

# El recurso de amparo y el debido proceso penal.

## Comentario a sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema en recursos de amparo de Marco Antonio Pinochet Hiriart y otros



HÉCTOR MERY ROMERO

*Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Andrés Bello*

### RESUMEN

*Quince personas que fueron sometidas a proceso por resolución del ministro de fuero don Carlos Cerda Fernández dedujeron sendas acciones constitucionales de amparo y, en su mayoría, obtuvieron sentencia favorable. Las circunstancias del auto de procesamiento y las órdenes de prisión libradas como consecuencia del mismo han dado lugar a diversas apreciaciones críticas por parte de la opinión pública, cuestión que a nuestro juicio hace perder de vista la revisión de los argumentos principalmente desarrollados por las sentencias que analizaremos en lo sucesivo. Nos parece crucial poner atención en el conjunto de razonamientos seguidos por la Corte de Santiago para aceptar los habeas corpus, por cuanto analizan la arbitrariedad e ilegalidad, presupuesto esencial de esta acción, desde la perspectiva de los principios del debido proceso penal, tal como esta noción aparece incorporada a nuestro derecho procesal interno, así como desde el modo en que los tratados internacionales sobre derechos humanos han tratado la cuestión. No cabe sino dar la bienvenida a la aceptación judicial de estas alegaciones, que a decir verdad no son acogidas a menudo por nuestros tribunales superiores. Incidentalmente, las sentencias vuelven a pronunciarse sobre otra materia ya revisada en estas páginas, como la pertinencia de invocar alegaciones de fondo en un recurso de naturaleza constitucional.*

### SUMARIO

I. Introducción. II. Fundamentos de los recurrentes. III. Motivos del juez instructor. IV. El recurso de amparo y las garantías judiciales. V. Sobre el fondo: ¿es posible argumentar razones sustantivas en el *habeas corpus* ? El voto de mayoría y la disidencia. VI. Conclusiones. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 4 de octubre de 2007, el señor ministro de fuero de la Corte de Apelaciones de Santiago don Carlos Cerda Fernández, en la causa rol N° 1.649 – 2004, sometió a proceso a Marco Antonio Pinochet Hiriart, María Lucía Hiriart Rodríguez, María Verónica Pinochet Hiriart, Ambrosio Rodríguez Quirós, Óscar Custodio Aitken Lavanchy, Jacqueline Marie Pinochet Hiriart, José Hernán Sobarzo Poblete, Fernando Castillo Cádiz, Sergio Marcelo Moreno Saravia, Jaime Enrique Lepe Orellana, Inés Lucía Pinochet Hiriart, Héctor Guillermo Letelier Skinner, Guillermo Garín Aguirre, Gustavo Osvaldo Collao Mira y Juan Fernando Rigoberto Romero Riquelme, atribuyendo a todos ellos la calidad de autores del delito de malversación de caudales públicos previsto y sancionado en los artículos 233 N° 3 y 238 inciso segundo del Código Penal. Por estimar que la mencionada resolución quebrantaba gravemente sus garantías judiciales y el derecho a la libertad personal, las personas mencionadas decidieron interponer sendos recursos de amparo. El Código de Procedimiento Penal aplicable al juicio instruido por el ministro Sr. Cerda admite la posibilidad de impugnar el procesamiento mediante el recurso de apelación. Sin embargo, de acuerdo a una tradición forense muy arraigada en nuestro medio, también es posible discutir la privación, perturbación o amenaza que es consecuencia cierta y automática del procesamiento mediante el recurso constitucional de amparo, reglamentado en los artículos 306 y siguientes del Código mencionado.

Cabe hacer presente que el Sr. ministro de fuero concedió la libertad provisional a los procesados con gran prontitud, de modo que al momento de deducirse las acciones que analizaremos en seguida, ninguno de los recurrentes se encontraba preso. Si bien existe cierta tendencia jurisprudencial a desestimar un recurso de amparo cuando el agraviado ha recuperado la libertad, de modo que al acogerlo la Corte no estaría en posición de dictar medidas útiles para remediar el mal causado, esta vez no fue ese el camino escogido para decidir la cuestión que se controvertió.

## II. FUNDAMENTOS DE LOS RECURRENTES

Tres de los afectados expresaron que, pese a haber prestado declaración en la causa, nunca fueron tratados como imputados o inculpadados, sino interrogados bajo juramento como testigos de hechos de los cuales tenían conocimiento. Sostuvieron que, al omitirse a su

respecto una declaración indagatoria con las exigencias formales y sustantivas que establece la ley, se quebrantaron gravemente sus derechos y garantías constitucionales.

A su turno, los procesados que nunca desempeñaron cargos públicos alegaron que no podían ser enjuiciados por el delito señalado, pues sobre personas comunes no pesa el deber de cautelar recursos del Fisco.

Agreguemos que la defensa de los recurrentes don Marco Antonio Pinochet Hiriart y de don Óscar Aitken Lavanchy añadió que habiendo sido ambos sometidos a proceso y privado de libertad por un delito de evasión tributaria, gozaban de libertad provisional y no correspondía una orden de detención, sino su citación a través de sus mandatarios judiciales.

### III. MOTIVOS DEL JUEZ INSTRUCTOR

El razonamiento tercero del fallo que pronunció la Corte de Santiago reproduce el informe evacuado por el ministro Sr. Cerda Fernández. El Sr. magistrado, primeramente, se remite a los fundamentos expresados en el auto de procesamiento contra el cual se endereza el recurso. En seguida, declara su convencimiento de haberse sometido a la preceptiva constitucional y legal, pues ha actuado dentro de su competencia, ha reunido información bastante y se ha sometido a las formalidades de rigor. Y termina advirtiendo que algunas de las cuestiones planteadas en los recursos que informa debieran ser promovidas en otro momento procesal, en alusión nada de oblicua a la sentencia definitiva. Esta afirmación no deja de causar alguna perplejidad, si se tiene en cuenta que, conforme a la doctrina generalmente aceptada en sede de amparo, es pertinente discutir por esta vía cuestiones de fondo. Este punto cobra un valor adicional si consideramos que el propio Sr. ministro recurrido es uno de los más destacados exponentes de este camino. Así lo demuestra la cita de algunos precedentes<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo: (1) Recurso de amparo de María Rosa Derado Hernández, Claudio Raúl Pérez Menéndez, Myriam del Carmen Muñoz Opazo, Enrique Domingo Silva Ortiz, Lucía Jimena Figueroa Zamorano y María Felícita de la Fuente Zapata contra resolución dictada por el Sr. ministro en visita extraordinaria, rol 26.259 – 2004 de la Corte de Apelaciones de Santiago; (2) Recurso de amparo de Juan Carlos Cabrera Boettcher contra un auto de procesamiento que dictó en su contra un Juzgado del Crimen de Santiago, rol 19.976-2005 de la Corte de Apelaciones de Santiago; y (3) Recurso de amparo de Matías de la Fuente Condemarín contra procesamiento dictado por Sra. ministra en visita extraordinaria, rol 20.159 – 2005 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

#### IV. EL RECURSO DE AMPARO Y LAS GARANTÍAS JUDICIALES

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago dictada en el expediente rol 6.176-2007 y acumulados por los Sres. ministros don Juan Eduardo Fuentes Belmar, doña Dobra Lusic Nadal y don Mauricio Silva Cancino, está llamada a transformarse en una necesaria referencia futura. Pocas han sido las ocasiones en que nuestros tribunales superiores han estado en posición de ligar argumentalmente la libertad personal y el debido proceso. Lo anterior puede tener su causa en que es común en la litigación de esta clase que los letrados no argumenten con demasiado rigor. En efecto, la premura en obtener una decisión que se espera favorable para poner término a una privación de libertad actual o inminente lleva naturalmente a que el debate se centre en cuestiones que se consideran más urgentes.

Es destacable y esperanzador que la sentencia de la Corte de Santiago del 26 de octubre de 2007 no haya pretextado la complejidad de la cuestión a discutir para desestimar el recurso, y que en cambio decidiera analizar el tratamiento procesal recibido por los deponentes que fueron encausados como una cuestión procesal sustantiva. Nos parece que esperar que una materia tan crucial sea debatida en el plenario de un juicio criminal reglamentado por el Código de Procedimiento Penal hubiera significado un procesamiento por tiempo indefinido en el tiempo, con las conocidas limitaciones y perturbaciones a la libertad personal que emanan de esa condición.

El fallo demuestra en sus razonamientos 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º y 12º que existe una sustancial diferencia entre ser legalmente juramentado como testigo y recibir la exhortación del juez a decir verdad. La sentencia es especialmente prolija al detenerse en este aspecto, y valiéndose de una abundante cita de preceptos del derecho interno, así como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, demuestra con suma lucidez el manifiesto conflicto moral que nace para el declarante dependiendo de si se le trata como un tercero sin participación en los hechos, o como el que debe responder criminalmente de los mismos. En primer lugar, aunque el fallo no lo diga con todas sus letras, se quebranta la prohibición constitucional establecida por el artículo 19 número 7º letra f primera parte de declarar en causa criminal bajo juramento contra sí mismo en hechos propios.

En segundo término, si tenemos en cuenta que en el actual momento histórico de nuestro país coexisten un sistema de enjuiciamiento

criminal llamado a extinguirse que se caracteriza por el secreto, un rol inquisitivo de un juez obligado a investigar con celo, acusar y juzgar con imparcialidad, y poco dado a reconocer que el imputado tiene derechos; *versus* la saludable separación de las funciones de investigación y jurisdicción, en el contexto de un proceso en el que prevalecen los derechos y las garantías constitucionales, nos resulta difícil aceptar pasivamente que los dichos de una persona que ha declarado bajo juramento sean posteriormente utilizados en su contra como prueba de su participación criminal. Las razones dadas por el Sr. ministro instructor en la resolución dictada y en su informe posterior, tal cual se expresan en la sentencia en estudio, no se hacen cargo de este crucial aspecto. Para nosotros no cabe duda que resulta inaceptable.

De nuevo sobre la necesidad de un tratamiento diferenciado para testigos e inculpados, nos permitimos reproducir aquel pasaje que describe el diferente régimen jurídico aplicable en los términos siguientes:

“ ... (Los) preceptos que han sido indicados constituyen la expresión procesal concreta de la obligación impuesta por el artículo 5° de la Constitución Política de la República a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y de las garantías individuales reconocidas en el artículo 19, numerales 3° y 7° de la Carta Fundamental, que consagran el derecho a un debido, justo y racional proceso, dentro del cual se encuentra necesaria y lógicamente, el inviolable derecho a defensa”<sup>2</sup>.

Pero el fallo de la Corte de Santiago no se limitó a demostrar que estamos ante una insalvable disyuntiva ética para el declarante. El derecho a defensa y las prerrogativas y ventajas inherentes a este nacen directa e inmediatamente de esa posición. Es de toda obviedad que un simple testigo no está llamado a defenderse.

Cabe también mirar como un aporte el gran sentido práctico del que se vale el sentenciador para caracterizar el derecho a defensa, garantía que a menudo nos resulta conceptualmente esquivada.

“Que como puede apreciarse, todas las normas citadas, tanto las simplemente legales como las constitucionales de derecho interno y las emanadas de los instrumentos internacionales suscritos por Chile, ratificados y vigentes en nuestro país, consagran y resguardan la garantía de todo imputado a

<sup>2</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6176-2007 y acumulados, considerando 10°.

ser oído, y a ejercer en plenitud su legítimo derecho a defenderse en la etapa sumarial. Derecho a defensa por medio del cual por lo demás se ejercen y protegen las garantías penales de carácter sustantivo (como por ejemplo, el principio de legalidad o reserva), y que constituye además una limitación necesaria al ius puniendi del Estado en términos de permitir legitimar la persecución penal.

*En efecto, el derecho a defensa no se agota, como pudiera pensarse en una primera aproximación, con la facultad para designar abogado letrado defensor. No es así. Este derecho tiene la enorme significación y trascendencia que antes se ha advertido, y comprende en él, entre otros, el derecho a conocer los cargos que se le formulan, y a desvirtuarlos, a presentar sus propias pruebas –o solicitarlas del tribunal– para establecer su inocencia, a formular sus propias conclusiones de la prueba rendida, etc. Todos, derechos y garantías que la doctrina y la jurisprudencia unánimemente reconocen como las propias de un justo y debido proceso”<sup>3</sup>.*

Las apreciaciones invocadas por el Sr. ministro instructor en torno a la falta de juez natural y a la necesidad de un pronto juzgamiento no fueron consideradas de entidad suficiente como prevalecer sobre el inviolable derecho a defensa. Y la verdad es que no advertimos que en este caso haya existido una oposición diametral entre ambas nociones, en términos que hayan hecho poco menos que imperativo para el Sr. juez prescindir de la observancia de las garantías judiciales mínimas para procesar. Una justicia pronta y cumplida no puede obtenerse a expensas de los derechos del imputado. Si agregamos a lo dicho que las incidencias de inhabilidad por falta de imparcialidad promovidas por algunas defensas apartaron momentáneamente al ministro Sr. Cerda de la causa bajo su tramitación, sin que la causa se paralizara, siguiendo esta en manos de un ministro de Corte subrogante, el argumento de la “falta de juez natural” es muy difícil de compartir.

Es necesario dejar constancia la gravedad de la situación explicada hizo que la Corte no se conformara con acoger la acción constitucional de Sergio Moreno, Juan Romero y Ambrosio Rodríguez. Advirtiendo que en igual situación se encontraban los inculpados Patricio Madariaga Gutiérrez y Mortimer Humberto Jofré Azuaga, quienes no habían recurrido de amparo, el tribunal actuó de oficio en favor de estos últimos y dejó sin efectos los encausamientos.

---

<sup>3</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6176-2007 y acumulados, considerando 11°.

## V. SOBRE EL FONDO: ¿ ES POSIBLE ARGUMENTAR RAZONES SUSTANTIVAS EN EL *HABEAS CORPUS* ? EL VOTO DE MAYORÍA Y LA DISIDENCIA

En *Sentencias Destacadas 2005*, el profesor Juan Ignacio Piña Rochefort, comentando la sentencia dictada en recurso de Matías de la Fuente Condemarín, rol 3.630-2005 de la Excma. Corte Suprema, proporcionó argumentos que nos parecen fundados y certeros para defender la posibilidad de que las cuestiones referidas al fondo sean debatidas en sede de amparo. En esa oportunidad, para rebatir el razonamiento del máximo tribunal que había desestimado la acción de amparo, Piña Rochefort nos puso en la situación hipotética de un sometimiento a proceso por un "cuasidelito de daños", figura delictiva inexistente en nuestro medio. ¿No estamos claramente ante un procesamiento dictado fuera de los casos que admite la ley? ¿Cuál es la razón que impide proponer la discusión de este punto en sede de amparo? Manifestamos nuestras dudas en torno a que sea apropiado y justo asignar más importancia al correcto funcionamiento del sistema jurisdiccional, expresado en la sentencia definitiva y los recursos que contra esta proceden, que a la eficaz y pronta protección de los derechos y garantías constitucionales vulnerados como consecuencia de una decisión judicial equivocada. A nuestro juicio la posición del comentarista es razonable. Agreguemos que, contra una postura que usualmente se manifiesta en la jurisprudencia nacional, nos parece que la acción de amparo, pese a ser urgente en su tramitación, no es un procedimiento extraordinario o de causales rígidas, y menos aún puede sostenerse que fuerce al sentenciador a razonar con atolondramiento.

La sentencia de la Corte de Santiago acogió el recurso de la mayoría de los comparecientes que alegaron motivos de fondo, pero en este aspecto no fue unánime. Uno de los puntos sometidos a decisión mediante el recurso de amparo es que los recurrentes no ejercían cargos públicos, condición necesaria para cometer un delito de esta clase o, a lo menos, requisito básico para dictar un auto de procesamiento. El voto disidente, a cargo del ministro Sr. Silva Cancino, expresó lo que sigue:

*" ... , no es posible alegar la ilegalidad de la resolución impugnada fundado en la circunstancia de haberse procesado a personas que no tuvieron la calidad de funcionarios públicos, como autores del delito de malversación de caudales públicos contemplado en el artículo 233 del Código Penal que se aplica precisamente a quienes ostentan este carácter; ello, toda vez que,*

*por una parte, la interpretación dogmática no es uniforme en orden a considerar incommunicable esta circunstancia. Por el contrario, existen posiciones divergentes que afirman la comunicabilidad y otras que optan por una incommunicabilidad limitada o relativa. Los criterios para afrontar el problema son diversos y ello se ha manifestado también en la jurisprudencia. Desde luego y a modo de ejemplo, en los autos rol N° 144.665-3 del 5° Juzgado del Crimen seguidos contra Juan Pablo Dávila Silva y otros, una Sala de esta Corte de Apelaciones consideró que la calidad de funcionario público se comunicaba a los coautores en quienes no concurría, habiendo la Excm. Corte Suprema rechazado los recursos de casación e indicado que no advertía alguna aplicación errónea de la ley penal. Siendo así, y notando que autores que defendieron una incommunicabilidad extrema han modificado su criterio a posteriori, no parece que al adoptar una interpretación jurídicamente posible, el ministro que dictó la resolución del caso, haya actuado en forma ilegal. Si eventualmente, el asunto se traslada a la calificación del delito, en principio tampoco habría ilegalidad como lo exige la aceptación del habeas corpus, porque en general la calificación jurídica en estas resoluciones es provisoria y así como lo determinante a la hora de dictar una resolución que somete a proceso, es, además de las formalidades legales, que exista justificada la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito –no que se reúnan todos sus elementos– como asimismo, que sea jurídicamente probable una participación culpable en alguna de las calidades que la ley castiga; en sede de amparo, en concepto del disidente, lo relevante es que estas apreciaciones resulten ilegales en términos de interpretación de la ley o de interpretación de los hechos”.*

A entender del previniente, la comunicabilidad o incommunicabilidad en delitos funcionarios es una cuestión no resuelta definitivamente en nuestro medio. En consecuencia, a su juicio, por el solo hecho de haberse discutido abundantemente en la doctrina y la jurisprudencia, resulta difícil atribuir arbitrariedad o ilegalidad a la decisión del ministro Sr. Cerda en términos que permitan acoger a un recurso de amparo. Dicha propuesta es sumamente parecida a la que expresó en el voto de minoría el ministro Sr. Jaime Rodríguez Espoz, que se contiene en la sentencia de la Corte Suprema que confirmó el fallo de la Corte de Santiago<sup>4</sup>.

La posición es respetable pero difícil de compartir. Sugiere que una cuestión compleja como la debatida nunca permitiría aceptar el *habeas corpus*, pero parece poner demasiada atención a la magnitud del asunto que se discute para reservar la resolución a futuro en

---

<sup>4</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema, rol 5957 – 2007.



la sentencia definitiva. De este modo, el recurso de amparo solo tendría cabida ante errores conceptuales crasos, manifiestos, notorios. Está bien que reconozcamos que usualmente es más conveniente que sea el fallo definitivo el que se avoque a las cuestiones de derecho penal de fondo, pero razonar de este modo nos lleva al peligro de abstenernos de dar aplicación al artículo 21 de la Carta Fundamental. Ciertamente una interpretación de esta clase, contraria a la fuerza normativa de la Constitución y al principio de aplicación directa y no mediatizada de sus preceptos, no puede prosperar.

## VI. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, nos interesa consignar lo siguiente:

1. Es posible efectuar alegaciones sustantivas de debido proceso en un recurso de amparo, aunque tal garantía no aparezca nominativamente mencionada en el texto del artículo 21 de la Constitución.
2. La posibilidad racional del imputado de ejercer el derecho a defensa, garantía considerada inviolable por el fallo de la Corte de Santiago, nace precisamente de que una persona que presta declaración ante el juez de la causa sea tratada como tal y, consecuentemente, exhortado a decir verdad. Y ciertamente que no sea forzado a declarar bajo juramento contra sí mismo, práctica contraria a la Constitución.
3. Como Piña Rochefort hace un par de años, sostenemos que afirmar que en sede de amparo resulta improcedente efectuar alegaciones de fondo es un error.

## BIBLIOGRAFÍA

- BORDALÍ, Andrés (2003): *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Fallos del Mes, Santiago.
- CEA, José Luis (2002): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I. (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).
- (2004): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II. (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CERDA, Carlos (1992): *Juris Dictio* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile). KÜNSEMÜLLER, Carlos (2007): "Las Actuales Relaciones entre Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo", en ROMERO, Alejandro (coord.) *Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros* (Santiago: LexisNexis).
- NÚÑEZ, Manuel Antonio (1997): "La Protección de los Derechos Fundamentales en el Régimen Jurídico Chileno. Las Acciones de Amparo, Protección e Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad", en GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín, José Ignacio MARTÍNEZ y Manuel Antonio NÚÑEZ, *Lecciones de Derechos Humanos* (Valparaíso: EDEVAL).
- NOGUEIRA, Humberto (2006): *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos* (Santiago: Librotecnia).
- *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* (Santiago: Librotecnia).
- PIÑA, Juan Ignacio (2006): "¿Alegaciones de Fondo en un Recurso de Amparo? Comentario de Sentencia de Corte Suprema, de 1 de agosto de 2005. Rol 3630-2005", en FERMANDOIS, Arturo y Rodrigo DELAVEAU (eds.) *Sentencias Destacadas 2005* (Santiago: Libertad y Desarrollo).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2008): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- TAVOLARI, Raúl (1995): *Habeas Corpus* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- "El Debido Proceso", en *El Proceso en Acción* (Santiago: Editorial Libromar Ltda.).
- VERDUGO, Mario, Emilio PFEFFER y Humberto NOGUEIRA (1994): *Derecho Constitucional*, Tomos I y II. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- VIVANCO, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II. (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).
- ZAPATA, Patricio (2001): "La interpretación de la Constitución", en 17 *Revista Chilena de Derecho*.