con el fin de que se le pueda encausar. Uno de los temas centrales de estos requerimientos era, entonces, determinar si un precepto legal que fija el procedimiento a través del cual un parlamentario es desafortado cumple con el estándar de ser una norma que “pueda” ser decisiva para la resolución “de un” asunto⁷. El punto era técnicamente importante.

IV. LA ARGUMENTACIÓN DEL TC QUE CONDUCE A ACOGER LOS RECURSOS

Ya hemos dicho que el TC acogió los requerimientos en los tres casos que hemos individualizado. Para ello, su argumentación se basa en dos etapas.

⁶ El artículo 416 inciso tercero del CPP es inconstitucional “en la forma” porque aun cuando se trata de un precepto que atribuye competencia a una tribunal de la república para conocer y resolver el desafuero por delitos de acción privada no fue a control preventivo de constitucionalidad en el TC, según lo ordena expresamente el artículo 93 N° 1 en relación al actual artículo 77 de la Carta.

⁷ Según la STC Rol N° 478/2006 el requirente sostuvo al respecto lo siguiente: “El precepto legal 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 querella por delito de acción privada, se debe formular por la Corte de Apelaciones respectiva la declaración de desafuero”. Los dos argumentos ofrecidos por el requirente no son sólidos ni decisivos. El “hecho” de que el solicitante de desafuero cite en su solicitud el 416 inciso tercero no lo convierte en regla decisoria litis. Y el “hecho” de que el artículo constituya el procedimiento de desafuero no significa que es la norma que puede resultar decisiva. Por lo demás, el artículo 416 inciso tercero se limita a desarrollar lo que el artículo 61 de la Constitución ordena, de modo que es falso que sea ella la que prevé el desafuero.

La primera etapa de su razonamiento se refiere al precepto legal que debe inaplicar, entendiendo el TC que el artículo 416 inciso tercero del CPP admite solo una interpretación aplicativa. El texto del artículo señala: “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”.

El TC entiende que, independiente de cómo la doctrina piense,

“el desafuero se decide a través de un proceso que culmina con una sentencia con efectos permanentes, cuya legitimidad se asegura por un procedimiento racional y justo”⁸.

De manera tal, que en el procedimiento de desafuero la jurisdicción ha de resolver si hay o no lugar a la formación de causa contra el aforado, debiendo materializarse esta convicción en una sentencia, “independiente de estimársela como definitiva, interlocutoria o simple auto”, y en un proceso regulado.

De la interpretación del precepto –piensa el TC– resulta indubitado el déficit que presenta el procedimiento pues no fija una fase o etapa de prueba, y “en estricta aplicación del precepto”

“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”.

En suma, el TC constata que el artículo 416 inciso tercero no establecería la posibilidad de aportar pruebas en uno u otro sentido del desafuero, y la Corte debiera resolver son el solo mérito y justificación de la querrela si hay o no mérito para formar causa contra el parlamentario.

La segunda etapa del razonamiento parte del presupuesto anterior. Una vez que el TC constata la omisión del legislador en regular adecuadamente el procedimiento, entonces se da lugar al segundo argumento, a saber, que el artículo 19 N° 3 inciso quinto que establece el debido proceso, si bien no detalló los elementos que este

⁸ STC Rol N° 478/2006, considerando 17.

debía contener en cada caso, sí fijó dos estándares sugerentes: el procedimiento ha de ser racional y justo.

Agrega el TC:

“que de lo relacionado se sigue que en este proceso la recepción y producción de la prueba es connatural al derecho a 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”⁹.

V. EL PLENO DE LA CORTE DE APELACIONES ANTE LA SENTENCIA DEL TC

Cómo se cumplen las sentencias dictadas por el TC en la jurisdicción de fondo, las que inciden en las gestiones que los tribunales ordinarios o especiales tienen radicadas, es probablemente uno de los aspectos decisivos de la nueva jurisdicción constitucional puesta en vigencia el 2005, y era significativo en los desafueros por las implicancias públicas e institucionales que estos tienen. Conforme el nuevo diseño institucional, un Tribunal Constitucional que no integra el Poder Judicial debe pronunciarse, entre sus competencias, sobre si la aplicación de un precepto legal a una gestión es constitucional o no, e inevitablemente importa que el TC se “inmiscuye” determinando el precepto legal que ha decidir el asunto y su contravención con la Carta Fundamental.

El Pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago que debía decidir sobre el eventual desafuero de los parlamentarios indicados, antes de tomar conocimiento de la querrela y de resolver lo que en derecho debiera acerca de esta y del procedimiento a seguir –es decir, sin siquiera aplicar al caso el artículo 416 inciso tercero del CPP– recibió y tomó conocimiento del oficio proveniente del TC, en donde se le comunicaba que este había declarado “inaplicable” el precepto legal ya referido al caso, adjuntándole la sentencia. La Corte entendió que la sentencia declaraba inaplicable el enunciado legal al caso –es decir, todas las interpretaciones posibles del artículo 416– y por lo mismo resolvió archivar el caso, por mayoría. Para estos efectos sostuvo que teniendo “especialmente” presente “lo resuelto por el Tribunal Constitucional, esta Corte no emitirá pronun-

⁹ STC Rol N° 478/2006, considerando 22.

ciamiento acerca de la petición de desafuero formulada por la presentación de fojas 47 y siguientes y ordenará su archivo”¹⁰.

La mayoría no tomó en cuenta –siquiera– las posibilidades interpretativas que abría el enunciado legal del artículo 416 inciso tercero, de integrar sus lagunas orientada por los derechos fundamentales que el TC estaba claramente adjudicando. No hizo caso tampoco del explícito considerando vigésimo cuarto del fallo del TC que, aunque poco preciso, debió orientar al Pleno de la Corte para interpretar e integrar el artículo, al señalar

“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”¹¹.

Esta tarea de integrar el ordenamiento –piensa el TC– para subsanar el vacío que el artículo en cuestión presentaba a raíz de su inaplicación es una esfera propia de la jurisdicción del fondo, trazando el TC una línea que separa su competencia y la de la Corte. El considerando vigésimo cuarto transcrito es una clara demostración de que el artículo 416 inciso tercero presentaba una omisión o vacío, toda vez que el legislador no aseguró un procedimiento que garantizara los derechos fundamentales, a saber, la oportunidad del parlamentario de rendir prueba para rebatir las acusaciones de la querrela. Pero también es una clara indicación de que el TC no fue preciso al señalar que inaplicaba una de las interpretaciones posibles de dicho enunciado y que este admitía otras que sí eran garantistas.

La minoría del Pleno entendió, a mi juicio, acertadamente que el mencionado artículo podía ser integrado e interpretado conforme otras fuentes del derecho, salvando sus evidentes imperfecciones. Ellos señalaron que en atención a que la sentencia solo impide aplicar “la norma” del artículo 416 inciso tercero¹²

¹⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2257-2006, caratulado “Soto Piñero Miguel - Ferdman Niedmann Jorge solicitan desafuero del diputado Girardi Lavín Guido”.

¹¹ STC Rol N° 478/2006, Considerando vigésimo cuarto.

¹² Como se ve, es notable, pues la minoría de la Corte distingue, con claridad, entre enunciado o artículo y norma o precepto legal. De ese modo, señala que es posible integrar e interpretar el enunciado de un modo respetuoso de los derechos fundamentales, según ha señalado el TC.

“fueron partidarios de la opinión de disponer la vista de la petición por este Tribunal Pleno, y decidir la cuestión planteada por el querellante, porque el cumplimiento de dicho fallo no obsta a la resolución que se omite, puesto que la declaración de inaplicabilidad no podrá ser contradictoria atendido el diferente objeto de las decisiones, y porque el criterio legal de inexcusabilidad obliga a resolver incluso ante la carencia de ley”¹³.

Conocido que fue para el TC que el Pleno de la Corte había malentendido su sentencia, procedió en los casos de Ávila y Longueira a incorporar un nuevo considerando, el que le recuerda a la Corte que, conforme la Carta Fundamental, la inaplicabilidad no puede ser sinónimo de impunidad, aunque nuevamente el considerando no es claro pues no señala con propiedad que declara inaplicable exclusivamente una interpretación del artículo 416 inciso tercero dejando a salvo otras que sí respeten los derechos fundamentales. Señaló el TC:

“que según lo prevé el artículo 61, inciso primero, de la Constitución (...) ‘los diputados y senadores solo 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 (...) 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 fundamentales de la institucionalidad”¹⁴.

Pero la mayoría del Pleno no pareció entenderlo como el TC lo indicaba, y tal vez para que no apareciera como discriminación entre parlamentarios, procedió en el mismo sentido en las hipótesis de Ávila y Longueira.

¹³ Sentencia, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2257-2006 voto de minoría suscrito por los Ministros: Brito, Dahm, Cisternas, Rocha, Montiglio, Chevesich, Silva y Maggi.

¹⁴ STC Rol N° 529/2006, requerimiento de Juan Pablo Longueira, y STC Rol N° 533/2006, requerimiento de Nelson Ávila; en ambos casos considerando vigésimo quinto.

VI. LOS DEFECTOS DEL RAZONAMIENTO DE LA SENTENCIA DEL TC

El TC es un órgano vital para la nueva concepción de la Constitución vigente a partir de la reforma del 2005, ya que, por primera vez en nuestra historia institucional, un tribunal ajeno al poder judicial tiene competencia para decidir si los preceptos legales son inconstitucionales, inaplicándolos o derogándolos. Los derechos fundamentales pueden –entonces– prevalecer frente a todos los poderes públicos, y en tal sentido, el TC podría transformarse –mediante una práctica constitucional vigorosa y responsable– en una autoridad que impone la constitución mayoritaria por sobre las mayorías ocasionales. Estar atento a sus decisiones, discutir los supuestos y razonamientos que hace y sus defectos, así como, agudizar el conocimiento de las consecuencias que acarrearán sus decisiones para todo el sistema, son tareas importantes para fortalecer el constitucionalismo.

Estos fallos sobre el artículo 416 inciso tercero del CPP, no son, ciertamente, un buen comienzo. En los párrafos que sigue intentaré explicitar las deficiencias que observo en los razonamientos del TC y sus consecuencias.

6.1 Ausencia de precepto legal que aplicar: Primera tensión entre jurisdicciones

Estas sentencias del TC presentan vacíos criticables. Dentro de estos, se encuentra que el TC decidió que el artículo 416 inciso tercero era inconstitucional, y por ello inaplicable, aun antes que la Corte de Apelaciones tomara conocimiento de la querrela deducida contra el parlamentario, y sin que esta aplicara al caso el artículo del Código Procesal Penal referido. El TC no esperó a que el órgano jurisdiccional interpretara aplicativamente el artículo. Técnicamente, entonces, a pesar de que aún no hay precepto legal aplicado a la gestión, el TC sentenció que este transgredía la Constitución, partiendo del supuesto de cuál era la interpretación que “ineludiblemente” admitía el enunciado.

Al decidir así, el TC se pronunció en “abstracto” sobre la constitucionalidad del artículo 416 inciso tercero del CPP, es decir, de norma a norma; confrontando, por un lado, la interpretación del artículo o enunciado legal que efectúa con, por el otro, las normas de los

artículos 19 N° 3 inciso quinto y 61 de la Constitución. La gestión no juega ningún papel en el razonamiento del TC. Esta forma de proceder parece perfecta cuando el enunciado legal “no tiene salida”, ya que todas las interpretaciones posibles del mismo son inconstitucionales, pero no es correcta cuando, como en el caso, no se daba la hipótesis de sinonimia, como el propio TC señala en los considerandos vigésimo cuarto y quinto, ya transcritos.

El punto –si hay o no precepto legal y cuál es– es muy relevante porque la sentencia no constata que el contenido del artículo 416 inciso tercero sea inconstitucional por lo que ordena, sino por lo que omite. Lo que el TC constata es que el artículo impugnado es imperfecto pues presenta un vacío que lesiona el derecho del parlamentario al fuero, toda vez que el procedimiento que regula no es completo al no prever la posibilidad de que el parlamentario aporte pruebas para contradecir lo afirmado en la querella. La Corte resolvería –se cree– el desafuero solo con el mérito de la querella. Pero –al mismo tiempo– nunca llegamos a saber cómo aplicaría la Corte de Apelaciones –interpretación aplicada– el artículo en cuestión y cómo ordenaría tramitar la querella. La Corte pudo integrar –si le hubiesen dado tiempo– el vacío legal haciendo aplicación de los derechos fundamentales, ordenando, por ejemplo, un período procesal para que las partes aportasen antecedentes antes de decidir sobre el desafuero, y en tal caso, no había precepto legal inconstitucional. Integrar interpretativamente el ordenamiento es algo que a diario hacen los jueces y ministros, más aún cuando el artículo 416 del CPP permite efectuar una integración armónica de sus disposiciones.

No hay que olvidar que si bien el TC tiene el monopolio de la inaplicación y de la inconstitucionalidad y por lo mismo, de la interpretación de la Carta en esas hipótesis, no posee idéntico monopolio acerca de lo que las leyes prescriben; espacio o zona donde coexisten la facultad del TC de efectuar dicha declaración respecto de los preceptos que “resuelven el asunto” y la de la jurisdicción que debe conocer, resolver y ejecutar lo juzgado, “los tribunales que establece la ley”.

En efecto, la Constitución atribuye al TC competencia únicamente para declarar inaplicable un “precepto legal” cuya “aplicación” para cualquier gestión judicial pueda “resultar” inconstitucional. Pero la Carta no concibe un pronunciamiento de constitucionalidad de esta clase respecto de cualquier precepto legal, no admite pro-

nunciamentos abstractos; es más, en el inciso undécimo del artículo 93 exige que el precepto legal inaplicado sea el que resulta decisivo para la resolución de un asunto. Un “precepto legal” no es, entonces, el artículo o el enunciado del que surge el precepto legal, sino la aplicación normativa que se hace –la interpretación– para un caso o situación. El TC no tiene competencia exclusiva para interpretar los enunciados legales y determinar su aplicación a casos, esta es una función típica de la jurisdicción a la que alude el artículo 76 de la Constitución. La jurisdicción común consiste en conocer y resolver conflictos o controversias entre partes, mediante un proceso legalmente tramitado, y una sentencia fundada en derecho. En este contexto, 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 subsanara el evidente vacío que presenta en el texto, su carácter incompleto.

6.2 Déficit de ponderación de bienes constitucionales

La sentencia que analizamos no parece advertir que en el problema de la inaplicabilidad del artículo 416 inciso tercero del CPP convergen, por una parte, los derechos del querrellado, a saber, el parlamentario goza del privilegio del fuero, y que para privarlo de este el procedimiento –según el TC– debe respetar las exigencias del debido proceso, y por la otra, los derechos constitucionales de la víctima a acceder sin límites a la jurisdicción y a la inexcusabilidad de los tribunales de justicia. La sentencia, al inaplicar el procedimiento

de desafuero, ni siquiera tomó en cuenta los derechos de la víctima, dejándola sin procedimiento para desaforar al parlamentario. Es cierto que el TC no podía estar seguro acerca de que la Corte archivaría el caso, pero era una de las alternativas posibles. Los derechos constitucionales de las víctimas también merecen –y merecían– protección de parte del TC, en la gestión. Los derechos de la otra parte en el asunto de fondo o gestión también están implicados en la inaplicabilidad y deben ser tomados en cuenta al decidir.

En el caso –sobre todo– el derecho a acceder a la jurisdicción era muy fuerte y claro de parte de las víctimas. El propio TC sostuvo en un fallo posterior:

“Si el referido numeral asegura (se refiere al artículo 19 N° 3) a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, la que concreta luego en mecanismos tales como (...) resulta obvio que el derecho a acceder al órgano jurisdiccional es un *presupuesto necesario* de todos ellos (el destacado es mío). En efecto, ¿qué sentido tendría que la Constitución estableciera el derecho a defensa jurídica y judicial, incluso financiada por el Estado, si antes no hubiese supuesto que quienes tienen derecho a la defensa detentan también el derecho a acceder al órgano jurisdiccional? De igual modo, el derecho a ser juzgado por el tribunal señalado por la ley y establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho, supone necesariamente un derecho anterior, como es el de ser juzgado, y para serlo se requiere necesariamente acceder, sin trabas excesivas, al órgano jurisdiccional. Por último, si la Constitución garantiza a todas las personas igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, tal igual protección comienza necesariamente por la garantía de acceder a los órganos encargados de la protección de los derechos. En consecuencia, debe necesariamente entenderse que el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política asegura a toda persona el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales”¹⁵.

Si el derecho a acceder a la justicia es un derecho presupuesto del debido proceso, el TC debió en su sentencia cautelar este derecho en el caso del desafuero. Pero la situación fue inversa, la decisión del TC contribuyó decisivamente a que los órganos jurisdiccionales archivaran el proceso de desafuero de los tres parlamentarios, impidiendo que se concretara el derecho de toda víctima de acceder a la justicia penal en demanda de protección.

¹⁵ STC Rol N° 546/2006, requerimiento de Jacobo Kravetz, considerando 8º.

La sentencia del TC solo da cuenta de una parte del problema que componía la inaplicabilidad del artículo 416 inciso tercero, a saber, el carácter incompleto que dicho precepto padece, al no contemplar un procedimiento de desafuero que admita hacer descargos contra las afirmaciones del querellante en la querrela. Pero no hay ningún considerando de la sentencia que se refiera a los derechos que la Constitución reconoce a las víctimas y que también vinculan al TC, los que se implican en la sentencia pues sin procedimiento no cabe el juzgamiento penal. No advirtió la sentencia que en la situación existe un conflicto de derechos fundamentales, si los enunciados legales se interpretan de la manera que terminaron siendo interpretados. El TC al preocuparse solo de los derechos constitucionales infringidos de los aforados y sentenciar en abstracto que el artículo 416 inciso tercero del CPP era inaplicable a la gestión incurrió en un déficit de razonamiento, que condujo a proteger solo los derechos de unos en desmedro de los derechos de los otros.

Al no reconocer el conflicto de derechos que subyace al problema, dejó a los querellantes sin procedimiento y desencadenó que la Corte de Apelaciones entendiera que debía archivar el caso. Ello causó una seria consecuencia para el querellante: se quedó sin posibilidad de acceder a la justicia (en rigor se quedó sin procedimiento) y la inexcusabilidad quedó burlada.

6.3 Déficit de argumentación en la sentencia

Hay un punto en el que la sentencia del TC no contiene desarrollo y que se vincula con los dos anteriores, a saber, si el artículo 416 inciso tercero era un precepto o norma legal que resolviera el caso. El artículo del CPP cuya inaplicabilidad se decretó tres veces es claramente una norma procesal que, fragmentariamente, señala el procedimiento para desaforar a los parlamentarios por delitos de acción privada, en el caso, injurias y calumnias graves con publicidad. Pero al ser una norma que regula el procedimiento, ¿es genuinamente un precepto que resuelve o decide el asunto? El problema en este caso tiene importancia pues el artículo 93 N° 6 atribuye al TC competencia para resolver si la aplicación de un precepto legal a una gestión resulta inconstitucional, pero solo –como agrega el inciso undécimo del mismo artículo– si dicho precepto legal “resuelve” el asunto. Es claro que el TC debió haber abordado en su sentencia qué entiende por una regla que decide el asunto y si esta, el artículo 416 inciso tercero, lo hacía en el caso y de qué modo.

Pero nada de esto refiere la sentencia, y por lo mismo, el fallo presenta un flanco abierto.

El tema de cuándo una regla decide el asunto, no puede ser resuelto en abstracto sino caso a caso. En el procedimiento penal de fondo, el artículo 416 inciso tercero del CPP no resuelve el juicio de fondo del asunto, el que consiste en determinar si la acción del parlamentario se subsume en el delito de injurias y calumnias –con publicidad–; como se ve, en este caso el procedimiento de desafuero tiene poca vinculación directa con este punto. En el procedimiento de desafuero, tampoco el artículo inaplicado tiene directamente que ver con la norma que decide el asunto, toda vez que en este se dilucida si hay o no mérito suficiente para formarle causa al parlamentario, lo que se traduce en establecer si existen presunciones fundadas de responsabilidad en la comisión del delito. En ambos casos el artículo 416 inciso tercero no parece resolver el asunto, de modo que el TC debió habernos entregado algún razonamiento sobre el punto.

Es útil tener en mente que para decidir sobre la inaplicabilidad –y su vinculación necesaria con la inconstitucionalidad– hay que rescatar dos aspectos normativos. El primero, que la Constitución atribuye competencia al TC para inaplicar un precepto legal “cuya aplicación” a una gestión o caso pueda resultar inconstitucional, es decir, todo el control constitucional del legislador está estrechamente vinculado a la interpretación aplicativa de los enunciados legales a casos (norma o precepto legal) y no a revisiones abstractas. Lo que supone algún grado de aplicación gradual del precepto en el caso, salvo que todas las interpretaciones aplicativas del mismo sean inconstitucionales. La segunda cuestión es que tampoco admite la Constitución que cualquier precepto aplicado al caso pueda ser inaplicado, pues el artículo 93 inciso undécimo de la Carta, que prevé los requisitos de admisibilidad de un recurso de inaplicabilidad, establece que el reclamo tiene que cumplir con “que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”. Si no se puede admitir a tramitación un reclamo contra un precepto legal que no resuelve el asunto, con mayor razón no puede inaplicarse. El TC ha tenido un derrotero ambiguo sobre cómo entender esta exigencia constitucional de que resuelva un asunto, ya que ha tendido a darle una interpretación abierta, pero sin señalar nunca con precisión qué entiende por ella.

Es muy interesante tomar como referencia para esto de saber qué entender por precepto legal que resuelva el asunto, el problema de la inaplicabilidad del artículo 116 del Código Tributario (en adelante CT), norma que junto al artículo 416 del CPP son las únicas declaradas inaplicables hasta la fecha. En estos casos el TC se ha pronunciado, aunque no profusamente, sobre este problema. La interrogante puede formularse del siguiente modo: ¿de qué manera el artículo 116 del CT¹⁶ puede ser considerado un precepto legal que resuelve una gestión, ya sea la apelación o en el procedimiento de cobro ejecutivo de los giros? La norma señalada es también, al parecer, una norma adjetiva al juicio de fondo. El Tribunal Constitucional no lo ha entendido así. El Tribunal siempre y unánimemente ha entendido que la constitucionalidad del artículo 116 del CT es decisiva en la causa tributaria cuando está siendo conocida por el funcionario en calidad de juez delegado porque “de acogerse la declaración (...) la referida gestión *perdería* uno de sus fundamentos esenciales *cual es el órgano llamado a resolverla*” (STC, Rol N° 515-2006). El razonamiento del TC es comprensible porque el reclamo está, en este caso, radicado en primera instancia ante el juez tributario delegado. Exactamente lo mismo señala la sentencia del Tribunal en la STC, Rol N° 502-2006. En la STC, Rol N° 496/2006, sin embargo, el Tribunal Constitucional debió perfeccionar el criterio anterior pues se trataba de una apelación de la sentencia dictada justamente por un juez tributario delegado y el “juez” ya había sentenciado, refiriéndose el asunto a segunda instancia. El Tribunal Constitucional estimó, en el considerando 12, que el artículo 116 del CT era también decisivo para la resolución del asunto en apelación ya que

“la sentencia dictada por (...) en su calidad de jueza tributaria de la Dirección Regional (...) fue dictada, en realidad por quien no tenía la calidad de juez adoleciendo, entonces, de un vicio que vulnera tanto el inciso 1º como el inciso 2º del artículo 7º del Código Político, lo que no puede resultar indiferente al juez de fondo”.

Exactamente lo mismo sostuvo el Tribunal Constitucional en la STC, Rol N° 473-2006. En la apelación, la tesis del TC es claramente discutible pues el asunto está en una nueva “instancia”, basándose, más bien, en la nulidad de derecho público de las actuaciones de

¹⁶ Señala el artículo 116 del Código Tributario: “El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando ‘por orden del Director Regional’”.

un juez “que no es juez”. En consecuencia, dos han sido los argumentos del Tribunal Constitucional para estimar que el precepto legal contenido en el artículo 116 del CT es decisivo en la resolución de la controversia tributaria relativa a la delegación de facultades jurisdiccionales: que se perdería el órgano (cuando se tramita el reclamo por el juez delegado) y que la sentencia fue dictada por quien no tenía la calidad de juez infringiendo el artículo 7º de la Carta (cuando está en apelación). Dicho de otra manera, al parecer el TC considera que una disposición procesal u orgánica puede ser una norma o precepto legal que resuelve el asunto si afecta los presupuestos constitucionales de la jurisdicción: conocer y fallar con arreglo a derechos.

¿Incorre el artículo 416 inciso tercero del CPP en las demásías en que incurre el artículo 116 del Código Tributario? Este articulista sostiene que no, que había y hay formas de solucionar su carácter fragmentario, sin que por ello proceda la sanción más grave que el ordenamiento constitucional establece: la inconstitucionalidad.

VII. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

7.1 Presentación del problema

Tres Diputados¹⁷ impugnaron –en situaciones e investigaciones penales diferentes– el artículo 416 inciso segundo del Código Procesal Penal que señala: “Igual declaración –se refiere a que la Corte declare ha lugar a la formación de causa– se 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”. Los parlamentarios impugnaron el inciso citado a raíz de que existía una investigación preliminar del Ministerio Público en contra de

¹⁷ Causa Rol N° 661/2006, requerimiento deducido por Laura Soto en causa RIT 7202-2006 de Juzgado de Garantía de Valparaíso RUC 0610014802-K, en la que se formularía por los delitos de fraude al Fisco y estafa; causa Rol N° 561/2006, requerimiento deducido por María Elena Herrera en causa RIT 474-2005, RUC 0500073760-9 de Juzgado de Garantía de Quilpué, también por los delitos de fraude al Fisco y estafa; y causa Rol N° 568/2006, requerimiento deducido por Rodrigo González Torres en causa RIT 6230-2006, RUC 0600049971-2 de Juzgado de Garantía de Viña del Mar.

ellos, donde se intentaba precisar la eventual comisión de delitos de acción pública. Los hechos que dieron lugar a las investigaciones penales son de interés y exposición pública, aunque este artículo no exige revivirlos.

El caso se construye jurídicamente del siguiente modo. El fiscal solicita la realización de una audiencia para formalizar la investigación en contra de los aforados –los parlamentarios– y las defensas estiman que para proceder a la formalización debe previamente desaforarse al parlamentario. El Ministerio Público piensa que en consonancia con el artículo 61 de la Carta –y el artículo 416 inciso segundo– solo se necesita ineludiblemente desaforar a un aforado cuando se va a solicitar una medida cautelar en su contra y no cuando, nada más, se cita a una audiencia de formalización de la investigación. El recurso de inaplicabilidad de los tres diputados se dirige en contra del intento del Ministerio de formalizar sin pedir previamente el desafuero y se funda en que la formalización no es “inocua” ya que mediante ella se le comunica “de la acusación genérica” acerca de la existencia de antecedentes que permiten presumir fundadamente que se ha cometido un delito y que le ha cabido a esa persona una participación criminal. Así el artículo 231 del Código Procesal Penal señala que al imputado se le cita para comunicársele “(...) la indicación del delito que se le atribuye (...)”. La citación –agrega– para oír tal afirmación constituye una medida “restrictiva de derechos y garantías” pues el imputado debe fijar domicilio sin poder variarlo “lo que implica una clara limitación a su libertad de movimiento y una amenaza a su seguridad jurídica”. Agrega que formalizar una persona sin pedir medidas cautelares implica afectar la presunción de inocencia, consagrada en diversas disposiciones constitucionales. “Concretamente (...) el precepto legal impugnado restringe ipso facto la libertad personal y de movimiento del aforado”¹⁸.

La oportunidad en que el fiscal debe obtener el desafuero de un parlamentario resulta, como hemos dicho, de gran incidencia pública para la democracia constitucional. También reviste importancia para determinar las garantías que tendrá un aforado frente a la investigación penal del fiscal y las limitaciones a que esta estará sometida. Naturalmente, se refiere a los límites constitucionales de la persecución penal, pero también a la igualdad de trato y a la suje-

¹⁸ STC/2007, requerimiento de inaplicabilidad de Laura Soto.

ción al derecho penal. No cabe duda que el intento de los parlamentarios en estos casos es frenar investigaciones penales que los afectan, restringiendo la investigación penal. Lo que no está claro es si genuinamente logrando que el fiscal obtenga el desafuero antes de formalizar, se le inhibe de proseguir la investigación. El problema puede agravarse.

7.2 La decisión del Tribunal Constitucional

El TC rechazó el recurso de inaplicabilidad y lo hizo de la peor manera para el requirente: declarando que el recurso estaba mal deducido contra el precepto legal que impugnó. Y la razón que tuvo para ello puede sintetizarse fácilmente. El recurso está mal interpuesto ya que el precepto legal contra el que en realidad se intenta el recurso de inaplicabilidad no es el artículo 416 inciso segundo del CPP, sino las normas que regulan la formalización.

El requirente se ha equivocado de precepto legal contra el que recurrir. El artículo 416 inciso segundo del CPP prescribe que si el fiscal pretende que se dicte una medida cautelar o que se decrete prisión preventiva de un aforado debe obtener previamente una sentencia de la Corte de Apelaciones que declare haber mérito suficiente para la formación de causa contra el aforado. Este artículo –como se ve– es íntegramente consistente con la Constitución en esta materia, ya que la Carta obliga al fiscal a obtener la mentada declaración de mérito solo si el aforado va a ser “acusado” o “privado de su libertad”, según ordena el artículo 61 de ese cuerpo legal. Y en tal sentido, este artículo del CPP no incide en el problema que tienen los diputados, el que consiste en saber si el fiscal debe o no obtener el desafuero antes de formalizarlos y sin solicitar ninguna medida cautelar contra ellos. El TC lo dice de otra manera, pero apunta a la falencia del recurso; señala:

“(...) el mencionado precepto, lejos de producir una vulneración en los derechos, garantías o privilegios de los diputados y senadores, asegura el respeto al fuero de que gozan los parlamentarios. En efecto, ello se logra al exigir que el tribunal del alzada de la jurisdicción respectiva declare haber lugar a la formación de causa, si durante la investigación, el fiscal quisiera solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra, el precepto en cuestión no limita, sino que realiza y completa el fuero establecido en la Carta Fundamental para el nuevo proceso penal”¹⁹.

¹⁹ STC/2007, requerimiento de inaplicabilidad de Laura Soto, considerando octavo.

Hasta aquí la sentencia es clara. Ha rechazado el recurso porque está incorrectamente dirigido contra un precepto legal impertinente.

Sin embargo, de modo inexplicable el TC agregó el considerando décimo del fallo, donde se vierten afirmaciones improcedentes a un órgano jurisdiccional de esta especie. Es bueno citar el considerando para dimensionar la equivocación:

“Que, una cuestión diversa a la planteada y que no dice relación con los efectos que puede tener la aplicación del inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal, es la relativa a determinar si un diputado aforado puede ser objeto de formalización de la investigación, sin que previamente se decrete su desafuero. Esa es una cuestión debatible y compleja, pero no requiere ser resuelta en esta sentencia; pues cualquiera sea la respuesta que ella tenga, no incide en la aplicabilidad del precepto impugnado” (el destacado es mío).

La declaración del considerando 10º puede ser entendida como un razonamiento extraño al fallo. Como un “comentario” que no debió incluirse pues no tiene que ver con la decisión de rechazar el recurso. Por lo pronto, el considerando está encabezado con la idea de que el problema de la constitucionalidad del artículo 416 inciso segundo del CPP “no dice relación” con determinar –por su parte– si es consistente con la Carta que el fiscal formalice a un parlamentario sin obtener previamente su desafuero. Si nada tiene que ver, ¿para qué incluir la afirmación de que el tema de la formalización es “debatible” y “compleja(o)”? ¿alienta el TC la interposición de recursos por el tema de la formalización? No hay otra respuesta, ya que el fallo contiene además de una decisión casi unánime²⁰ por el rechazo, tres votos singulares previnientes que afirman que “la formalización de un parlamentario requiere desafuero”; toda una conclusión. La interrogante que cabe hacerse es por qué hacer una afirmación que pugna con los requisitos constitucionales del recurso y que también pugna con el criterio que sostuvo la mayoría y en el que también la prevención está de acuerdo, a saber, que el artículo 416 inciso segundo no es un precepto legal aplicable al problema de los parlamentarios en el caso y que el recurso está mal planteado.

Podría decirse que el considerando 10º de la sentencia implica que el TC está consciente que deberá abordar el problema de la formalización y el fuero, pero cuando se presenten los recursos apropiados. No hay que olvidar que el recurso o la cuestión de inaplicabili-

²⁰ El Ministro Mario Fernández estuvo por acoger el recurso de inaplicabilidad.

dad por inconstitucionalidad faculta el TC para que declare inaplicable exclusivamente “la aplicación” que se hace de un precepto legal a un caso o gestión. Sin duda en la sentencia hay un reproche a quienes interpusieron el recurso, pues el precepto legal contra el cual se recurrió no resolvía el caso. Ello nos lleva a que el recurso debió declararse inadmisibile. Pero lo que es insólito es que el TC anticipe las complejidades y el parecer inconstitucional de varios de sus miembros respecto de preceptos legales que nadie les ha solicitado inaplicar (sin indicar, además, cuáles preceptos de la formalización lo serían).

No es común que los TC se dediquen a señalar qué tan constitucionales son las normas que no están incluidas en un requerimiento y que no “inciden en la aplicabilidad del precepto legal impugnado”. Es más, la Constitución prohíbe que el TC haga pronunciamientos abstractos sobre normas que no tienen que ver con el pronunciamiento que se les solicita.

BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ, Gastón (2005): "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno", en Zúñiga, Francisco (Ed.): *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis)

Sentencias del Tribunal Constitucional

Rol 478/2006 (requerimiento de Guido Girardi Lavín)

Rol 529/2006 (requerimiento de Juan Pablo Longueira Montes)

Rol 533/2006 (requerimiento de Nelson Ávila Contreras)

Rol 546/2006 (requerimiento de Jacobo Kravetz)

Rol 561/2006 (requerimiento deducido por María Elena Herrera)

Rol 568/2006 (requerimiento deducido por Rodrigo González Torres)

Rol 661/2006 (requerimiento deducido por Laura Soto)