

DESAFUERO PARLAMENTARIO POR DELITO DE ACCIÓN PENAL PRIVADA: UN CASO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DEL LEGISLADOR.

Sergio Verdugo Ramírez¹

RESUMEN

El autor aborda el problema de la ausencia del reconocimiento legislativo de las garantías del debido proceso en los procedimientos de desafuero parlamentario iniciados por querellas. Realiza una mirada crítica a la labor de la justicia ordinaria y defiende la tarea que ha desempeñado el Tribunal Constitucional (TC) al respecto. Observa que la verdadera naturaleza jurídica del problema radica en una inconstitucionalidad por omisión del legislador, y propone la solución de la integración del vacío legal

I.- INTRODUCCIÓN

Este trabajo versará acerca del problema de constitucionalidad emanado del artículo (Art.) 416, inc. 3º, del Código Procesal Penal (CPP), que regula la manera en que debe solicitarse el desafuero² en caso de que se presenten querellas por delitos de acción penal privada respecto de aquellas autoridades investidas con dicho privilegio por el Constituyente.³

¹ Abogado de la Universidad del Desarrollo. Magíster (c) en Derecho Público (mención Derecho Constitucional) en la P. Universidad Católica. Profesor Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo.

² En el fuero se encuentra regulado en el Art. 61, de la Carta Fundamental. El inciso segundo de dicha disposición establece que "Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema." Debe recordarse que la expresión "procesado" fue reemplazada por la ley de reforma constitucional N° 20.050, de 2005, por la voz "acusado", para hacerlo coherente con la reforma procesal penal. Véase PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005) p. 321-323. El inciso 4º del precepto en estudio dispone que "Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador imputado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente". El texto anterior a la reforma del 2005 empleaba la expresión "acusado", en vez de "imputado", como ocurre con el texto vigente. La modificación de este inciso también se debió al ajuste que requirió el precepto constitucional para ajustarlo a la reforma procesal penal. Véase PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005) p. 321-323. Muchos antecedentes interesantes del fuero parlamentario pueden estudiarse en SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000) t. VI, p. 358 y ss.

³ El Art. 416, del CPP, dispone: "Solicitud de desafuero. Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga el fuero a que se refieren los incisos segundo a cuarto del artículo 58 de la Constitución Política, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare que ha lugar a formación de causa.

Igual declaración requerirá si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra.

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

A mí juicio, el problema del Art. 416, inc. 3º, del CPP, ha sido tratado en parte de la jurisprudencia de manera errónea, olvidando su verdadera naturaleza jurídico constitucional, razón por la cual mediante el presente trabajo intentaré exponer la teoría que estimo aplicable, con el objeto de obtener una solución práctica al problema que se presenta.

Tengo la convicción de que es rol de los abogados y jueces intentar solucionar los problemas de relevancia jurídica utilizando un criterio de economía que prescindiera de la posibilidad de una reforma legislativa, ya que generalmente el propio ordenamiento jurídico entrega los elementos para resolver los mismos. Por lo demás, la factibilidad y rapidez de una reforma legal son generalmente pequeñas, debido a lo cual no resulta siempre conveniente dejar entregada la solución de los mismos a la autonomía del legislador, sin perjuicio de que en muchas situaciones una eventual modificación normativa pueda significar la única solución definitiva. Una visión contraria resultaría extremadamente literalista, ya que admitiría que todo problema deba ser resuelto mediante la letra de la ley, perspectiva decimonónica que ya está siendo –o debe ser– superada por las modernas técnicas de interpretación e integración que elevan al juez a ser un servidor de la justicia y del Estado de Derecho más que a un mero “esclavo de la ley”. Estimo que el ordenamiento constitucional proporciona las herramientas para que la visión decimonónica heredera de la visión revolucionaria quede abandonada y se modernice la manera en que suele operar la interpretación jurisdiccional, especialmente a nivel de tribunales ordinarios de justicia.

Comenzaré exponiendo brevemente el conflicto entre normas jurídicas que origina el problema que es objeto de este trabajo. Luego, relataré con una perspectiva crítica cómo se ha enfrentado en la práctica judicial dicho problema. En seguida demostraré que la verdadera naturaleza jurídica del mismo es la inconstitucionalidad por omisión del legislador. Entonces, propondré un camino de integración del vacío producido señalando sus verdaderos fundamentos.⁴

II.- PRESENTACIÓN DEL CONFLICTO NORMATIVO

La disposición legal sobre la cual versa este trabajo regula la posibilidad de desaforar a una persona investida en algún cargo que goce del fuero constitucional por causa de

⁴ Hago la prevención que esta proposición no es originalidad del autor, sino que está tomada de algunas sentencias del TC, las que serán debidamente citadas en este trabajo.

delitos de acción penal privada. Dichos delitos, de acuerdo a lo que dispone el Art. 53, del CPP, sólo pueden ser perseguidos mediante una acción “ejercida por la víctima”.⁵ Ello significa que al Ministerio Público le está vedado iniciar la persecución de los mismos por no existir un interés social relevante que justifique dicha facultad.⁶ Así, la única manera de juzgar a una persona por un delito de esta naturaleza es mediante un acto positivo de la víctima con exclusión de otros eventuales legitimados activos.

Como la Constitución no contiene diferencias relativas al fuero de ciertas autoridades, debe entenderse que existe la necesidad constitucional para la existencia de un proceso de desafuero previo que habilite la persecución penal tanto para los delitos de acción penal pública (ya sean de previa instancia particular o no) como para los delitos de acción penal privada. Como la Carta Fundamental no distingue un sistema de fuero separado y diferente para los delitos de acción privada y otro para los delitos de acción pública,⁷ corresponderá al legislador establecer ciertas diferencias razonables en atención la diversa naturaleza procesal a que se somete a cada uno, y a las evidentes divergencias existentes en la calidad de los intervinientes.⁸ A mi juicio, si bien no es

⁵ Por su parte, el Art. 55 del mismo cuerpo legal dispone: “Delitos de acción privada. No podrán ser ejercidas por otra persona que la víctima, las acciones que nacen de los siguientes delitos:

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

⁶ Por esta misma razón el Art. 53, del CPP, establece que la acción penal privada se extingue mediante la renuncia que haya efectuado su titular, impidiendo la posibilidad de que dichas conductas típicas y antijurídicas sean justiciables. Así, se le da un tratamiento similar a la acción civil, cuyo interés se agota generalmente en la persona de la víctima (quien ha sufrido el daño ocasionado por el delito).

⁷ Esto es reconocido por el propio TC. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando N° 5 (Idénticas palabras repite el TC en las sentencias rol N° 529-2006, de 9 de noviembre de 2006, en la sentencia rol N° 533-2006, de 9 de noviembre de 2006). En el considerando N° 9 y 10 de dicha sentencia, el TC demuestra que el fuero rige tanto para delitos de acción penal pública como para delitos de acción penal privada: El considerando N° 9 de la sentencia citada establece acertadamente que “debe descartarse una interpretación sustentada únicamente en los términos literales del precepto constitucional que excluya del ámbito del desafuero los delitos de acción privada, por cuanto ella suprimiría en ese caso una garantía concebida para el cumplimiento irrestricto de la función parlamentaria, colocando al afectado en una situación desigual, de detrimento de sus derechos, frente al acusado por un delito de acción pública, en

circunstancias que la naturaleza de las figuras criminales es la misma, no obstante las diversas condiciones establecidas por la ley para el ejercicio de las acciones” (Idénticas palabras repite el TC en las sentencias rol N° 529-2006, de 9 de noviembre de 2006, en la sentencia rol N° 533-2006, de 9 de noviembre de 2006).

⁸ En los delitos de acción penal pública, el único que puede formular la acusación es el fiscal, y dependerá de su decisión unilateral y sin previo pronunciamiento judicial, el inicio de un proceso de desafuero. Ello ha tenido algunos reparos de inconstitucionalidad. Véase PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2002). Entonces con mayor razón esos reparos cobran fuerza tratándose de los delitos de acción penal privada, por cuando en ellos es el querellante quien decide sin control alguno elevar los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva para que declare el desafuero correspondiente. Esta situación es sospechosa desde la perspectiva constitucional: en primer lugar, y a diferencia de los fiscales, a los querellantes no les vincula la obligación de

constitucionalmente reprochable que el legislador realice dicha diferencia (como de hecho lo hace por existir fundamentos razonables), sí es reprochable pensar en la hipótesis de que el fuero parlamentario se convierta en una inviolabilidad (instituto jurídico muy diferente al desafuero), lo que ocurre con la interpretación existente en los tribunales ordinarios de justicia, donde -en la práctica jurisdiccional- los hechos punibles de acción privada quedaron en un momento sin la posibilidad de ser juzgados, tal y como explicaré en el siguiente apartado de este trabajo.⁹ Ello es inadmisibles desde la perspectiva de la Constitución, ya que el principio de responsabilidad de las autoridades contenida en el Art. 6 y 7, de la Carta Fundamental, hace que la regla general sea la justiciabilidad de los ilícitos cometidos por una autoridad pública.¹⁰ Por esta misma razón, la posibilidad de desaforar a un parlamentario por un supuesto hecho punible es una garantía procesal y no puede concebirse jamás como un impedimento para el accionar ante la justicia.¹¹ De esta manera, corresponde a la Corte de Apelaciones calificar la concurrencia de la acusación penal correspondiente como un mecanismo para proteger a las autoridades de un reproche infundado.

investigar con objetividad los hechos que demuestren los hechos, la participación y la inocencia del imputado. En segundo lugar, no existe un superior jerárquico del querellante frente al cual formular reclamos por un actuar no ajustado a derecho, en circunstancias que respecto de los fiscales existe el derecho de reclamar ante su superior, pudiendo hacerse valer las responsabilidades correspondientes. En realidad, estas dos razones sirven para fundamentar que el hecho de que el desafuero lo solicite el querellante está lejos de ofrecer garantías de seriedad.

Otro punto importante de analizar es la circunstancia de que el fiscal puede no perseverar en la investigación y puede incluso terminarse el procedimiento de manera anticipada en el caso de aquellos delitos donde exista cosa juzgada o donde la responsabilidad penal se encuentre extinguida (por ejemplo, con la prescripción). Como la presentación de una querrela por delito de acción privada no tiene un control previo, podría darse un absurdo jurídico que culmine con efectos políticos adversos en la persona del imputado, al exponerlo ante la opinión pública a un proceso de desafuero.

⁹ En palabras del profesor Gómez Bernales, “el fuero se transformó, así, de un privilegio de procesabilidad en una garantía de inimputabilidad, lesionando, con ello, seriamente diversos bienes y valores constitucionales.” GÓMEZ BERNALES, Gastón (2007) p. 212. En esta misma línea se ha manifestado el TC. Véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando N° 11 (Idénticas palabras repite el TC en las sentencias rol N° 529-2006, de 9 de noviembre de 2006, en la sentencia rol N° 533-2006, de 9 de noviembre de 2006).

¹⁰ Esta idea es evidentemente reforzada por el tenor literal del Art. 61, de la Constitución, en virtud del cual “Los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión”. La expresión “sólo son inviolables” demuestra el carácter excepcional y restringido de la inviolabilidad, debiendo ser estricta la interpretación de la norma y admitiendo que la justiciabilidad es, en consecuencia, la regla general.

¹¹ Para el TC, el fuero es 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 la separación de poderes valores esenciales del Estado de Derecho, y cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando N° 1, segunda parte. Idénticas palabras repite el TC en las sentencias rol N° 529-2006, de 9 de noviembre de 2006, en la sentencia rol N° 533-2006, de 9 de noviembre de 2006.

En el caso de la acusación de delitos de acción penal pública, la situación está resuelta de manera clara por la norma, ya que deberá solicitarse el desafuero a la Corte de Apelaciones una vez cerrada la investigación por parte del fiscal.¹² Por el contrario, el caso de los delitos de acción privada es más complejo, ya que no existe una etapa procesal investigativa ni una participación del fiscal anterior al proceso de desafuero, razón por la cual el único habilitado para solicitar la habilitación de la persecución penal es el querellante, de acuerdo con lo establecido con la norma ya reproducida. La oportunidad para solicitar el trámite de desafuero para dichos delitos tiene lugar “antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía” (Art. 416, inc. 3, del CPP).

Ello ha ocasionado una situación inconstitucional, al no cumplirse el mandato contenido en el Art. 19, N° 3, de la Carta Fundamental, que contiene las normas básicas del denominado “debido proceso”.¹³ Las garantías del proceso y de una investigación racionales y justas no han sido establecidas expresamente por el constituyente, salvo por ciertas excepciones (como por ejemplo, el derecho a la defensa jurídica y el derecho a la acción implícito en la inexcusabilidad y en la igualdad en el “ejercicio” de los derechos, por ejemplo), debido a lo cual corresponde al legislador disponer específicamente cuáles son dichas garantías. Como se demostrará, existe consenso en la doctrina, en la jurisprudencia, y en la historia del precepto citado en cuanto a que el legislador se encuentra vinculado por un listado fundamental de garantías que no pueden estar ausentes en un proceso justo.

Las garantías del debido proceso le rigen, desde luego, al desafuero de un parlamentario,¹⁴ por lo que si el legislador no dispone de las mismas, entonces se genera una situación inconstitucional.¹⁵ Ello ocurre en el caso de los delitos de acción privada, por cuanto la Corte de Apelaciones sólo tiene como antecedente para fundamentar la querrela

¹² En opinión del profesor Pfeffer, el desafuero debe solicitarse sólo una vez que el juez de garantía haya acogido a tramitación la acusación presentada por el fiscal. PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2002).

¹³ Esta norma debe ser complementada con el Art. 8, de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que tiene un carácter muy relevante dentro de nuestro ordenamiento jurídico debido al Art. 5, inc. 2, de la Constitución.

¹⁴ Ello, debido a que, cualquiera sea la naturaleza jurídica del mismo, el desafuero termina con una sentencia de efectos permanentes. Véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando N° 17. Idénticas palabras repite el TC en las sentencias rol N° 529-2006, de 9 de noviembre de 2006, en la sentencia rol N° 533-2006, de 9 de noviembre de 2006.

¹⁵ Sin perjuicio de lo anterior, debe reconocerse que el CPP contiene algunas normas generales que permiten desentrañar ciertos conceptos claves, tales como el derecho al juez natural (Art. 2), la presunción de inocencia (Art. 4º), la legalidad en las medidas que menoscaban la libertad (Art. 5), entre otras.

el libelo que contiene la misma, careciendo de elementos probatorios.¹⁶ Así, como lo dice el propio TC, el conocimiento de la Corte de Apelaciones “previo a la resolución, es precario e incompleto”.¹⁷ De esta manera, se ve afectado el debido proceso de la siguiente manera:

- 1.- El afectado carece en el texto del derecho a oponer defensas ante el tribunal.
- 2.- No se le reconoce al afectado el derecho de rendir pruebas ni de contravenir las evidencias presentadas por la contraria.^{18 19}

Podría llegar a pensarse que no es tan relevante el desconocimiento de estos derechos en un proceso de desafuero, ya que ellos igualmente podrían hacerse valer en el juicio posterior, donde finalmente se obtendría una sentencia definitiva absolutoria o condenatoria. Sin embargo, discrepo de dicha posición, por cuanto la resolución firme que acoge la solicitud de desafuero produce un efecto que es tremendamente importante: suspende de su cargo al parlamentario en cuestión (Art. 61, inc. 4, de la Carta Fundamental).²⁰ Ello significa alterar gravemente la decisión de la ciudadanía en la elección de dicha autoridad para que los represente en la legislatura.^{21 22} Por lo demás, de

¹⁶ Esta situación es inversa en los delitos de acción pública. En ellos fue comunicado oportunamente que se seguía una investigación en su contra y asistió a las audiencias correspondientes. Tuvo la posibilidad de presentar recursos de diversa naturaleza y considerar los antecedentes acumulados durante la misma.

¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando N° 20, parte final.

¹⁸ “Que de lo relacionado se sigue que en este proceso la recepción y producción de la prueba es connatural al derecho de defensa, constituyéndose en garantía esencial de un procedimiento racional y justo. Su ausencia priva a la norma procesal impugnada, de un requisito mínimo para satisfacer el mandato constitucional;” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando N° 22. Idénticas palabras repite el TC en las sentencias rol N° 529-2006, de 9 de noviembre de 2006, en la sentencia rol N° 533-2006, de 9 de noviembre de 2006. En un fallo posterior que examinaremos, el TC reconoce “la ausencia de un mecanismo de defensa pleno y adecuado, al carecer de la posibilidad de rendir pruebas en resguardo de sus derechos.” Véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 558 (590)-2006, de 5 de junio de 2007, considerando N° 10.

¹⁹ Algunos autores que reconocen a estos dos derechos como parte del debido proceso son, entre otros: FERNÁNDEZ GONZÁLES, Miguel Ángel (2004) p. 114; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2006) p. 136 y ss.; VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002) t. I, p. 223. Por lo demás, como anotan los autores recién citados, hubo acuerdo en la Comisión de Estudios para dejar constancia en las actas acerca de cuáles eran las garantías mínimas de todo justo y racional procedimiento, dentro de las cuales se nombran a las señaladas en este trabajo como ausentes en el procedimiento de desafuero por delito de acción penal privada (sesión N° 103, p. 19 y 20).

²⁰ En palabras de Gastón Gómez, “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 (...).” GÓMEZ BERNALES, Gastón (2007) p. 214.

²¹ Este argumento se encuentra desarrollado en la prevención del Ministro del TC, Mario Fernández Baeza, en el fallo del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006. Similar argumento destaca el previniente en las sentencias rol N° 529-2006, de 9 de noviembre de 2006 y en la sentencia rol N° 533-2006, de 9 de noviembre de 2006.

público conocimiento son los gravísimos efectos políticos relativos al prestigio y al escrutinio popular que se produce en un parlamentario que ha sido desaforado. Todo lo anterior exige que las probanzas y el derecho a la defensa estén presentes en el proceso de desafuero.

El legislador omite señalar la circunstancia en que puedan hacerse valer los derechos enunciados, razón por la cual se genera una situación de injusto menoscabo hacia el imputado. En el caso de los delitos de acción pública la situación es diferente, ya que al existir una etapa previa con la investigación formalizada y judicializada en el juez de garantía, el imputado tiene varias oportunidades para ejercer los derechos que en el caso de los delitos de acción privada no puede ejercer cuando se solicita el desafuero.

De esta manera se genera una situación inconstitucional derivada de la abstención del legislador respecto del mandato contenido en el Art. 19, N° 3, de la Constitución, tal como lo demostraré.

III.- PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL PARA ENFRENTAR EL PROBLEMA

El primero en llevar este problema a la Justicia fue el senador (ex diputado) Guido Girardi. Durante la gestión pendiente en cuestión,²³ el senador recurrió de inaplicabilidad en contra del precepto legal que trata este trabajo, en ejercicio de la acción que dispone el Art. 93, N° 6, de la Constitución. Así, se impugnó el Art. 416, inc. 3, del CPP. El TC acogió el recurso y declaró inaplicable el precepto para el caso sub lite.^{24 25} Frente a lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago decidió archivar la causa, entendiendo que el efecto negativo del recurso de inaplicabilidad consiste en que el juez que conoce de la gestión pendiente no puede utilizar el precepto impugnado por efecto de su no aplicación. Debido a ello, el querellante se quedó sin procedimiento.

Esta resolución de la Corte me parece errada, debido a que vulnera el principio de inexcusabilidad que le rige a todo tribunal y deja varias disposiciones constitucionales y

²² De esta manera, el profesor Gastón Gómez indica que “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”. GÓMEZ BERNALES, Gastón (2007) p. 215.

²³ Proceso sobre desafuero en los autos seguidos ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso de Corte N° 2257-2006. El fundamento del desafuero era una supuesta injuria grave con publicidad, mediante las cuales el senador se refirió a las autoridades superiores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs) y de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) como “delincuentes de cuello y corbata”.

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006.

²⁵ Para el Centro de Estudios Constitucionales “El presente fallo se inserta en la corriente garantista de los derechos fundamentales, en este caso, del debido proceso, desentrañando su sentido y alcance en cuanto al debido proceso formal (...)”. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (2006) p. 739.

legales sin aplicación.²⁶ Está extendiendo el privilegio de la inviolabilidad a un margen que constitucionalmente es inadmisibles. Como profundizaré más adelante, creo que la posición correcta habría sido la constatación de la omisión legislativa e integrar el vacío de acuerdo a los principios constitucionales del debido proceso.

Luego, se presentaron otras dos causas de similar naturaleza, por los senadores Longueira²⁷ y Ávila.²⁸ Ambas tuvieron idéntico resultado: el TC declaró la inaplicabilidad del precepto impugnado y la Corte archivó los antecedentes.²⁹

Luego de que se declarara la inaplicabilidad en las tres oportunidades indicadas, el profesor de Derecho Constitucional, Fernando Saenger, solicitó al TC la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, para que mediante una sentencia derogatoria en ejercicio del Art. 93, N° 7, el TC expulsara definitivamente la norma cuestionada del ordenamiento jurídico. El TC rechazó la acción pública por considerar que la norma no era contraria a la Constitución en el análisis abstracto que requiere el control represivo con efectos absolutos.³⁰ Este argumento admite que el control concreto utiliza un razonamiento diferente que el abstracto, razón por la cual es lógicamente admisible que se llegue a una solución diversa. Lo interesante de dicho fallo es que, como veremos, constata la omisión del legislador, dejando a la Corte de Apelaciones la posibilidad de

²⁶ La Corte “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”. GÓMEZ BERNALES, Gastón (2007) p. 220.

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 529-2006, de 9 de noviembre de 2006. Dicha sentencia se pronunció respecto de la solicitud de desafuero seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso N° 7203-2006. La acción fue deducida a raíz del conflicto mediático sostenido entre el senador y el padre José Luis Artiagoitia Alti, quien quiso desafuero al senador por injurias y calumnias con publicidad.

²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 533-2006, de 9 de noviembre de 2006. Dicha sentencia se pronunció respecto de la solicitud de desafuero seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso N° N° 7714-2006. La acción fue deducida dentro de la querrela presentada por Rina Montt por una supuesta injuria grave emitida a través de un medio de comunicación social.

²⁹ El profesor Gastón Gómez critica al TC por no haber examinado si los senadores implicados en los diversos recursos de inaplicabilidad hubieron o no concurrido con sus votos a aprobar el precepto legal tachado como inconstitucional por ellos mismos y por no haber recurrido al TC en el control preventivo de la norma. Véase GÓMEZ BERNALES, Gastón (2007) p. 213. No comparto lo señalado por el autor, ya que el voto de los parlamentarios debe ser autónomo y no estar condicionado por eventuales conflictos personales. Por otra parte, de admitir que los senadores estuvieran ejerciendo su función de manera inconstitucional, entonces ello debiera ser objeto de una acción de inconstitucionalidad con efectos generales, ya que es el único control represivo de constitucionalidad de la ley que permite realizar un análisis abstracto de las normas en conflicto, en circunstancias que los senadores sólo recurrieron al control concreto, mediante el cual debe compararse un eventual resultado inconstitucional de la aplicación de la norma al caso particular. Por ello, la crítica del profesor Gómez me parece de naturaleza política y no jurídico-constitucional.

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 558 (590)-2006, de 5 de junio de 2007. El TC consideró que no existe una “contradicción evidente” (considerando N° 11).

integrar el vacío.³¹ En el considerando N° 13 y 14 de la sentencia citada, el TC señala que existen las normas dentro del ordenamiento jurídico para que se produzca una aplicación supletoria integradora que respete y promueva los derechos fundamentales vulnerados, y que por lo tanto es posible aplicar de manera constitucional el precepto legal cuestionado. Luego, en el considerando N° 21 y 23, el TC analiza las consecuencias de una eventual sentencia derogatoria, señalando que, de pronunciarse favorablemente al requerimiento, se produciría un vacío o laguna legal. Por ello, el considerando final (N° 25) culmina con una exhortación al legislador para que regule.

No obstante lo señalado por el TC, y sin perjuicio de estar de acuerdo con el rechazo de la acción pública, me parece que igualmente existe un vacío con el precepto legal vigente. De otra manera, no se entiende el llamado que realizó el TC para que el legislador regule adecuada y eficazmente el procedimiento para desaforar a un parlamentario debido a una acción penal privada.

Luego del fallo citado, se presentaron dos nuevas acciones de inaplicabilidad por parte del diputado Paredes, las que fueron rechazadas por el TC.³² El primero de ellos fue rechazado por razones ajenas a nuestro estudio.³³ Por ello, no puede afirmarse que la decisión del TC se debió a un cambio en su doctrina, sin perjuicio de lo enunciado en la nota al pie. En el segundo fallo citado recaído en otra acción del diputado Paredes, el TC realiza un breve análisis de los “precedentes pronunciados por esta magistratura (...)”.³⁴ Así, se hace cargo y sintetiza los argumentos presentados por el propio TC en relación al fuero parlamentario (considerandos 13 y ss.). Luego reitera ciertas consideraciones acerca del fuero, el debido proceso y los delitos de acción penal privada (considerandos 20 y ss). Todas las consideraciones anteriores fueron realizadas en abstracto, ya que recién en el considerando N° 27, el TC comenzó a analizar el caso sub lite. Sin embargo, utiliza los mismos razonamientos dados en la sentencia que rechazó la acción pública de

³¹ Esta misma lectura del fallo la propuse en VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2009) p. 387 y 389. Véase en especial el considerando N° 12 de la sentencia ya citada, donde se hace una verdadera exhortación a la justicia ordinaria.

³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencias rol 596-2006, de 12 de julio de 2007 ; y la sentencia rol 791-2007, de 15 de enero de 2008.

³³ En efecto, se estimó que el precepto legal impugnado ya se había aplicado al existir sentencia definitiva ya de segunda instancia y, por consiguiente, no cabía declararlo inaplicable. La razón se debió a la oportunidad procesal en que el recurso fue presentado y no al fondo del problema. Sin perjuicio de ello, interesante es precisar que el TC destaca que los derechos del requirente no fueron menoscabados en el proceso. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol 596-2006, de 12 de julio de 2007, considerando N° 15. Cabe señalar que el Ministro Mario Fernández de opuso al fallo por razones similares a las expresadas en los fallos anteriores ya mencionados.

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol 791-2007, de 15 de enero de 2008.

inconstitucionalidad del profesor Saenger (ya citada), indicando la posibilidad de interpretar la norma impugnada en un sentido constitucional al integrar los vacíos mediante la aplicación supletoria de las normas generales correspondientes. Luego de ello el TC constata que en caso concreto las garantías del debido proceso se cumplieron, razón por la cual finalmente rechaza la acción de inaplicabilidad.³⁵ Es interesante precisar que esta sentencia no representa un cambio en la doctrina del TC, ya que la naturaleza del recurso de inaplicabilidad hace necesario examinar en concreto si las garantías del debido proceso se cumplen en el caso sub lite o no. De lo anterior se colige fácilmente que si el TC hubiera percibido que dichas garantías no estuvieron presentes en el caso particular, entonces debió haber acogido el recurso.

Lo anterior no resuelve el problema presentado en la justicia ordinaria cuando archivó los antecedentes por entender que no había procedimiento producto de la inaplicabilidad. Sin embargo, significa una solución práctica el rechazar la acción, ya que con ello se reconoce el rol de la Corte al integrar los vacíos antes que el TC se pronunciara. No obstante que los derechos derivados del debido proceso se respetaron, debemos preguntarnos ¿qué hubiera sucedido si la Corte no hubiera empleado el mecanismo de la integración? Probablemente habríamos vuelto al comienzo.

En un caso anterior, pero de relativa cercanía, el TC optó por declarar inaplicable el precepto en estudio.³⁶ La declaración de inaplicabilidad contiene una importante peculiaridad, en que se aclara que la Corte no podrá aplicar dicho precepto “en lo que

³⁵ El TC señaló: “TRIGESIMO TERCERO: Que, sobre la base de lo razonado y lo expuesto en los considerandos que preceden, es menester observar los antecedentes que configuran la gestión pendiente en el estado actual en que se encuentra. Efectuado lo anterior, esto es, traído el expediente a la vista, queda de manifiesto el

cumplimiento de las garantías de un debido proceso. En efecto, en el procedimiento de desafuero se notificó al parlamentario de la solicitud de desafuero, según consta a fojas 28. Por otra parte, también consta que éste designó como abogado patrocinante a don Raúl Gil González, Defensor Penal Público, quien concurrió a la vista de la causa a plantear defensas y alegaciones, conforme a lo consignado a fojas 29 que contiene el acta de audiencia. Lo señalado se confirma al haberse dictado sentencia de primera instancia que desestimó el desafuero. En lo que toca a la parte querellante, según consta a fojas 12, 13, 14 y 29 del citado expediente, ésta fue emplazada, oída y asistida por abogado. Respecto de la prueba, en virtud de diversas piezas del proceso de desafuero, específicamente a fojas 23, 24, 25 y 26, consta que la requerida ofreció y rindió probanzas – aportando dos discos compactos y documentos a fojas 31 a 45 vuelta del proceso de autos aludido, consta que el requirente presentó prueba documental;

TRIGESIMO CUARTO: Que, teniendo presente que ambas partes tuvieron un debido proceso, rindiendo prueba y aportando antecedentes para fundar sus pretensiones en el proceso de desafuero los que fueron debidamente ponderados en la sentencia, es menester colegir que el precepto legal impugnado ya recibió aplicación y conforme al mandato constitucional del debido proceso, contenido en el artículo 19, N° 3, de la Constitución.” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencias rol 791-2007, de 15 de enero de 2008.

³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 806-2007, de 11 de diciembre de 2007. La querrela fue presentada en contra del diputado Ramón Farías por injurias graves cometidas a través de un medio de comunicación social. Solicitud de desafuero en contra del mismo diputado, presentada ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Causa Rol N° 3643-2007).

éste le pueda impedir decretar prueba en caso de que, a su juicio, ella resulte necesaria.”³⁷

Gracias a dicha aclaración de la parte declarativa, la sentencia se aleja sustancialmente de los primeros tres fallos que acogieron los recursos, ya que en estos la sentencia simplemente declaraba la no aplicación del precepto, sin ningún entendido.³⁸ Esta declaración se interpreta a sí misma, cuidando que se entienda el alcance concreto de la acción de inaplicabilidad del caso sub lite. Ello es muy interesante, ya que concilia las facultades del TC con las atribuciones de la justicia ordinaria para suplir los vacíos legales que pueda observar en las gestiones de que conoce. En realidad, el TC le está ordenando a la Corte que decrete la prueba.

Esta nueva doctrina del TC me parece muy saludable, ya que permite otorgar mayor certeza al actuar de los tribunales ordinarios en cuanto a su fidelidad para interpretar las sentencias del TC. No obstante ello, creo también que esta situación no es la ideal, ya que debieran ser los propios tribunales los que de oficio integraran el vacío sin necesidad de una orden del TC. El TC carece de competencias para ordenar a un tribunal la aplicación de un Art. específico, sin perjuicio de que la interpretación que dé a este respecto sea o no la correcta.

IV.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROBLEMA: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DEL LEGISLADOR³⁹

La Constitución ordena directamente al legislador que establezca las garantías de un justo y racional procedimiento.⁴⁰ Si el legislador no las establece, entonces comete un ilícito constitucional derivado de su abstención. Con dicha omisión desobedece un mandato del constituyente y produce una situación inconstitucional.⁴¹

³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 806-2007, de 11 de diciembre de 2007, parte declarativa.

³⁸ Ello 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”. GÓMEZ BERNALES, Gastón (2007) p. 220.

³⁹ Véase mi trabajo sobre la inconstitucionalidad por omisión del legislador. VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2009) p. 373 y ss. En dicho trabajo se exponen latamente todos los aspectos que en este sólo enuncio. Este documento forma parte de la misma investigación que dio origen a este trabajo. Por ello, el artículo citado debe entenderse como complementario a este.

⁴⁰ El TC ha expresado que el Art. 19, N° 3, de la Carta Fundamental “consagra el principio general que impone al legislador la obligación de dictar las normas que permitan a todos quienes sean o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, tener la oportunidad de defenderse de los cargos (...)” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 389, de 28 de octubre de 2003, considerando N° 29.

⁴¹ Debe tenerse presente que, según el profesor Pfeffer, “podrán observarse algunos vacíos y contradicciones que obligan a la 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

Ello se conoce en doctrina como la inconstitucionalidad por omisión del legislador.⁴² Existen dos especies de este ilícito: por una parte, se encuentran los casos en que el legislador nada hace (omisión total) y por la otra aquellas situaciones en que el legislador diseña una norma legal que es incompleta (omisión parcial), que no contiene todos los elementos que la Carta Fundamental ordena que debe establecer.⁴³

El gran problema de la inconstitucionalidad por omisión del legislador radica en la inexigibilidad de la reparación legislativa. No existen en Chile competencias en el sistema jurídico que permitan obligar al legislador a legislar.⁴⁴ El legislador es autónomo, pero no por eso deja de ser responsable.⁴⁵ En un vocabulario kelseniano, el TC es sólo un legislador negativo.

Sin perjuicio de lo anterior, la inconstitucionalidad por omisión puede generar consecuencias jurídicas importantes que permitan conciliar el problema con el respeto al principio de supremacía constitucional. Ello, por cuanto, no se puede admitir la existencia de normas constitucionales (programáticas) incumplidas. Un camino que permite reparar el problema para casos particulares es la integración del vacío producido por la omisión, lo que explicaré en el apartado siguiente.

V.- INTEGRACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES OMITIDAS POR EL LEGISLADOR

El Art. 19, inc. 5, segunda parte, de la Carta Fundamental, ordena al legislador a “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justas”. Se trata de un mandato directo y categórico del Constituyente al legislador.^{46 47}

sistema procesal penal de corte inquisitorio, cuyas instituciones, terminología y cultura subyacente son inconciliables con el nuevo modelo de persecución criminal que lo reemplaza. PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2002). De esta manera, la omisión del legislador se originó durante la tramitación de la reforma procesal penal.

⁴² Sobre la inconstitucionalidad por omisión del legislador pueden consultarse los siguientes trabajos: RISSO FERRAND, Martín; BULNES ALDUNATE (2006); RANGEL HERNÁNDEZ, Laura (2008); NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005); ZAPATA L., Patricio (1994); RIBERA NEUMANN, Teodoro (1989); OROZCO SOLANO, Víctor, PATIÑO CRUZ, Silvia, entre otros.

⁴³ Ejemplos de uno y otro caso en VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2009)

⁴⁴ Esta situación no es así en todo el mundo. Es posible observar casos interesantes en el Derecho Comparado. Véase VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2009) p. 381 y ss.

⁴⁵ Sin perjuicio de lo señalado, debo hacer presente que se encuentra en el Congreso Nacional un proyecto de reforma al Art. 416, del CPP, que aparentemente solucionaría el problema denunciado. Ello es una muestra de que el legislador también expresa su voluntad de someterse a la Constitución, al menos en parte. Se trata de una moción presentada por el diputado Maximiano Errázuriz. Véase el boletín N° 4576-07.

⁴⁶ Tanto es así, que el propio TC ha sostenido que “se trata de un mandato categórico al legislador, no susceptible de calificación o interpretación.” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando N° 13, parte final. Idénticas palabras repite el TC en las sentencias rol N° 529-2006, de 9 de noviembre de 2006, en la sentencia rol N° 533-2006, de 9 de noviembre de 2006. Por otra

Como he demostrado en este trabajo, el legislador no ha establecido dichas garantías para el caso del desafuero parlamentario por procesos iniciados mediante una querrela persecutoria de un delito de acción penal privada, lo que ha llevado al TC a la existencia de una jurisprudencia a mi juicio confusa, tal como se ha ilustrado. Lo cierto es que el legislador ha infringido un mandato directo del Constituyente, y el ordenamiento jurídico proporciona las herramientas para solucionar dicha infracción.

Sin perjuicio de la ocurrencia de una eventual hipótesis de una responsabilidad civil del Estado legislador, y de las demás consecuencias jurídicas que pudieren ocasionarse, creo que la solución inmediata del problema concreto ventilado ante el sistema de justicia, es susceptible de lograrse mediante la utilización de la correcta doctrina: los jueces deben integrar el vacío con los instrumentos disponibles.⁴⁸

En efecto, si consideramos que el juez debe ejercer su función jurisdiccional de manera inexcusable (por expreso mandato del Art. 76, inc. 2º, de la Constitución) y utilizamos las normas de integración de vacíos legales que proporciona el derecho común,⁴⁹ entonces fácil es advertir que el juez debe completar la laguna mediante las normas de la equidad. De esta manera, queda a salvo el derecho constitucional a la acción que se encuentra implícito en el Art. 19, Nº 3, inc. 1º, de la Carta Fundamental. Por supuesto, la norma de equidad se encuentra condicionada por el orden de valores que expresa nuestra Constitución, de la que arrancan las normas, principios y valores elementales de todo el ordenamiento jurídico. En este caso, corresponde aplicar en un plano de respeto y promoción de los derechos esenciales emanados por la naturaleza humana, las

parte, y tal como lo señala una prevención de la Ministra del TC, Marisol Peña, la obligación del legislador emana del Art. 5, inc. 2, de la Constitución, “en orden a respetar y promover los derechos que la Carta Fundamental garantiza”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol Nº 558 (590)-2006, de 5 de junio de 2007.

⁴⁷ Aunque no se refiere específicamente al Art. 19, Nº 3, de la Carta Fundamental, el profesor Silva Bascuñán señala que “Hay en tales situaciones no sólo autorización sino mandato específico destinado a completar la preceptiva constitucional (...)”. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000) t. VII, p. 25.

⁴⁸ Véase a RISSO FERRAND, Martín, p. 34.

⁴⁹ El Art. 76, inc. 2º, de la Carta Fundamental, dispone que “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.” Esta norma fue elevada al rango constitucional por la Constitución, ya que antes sólo se encontraba a nivel legal (Art. 10, inc. 2º, del Código Orgánico de Tribunales).

Por su parte, las normas de integración del derecho común que pueden citarse son:

- El Art. 24 del Código Civil: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.”

- El Art. 170 del Código de Procedimiento Civil: “Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: (...) 5º La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.”

“garantías de un justo y racional procedimiento”. No debe olvidarse que el juez es un órgano estatal que ejerce soberanía, por lo que le resulta aplicable el mandato del Art. 5, inc. 2º, de la Carta Fundamental. La regla creada por el juez pasa a incluirse en el sistema de fuentes del derecho positivo, ya que suple la ausencia normativa que viene a integrar.⁵⁰

Así, cuando el legislador se abstiene de obedecer un mandato constitucional directo, el juez debe suplir el vacío dictando una regla de efectos particulares que subsane el resultado inconstitucional de la omisión. De lo contrario se estaría prescindiendo de la doctrina de aplicación directa de la Constitución, y se estaría quebrando el principio de supremacía constitucional. Por esta misma razón, a propósito de un trabajo acerca del “debido proceso a la luz de la ley chilena”, el profesor Rodríguez Grez manifiesta muy acertadamente que “(...) a fin de mantener una estricta armonía y coherencia entre todas las expresiones positivas del derecho (...) y en ausencia de una norma legal que reglamente la disposición constitucional, el juez puede y debe aplicar el mandato del Constituyente cuando éste confiera un derecho a la persona, particularmente en el ámbito de un juicio sometido al conocimiento de un órgano jurisdiccional. Lo anterior no representa más que una consecuencia obvia, si se tiene en consideración que es la Constitución la que otorga valor a todas las demás normas (...)”.⁵¹ El mismo autor agrega más adelante que “Frente a una garantía constitucional existen dos hipótesis posibles: que no exista regulación legal alguna o, bien, que el legislador haya dispuesto la forma en que debe cumplirse. En el primer caso, el juez debe aplicarla (la garantía constitucional) directamente y con preferencia a cualquier otra disposición”.⁵²

Con estas palabras, el profesor Rodríguez otorga un fundamento a la integración derivado de la teoría general del Derecho, enriqueciendo un eventual análisis meramente normativo formalista acerca de las normas que permiten y ordenan la integración judicial del vacío legal ocasionado por la infracción derivada de la omisión del mandato del Constituyente. Por consiguiente, el mandato que permite la integración no sólo proviene de las normas jurídicas, sino de una consecuencia lógica derivada del sistema jurídico en general. En efecto, y como ya lo señalé, si no se admitiera esta solución, se estaría

⁵⁰ Esta es la opinión de Alejandro Silva Bascuñán, para quien la regla jurisprudencial que salva la norma legal ausente, es una fuente positiva. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2002) t. VIII, p. 96-97.

⁵¹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2001) p. 7.

⁵² RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2001) p. 10.

permitiendo la vigencia irreparable de un ilícito contrario a la norma fundamental del orden jurídico, cuestión inadmisibles en un Estado de Derecho.⁵³

Esta tarea no le corresponde al TC, razón por la cual no puede reprochársele a este las lamentables situaciones de denegación de justicia que ocurrieron por la interpretación literalista y decimonónica de los tribunales ordinarios de justicia. Son los jueces de la instancia los llamados a aplicar directamente la Constitución integrando los vacíos que ocurren.

Luego, no es el recurso de inaplicabilidad necesariamente la vía para solucionar este problema, ya que para que éste prospere se requiere de la existencia de un precepto legal cuya aplicación produzca efectos contrarios a la Constitución, situación que no se ventila en el caso que comento, debido a que justamente la situación de inconstitucionalidad se produce por un hecho negativo: la inexistencia de un precepto legal derivado de la omisión ilícita del legislador. Otra interpretación del problema llevaría a aceptar la existencia de una norma legal incompleta, que sólo obedece parcialmente al Constituyente. Esta posición podría fundamentar de manera acertada los fallos que acogieron los recursos de inaplicabilidad ya citados. Aparentemente, la historia fidedigna del Art. 19, Nº 3, de la Carta, se habría inclinado por esta segunda posición.⁵⁴

Así, el TC acierta al exhortar a la justicia ordinaria para que integre la laguna, rechazando la acción pública de inconstitucionalidad deducida en la causa rol 558 (590)-2006. No existía un precepto legal que pudiera abrogarse mediante una sentencia derogatoria en ejercicio del Art. 93, Nº 7, de la Carta Fundamental, sino sólo un vacío que produce un resultado contrario a la Carta, el que debe ser (en palabras del propio TC) “*integrado* con otros elementos del ordenamiento jurídico”⁵⁵ por la justicia ordinaria. En consecuencia, si no existe precepto legal, nada puede derogarse porque la nada, nada es. No puede eliminarse la inexistencia ni matar a un muerto. Esto debe entenderse sin perjuicio de la segunda lectura: el legislador dictó la ley de manera incompleta. Ambas visiones son

⁵³ También existe un argumento derivado de la historia fidedigna del principio de inexcusabilidad, en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución. Aún cuando no fue unánime, estimo que la intervención de Jaime Guzmán es acertada. Véase la sesión Nº 303, citada por este autor (véase VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2009) p. 391).

⁵⁴ De acuerdo a lo sostenido por VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002) t. I, p. 223, la intención original del Constituyente era que “corresponderá en definitiva a la Corte Suprema, cuando se plantee un recurso de inaplicabilidad (se refiere al primitivo Art. 80), determinar si la ley impugnada se ha cumplido con esa exigencia constitucional” (sesión Nº 103, p. 16 y 17).

⁵⁵ Véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol Nº 558 (590)-2006, de 5 de junio de 2007, considerando Nº 12.

contradictorias, pero conducen al mismo camino: la integración del vacío por parte de la judicatura ordinaria.

VI.- INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS DERIVADAS DEL DEBIDO PROCESO

Ya demostrada la existencia de la laguna legal y señalado el camino jurídico para su integración por parte de la justicia, me parece útil que ahora realice el ejercicio de integrar las garantías del debido proceso en los casos que ya cité al comienzo de este trabajo. Para efectuar aquello, primero hay que determinar cuáles son las garantías conculcadas por la ausencia normativa: el derecho a la defensa y la facultad para aportar y contradecir las pruebas.

La regla jurisprudencial que promoverá los derechos desconocidos por el precepto legal impugnado integrando la laguna producida por la omisión del legislador, sólo produce efectos particulares inter-partes, razón por la cual es necesario que exista un pronunciamiento del tribunal para cada caso que se le presente.

Frente a lo anterior, lo lógico es que el tribunal que conoce de la gestión pendiente (la Corte de Apelaciones), ordene notificar y emplazar a la contraria, le otorgue la posibilidad de efectuar sus descargos y permita a las partes rendir las pruebas que sean oportunas para ilustrar a la Corte respecto de la decisión final que resolverá el desafuero.⁵⁶

Como ya lo señalé, y siguiendo la misma línea indicada, el TC propuso en la sentencia que rechaza la acción pública de inconstitucionalidad que sean los propios tribunales quienes integren el vacío utilizando las normas supletorias y de general aplicación que dispone el ordenamiento jurídico en las leyes del derecho común.⁵⁷

⁵⁶ Sobre el alcance de la obligación que tienen los tribunales y la naturaleza del obligado a aplicar el debido proceso, véase FERNÁNDEZ GONZÁLES, Miguel Ángel (2004) p. 103 y ss.

⁵⁷ DECIMOTERCERO: Que el procedimiento de desafuero de un parlamentario se tramita, en la práctica, en una audiencia que se sujeta a las reglas generales de la vista de los recursos establecidas en el Título I del Libro Tercero del Código Procesal Penal, en particular el artículo 358. La prueba en los recursos aparece expresamente mencionada, en el artículo 359, a propósito del recurso de nulidad, facultándose su producción sobre las circunstancias que constituyeron la causal invocada.

Si se trata de otros recursos, es perfectamente aplicable la norma del artículo 361, del siguiente tenor: "Aplicación supletoria. Los recursos se regirán por las normas de este libro. Supletoriamente, serán aplicables las reglas del Título III del Libro Segundo de este Código".

Dichas reglas son las del juicio oral. De ellas, adquieren singular relevancia las que se refieren a la libertad de prueba y a la oportunidad para su recepción, contempladas en los artículos 295 y 296. A su tenor, "todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley" y "la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley".

Asimismo, la recepción de pruebas se refuerza por las disposiciones comunes a todo procedimiento (artículos 89 y 90 del Código de Procedimiento Civil), aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieron a lo estatuido en el Código Procesal Penal, por disposición del artículo 52 de este cuerpo legal.

Sin perjuicio de que me parece acertado el razonamiento utilizado por el TC, me parece que el fundamento de la integración de la laguna se encuentra directamente en la Carta Fundamental (lo que es mucho más relevante que las normas del derecho común), por lo que debe ser la Constitución el primer antecedente de donde se derivan los derechos emanados del “debido proceso”. Bastante coincidencia existe en la doctrina respecto de cuáles son esos derechos básicos, y nada obsta que los jueces tengan que aplicarlos por efecto del principio de supremacía constitucional y de la doctrina de aplicación directa de la Constitución.⁵⁸

Por esta misma razón, no comparto la crítica del profesor Gómez, quien sostiene que los primeros fallos de inaplicabilidad contribuyeron “decisivamente a que los órganos jurisdiccionales archivaran el proceso de desafuero”.⁵⁹ Lo cierto es que la Corte debió entender las ratio de la sentencia para interpretarla de manera genuina. Si ello hubiere ocurrido efectivamente, la visión literalista decimonónica habría dado lugar a una visión sistemática y finalista que hubiera permitido promover y respetar las garantías constitucionales.⁶⁰

VII.- CONCLUSIONES

1.- El Art. 416, inc. 3º, del CPP, constituye un caso de inconstitucionalidad por omisión del legislador. Lo anterior es una situación inconstitucional donde no es posible impugnar un precepto legal determinado, ya que representa una ausencia normativa, por lo que falta el presupuesto lógico básico del control represivo de constitucionalidad: la existencia de un precepto legal vigente. Sin embargo, al producirse una situación inconstitucional en los

Con todo, el derecho de las partes a rendir prueba no es absoluto, sino que está subordinado a la verificación, por el tribunal de la causa, de la existencia de hechos sustanciales y pertinentes que se hayan controvertido.

DECIMOCUARTO: Que, en mérito de lo razonado precedentemente, es dable concluir que el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, tratándose de delitos de acción privada, admite la recepción de pruebas, cuando procede, y, por tanto, el precepto del artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal permite ser interpretado en una forma que lo compatibiliza con las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos que asegura la Constitución Política.” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 558 (590)-2006, de 5 de junio de 2007, considerando N° 13 y 14.

⁵⁸ Por esta misma razón, se ha sostenido respecto de las causas que fueron archivadas producto de la inaplicación, que “la Corte pudo integrar –si le hubiesen dado tiempo- el vacío legal haciendo aplicación de los derechos fundamentales, ordenando por ejemplo, un período probatorio para que las partes aportasen antecedentes antes de decidir sobre el desafuero, y en tal caso, no habría precepto legal inconstitucional”.

⁵⁹ GÓMEZ BERNALES, Gastón (2007) p. 225.

⁶⁰ Por esta misma razón, no comparto tampoco la crítica que formula al señalar que el TC no se hizo cargo del conflicto de derechos fundamentales. El TC no está llamado a resolver los conflictos de derechos mediante la inaplicabilidad (GÓMEZ BERNALES, Gastón -2007- p. 226). No es el TC el que dejó a las partes sin un procedimiento, como acusa Gómez, sino que lo fueron las erradas interpretaciones de la Judicatura ordinaria. Así, es la Corte la que no cumplió con su deber jurisdiccional inexcusable.

hechos, el ordenamiento jurídico proporciona herramientas de solución que los tribunales no pueden desconocer.

2.- La inconstitucionalidad por omisión del legislador es un ilícito constitucional que puede producir varios efectos. El más importante en un sentido práctico es la obligación de los tribunales de obedecer a su deber de inexcusabilidad e integrar el vacío de acuerdo a las herramientas que el propio sistema constitucional proporciona. Dicho deber de inexcusabilidad no le rige al legislador, por lo cual resulta poco factible exigir que legisle de una determinada manera, debido a que el TC carece de facultades para pronunciarse al respecto. La falta de exigibilidad para legislar no es excusa para burlar los otros efectos, tales como la integración del vacío y la responsabilidad civil del Estado legislador (en el evento que se provoque un perjuicio a los afectados).

3.- La integración de la laguna legal tiene su fuente en la propia Carta Fundamental, como ya se demostró, y no sólo en la ley. Es deber del juez utilizar los valores y principios expresados en la misma para la creación de la regla jurisprudencial que solucionará el problema para el caso concreto. Dicha decisión tiene efectos relativos.

4.- Rechazar los argumentos dados significa en último término desconocer el efecto de la aplicación directa de la Constitución, por la cual todos los tribunales tienen el deber de utilizar sus preceptos en los casos particulares que se presentaren. Ello debe entenderse sin perjuicio del monopolio de que goza el TC con el conocimiento del recurso de inaplicabilidad. Sin embargo, en el caso del Art. 416, inc. 3, del CPP, no existe un precepto a ser aplicado, sino que una ausencia producida por una norma incompleta. Por ello, es factible que los tribunales integren e interpreten dicha norma incompleta conforme con los criterios ya enunciados. Sin perjuicio de ello, el recurso de inaplicabilidad puede resultar útil para dar certeza jurídica, por la existencia de un precepto que obedece parcialmente al mandato del Constituyente.

5.- Si el TC declara la inaplicabilidad entendiendo que existe un precepto legal que desobedece al Constituyente al estar incompleto, entonces los tribunales no pueden entender que hay una ausencia procesal que vulnera el principio de legalidad del procedimiento, ya que ello conduciría a un absurdo jurídico-constitucional. Necesariamente deben recurrir a los razonamientos de la sentencia para interiorizarse acerca de la interpretación que dio el TC a la norma y a los hechos. De esta manera, estarán en mejor posición para dictar una resolución que sea compatible y armónica con

el espíritu de la sentencia constitucional y, finalmente, con la correcta mirada de la Carta Fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

1.- DOCTRINA

- 1.- BULNES ALDUNATE, Luz (2006) *La inconstitucionalidad por omisión*, artículo publicado en la Revista Estudios Constitucionales, año 4, N° 1, Universidad de Talca, p. 251-264, ISSN 0718-0195.
- 2.- CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (2006) *Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006*, artículo publicado en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 4, vol. 2, Universidad de Talca, p. 735-754, ISSN 0718-0195.
- 3.- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2004) *Derecho a la Jurisdicción y Debido Proceso*, artículo publicado en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 2, N° 1, Universidad de Talca, p. 99-121, ISSN 0718-0195.
- 4.- GÓMEZ BERNALES, Gastón (2007) *Fuero y Desafuero en las Sentencias del Tribunal Constitucional*, artículo publicado en *Sentencias Destacadas 2006*, Libertad y Desarrollo, Santiago, p. 211-234, ISBN 978-956-7183-24-1.
- 5.- OROZCO SOLANO, Víctor, PATIÑO CRUZ, Silvia, *La inconstitucionalidad por omisión en Costa Rica*. <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/n7VOS.pdf> (consultado en octubre de 2008).
- 6.- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2002) *El Desafuero en el Marco del Nuevo Código Procesal Penal*, artículo publicado en *Ius et Praxis* –online–, vol.8, no.2, p. 359-376, Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122002000200011&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.
- 7.- (2005) *Reformas Constitucionales 2005*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, ISBN 956-10-1660-5.
- 8.- RANGEL HERNÁNDEZ, Laura (2008) *La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la Justicia Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Cuestiones Constitucionales, N° 18, México,

<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst18/CUC000001807.pdf> (Consultado en octubre de 2008).

9.- RIBERA NEUMANN, Teodoro (1989) *El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del Derecho. Aspectos relevantes de sus primeros 59 fallos*, artículo publicado en la Revista del Centro de Estudios Públicos, N° 34, Santiago, p. 195-228.

10.- RISSO FERRAND, Martín, *Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Uruguay, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr3.pdf> (Consultado en octubre de 2008).

11. - RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004, 2ª edición) *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, ISBN 978-956-10-0997-8.

12.- (2001) El Debido Proceso a la Luz de la Ley Chilena, artículo publicado en la Revista Actualidad Jurídica, N° 3, Universidad del Desarrollo, p. 7-19, ISSN 0717-5914.

13.- SAENGER GIANNONI, Fernando (2007) *Acción de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad. Facultades del Nuevo Tribunal Constitucional. Algunos casos prácticos*, artículo publicado en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 5, N° 1, Universidad de Talca, p. 305-348, ISSN 0718-0195.

14.- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) *Tratado de Derecho Constitucional, t. IV, La Constitución de 1980, Bases de la Institucionalidad, Nacionalidad y Ciudadanía, Justicia Electoral*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, ISBN 956-10-1180-8.

15.- (2000, 2ª edición) *Tratado de Derecho Constitucional, t. VI, Congreso Nacional, Bases Generales, composición y atribuciones del Congreso de las Cámaras. Estatuto de la función parlamentaria*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, ISBN 956-10-1313-4

16.- (2000, 2ª edición) *Tratado de Derecho Constitucional, t. VII, Congreso Nacional, la función legislativa*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, ISBN 956-10-13114-2.

17.- (2002, 2ª edición) *Tratado de Derecho Constitucional, t. VIII, Poder Judicial*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, ISBN 956-10-1383-5.

18.- (2006, 2ª edición) *Tratado de Derecho Constitucional, t. XI, de los Derechos y Deberes Constitucionales*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, ISBN 956-10-1675-3.

19.- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002, 2ª edición) *Derecho Constitucional*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, Tomo I y II, ISBN 956-10-1172-7.

20.- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2009) *La Inconstitucionalidad por Omisión del Legislador*, artículo publicado en la Revista Actualidad Jurídica, Nº 19, T. I, de la Universidad del Desarrollo, p. 373-396, ISSN 0717-5914.

21.- ZAPATA LARRAÍN, Patricio (1994) *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, Corporación Tiempo 2000.

22.- (2002) *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, ISBN 956-7247-31-5.

23.- (2008) *Justicia Constitucional*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, ISBN 978-956-10-1891-4.

2.- JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: sentencia rol Nº 389, de 28 de octubre de 2003; sentencia rol Nº 478-2006, de 8 de agosto de 2006; sentencia rol Nº 529-2006, de 9 de noviembre de 2006; sentencia rol Nº 533-2006, de 9 de noviembre de 2006; sentencia rol Nº 558 (590)-2006, de 5 de junio de 2007; sentencias rol Nº 596-2006, de 12 de julio de 2007; sentencia rol Nº 806-2007, de 11 de diciembre de 2007; sentencia rol Nº 791-2007, de 15 de enero de 2008.

Todas las sentencias del TC se encuentran disponibles en www.tribunalconstitucional.cl.