

LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y
LA PRESUNCION DE VOLUNTARIEDAD.
ANALISIS CRITICO DEL ARTICULO PRIMERO
DEL CODIGO PENAL FRENTE A LOS PRECEPTOS
QUE EN CHILE PROCLAMAN COMO PRESUNCION
LA INOCENCIA*

ALEXANDER GALLAHER HUCKE

I INTRODUCCION

El 29 de abril de 1989 comenzó a regir en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, cuyo artículo 14 párrafo 2 consagró expresamente y con indiscutible carácter vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, por primera vez durante la vigencia del Código Penal, la regla según la cual a ninguna persona debe pensarse ni considerarse responsable de un delito sino cuando los presupuestos de su responsabilidad penal han sido legalmente establecidos en un proceso judicial concluido previamente por sentencia condenatoria de término, usual-

* El presente artículo corresponde a la versión resumida de la Memoria de Licenciado del mismo título expuesta por su autor en el V Congreso Universitario Latinoamericano de derecho penal y criminología, celebrado entre el 12 y el 15 de mayo de 1993 en Santiago de Chile.

mente denominada *presunción o principio de inocencia, o principio de presunción de inocencia*

En la actualidad, imponen obligatoriamente dicha regla en nuestro derecho, además, las disposiciones contenidas en el inciso primero del artículo 42 CPP y en el párrafo 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o *Pacto de San José de Costa Rica*, imperantes en Chile desde el 6 de diciembre de 1989 y el 5 de enero de 1991, respectivamente.

Aprovechando esta coyuntura, me propongo en el presente trabajo desentrañar la relación jurídica -juzgada antinómica por la mayoría de los autores- entre dichos preceptos y la norma contenida en el artículo primero inciso segundo del Código Penal, en el que se ha querido ver una *presunción* de voluntariedad delictiva, aunque con diversos contenidos.

Asimismo, no se me oculta que la circunstancia anotada constituye un inmejorable pretexto para intentar ofrecer una explicación coherente acerca de la verdadera naturaleza de la norma contenida en el artículo primero inciso segundo del Código Penal, a la vez que una justificación de su arraigada presencia en nuestro ordenamiento jurídico, tanto más resistida en los textos, la cátedra y el foro, cuanto más incomprendido el precepto en sus caracteres esenciales.

II. ANALISIS CRITICO DE LOS PRECEPTOS QUE PROCLAMAN COMO PRESUNCION LA INOCENCIA. EL CARACTER SILOGISTICO Y COMPLEMENTARIO DE LAS NORMAS DE PRESUNCION RELATIVA

La denominada *presunción de inocencia* no es una presunción ni protege la inocencia. Por lo demás, una significativa parte de la doctrina ha puesto ya en evidencia la enojosa impropiedad que supone configurar dicha regla como norma de presunción.

Se ha sugerido que un argumento para privarla de ese carácter lo constituye la frontal contradicción que supondría una tal presunción de inocencia frente a la presunción de culpabilidad en que se basarían, supuestamente, las diversas medidas coercitivas que durante el

proceso puede decretar el juez en contra de la persona y de los bienes del imputado;¹ que la inexistencia de una carga formal de la prueba sobre el órgano acusador es un signo de que en el proceso penal no rige semejante presunción de inocencia;² y que no puede presumirse la inocencia del imputado si la experiencia enseña que el procesado, y con mayor razón el acusado, resulta ser responsable en los más de los casos.³

Todas estas afirmaciones son erradas.

Desde luego, no es cierto que medidas como la detención y el procesamiento importen presunciones en contra del imputado, porque ello supone confundir con estas últimas los meros indicios que verdaderamente exige la ley para decretarlas.⁴ De todas formas, la supuesta existencia de una norma antagónica no tiene por qué ser un signo que hable acerca de la configuración de esa regla como norma de presunción: a lo sumo, plantea una cuestión de compatibilidad

¹ VELEZ, *Estudios de derecho procesal penal* (ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba 1956) 2, p. 26.

² BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal* (trad. Gutiérrez-Alviz y Conradi, Barcelona 1977), p. 265.

³ MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal* (trad. Sentís y Ayerra, ed. EJE, B Aires 1951) I, p. 254, y VELEZ (n. 1), id.

⁴ Esta confusión es evidente en los artículos 113 bis.1, 457 N° 6°, 484.1, y 486.2 CPP, que hacen expresamente sinónimas las expresiones *presunciones* e *indicios*, pero lo es más todavía en el art. 274 N° 2° CPP, que para *someter a proceso* al imputado exige que aparezcan *presunciones fundadas* de su participación como autor, cómplice o encubridor del delito. Baste considerar que el auto de procesamiento importa una decisión de carácter esencialmente provisorio que dicta el juez durante el sumario, en tanto que la presunción judicial constituye un juicio por el que se fija definitivamente un hecho en la sentencia a partir de otros hechos distintos ya probados y apreciados, y que sólo opera, por consiguiente, con posterioridad a la valoración de la prueba y antes de dictar sentencia, esto es, en la fase de fijación formal de los hechos. Además, todavía no se ha reparado en que la lectura literal de ese concepto resulta absolutamente incongruente frente a lo que dispone acertadamente el art. 409 N° 2° CPP, el cual sólo exige *indicios suficientes para acusar* al imputado como autor, cómplice o encubridor.

que deberá ser resuelta de acuerdo a las normas de interpretación legal y que en último término comprometerá su vigencia.

Tampoco es cierto que las presunciones penales impongan la carga formal de probar el hecho contrario al presunto, simplemente porque no existe en el proceso penal la carga formal de la prueba, que supone dispensar al juez de su deber de informarse de oficio y de practicar las diligencias necesarias para la consecución de la certeza acerca de la verdad (véase *infra*, párr. V).

Por último, una norma de presunción no pierde el carácter de tal por que no coincidan el hecho desconocido y la conclusión de la ley en la mayoría y aun en todos los casos concretos que se susciten en un momento determinado: al revés, ello no representa sino el margen de probabilidad contraria que toda presunción lleva envuelta en su juicio deductivo y que precisamente constituye una de sus características más reveladoras.⁵

En la base de esos planteamientos existe probablemente un equívoco conceptual: el de no advertir que las presunciones legales constituyen un particular modo de formular⁶ o de fijar⁷ el supuesto de hecho de una norma legal, de manera que debe mirarse la estructura de la norma, y no sus afinidades, efectos y fundamentos, para atribuirle o negarle ese carácter.

En este sentido, resulta absurdo pretender que consagren una auténtica presunción de inocencia, y menos de carácter *relativo* o *iuris tantum*, preceptos tales como el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("*Toda persona acusada de un*

⁵ En este sentido, véase PASCAL, *De las presunciones*, memoria de prueba Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de Valparaíso (para optar al grado de licenciado de la Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Chile, Valparaíso 1942), p. 165 n.(b): abundando en el tema de la destrucción de la presunción legal relativa, el autor advierte acertadamente que "...siempre se salva la norma, aun cuando en todos los casos concretos que se suscitaren, ella apareciera contradicha. Es una contradicción en concreto, no en abstracto"

⁶ MICHELL, *La carga de la prueba* (trad. Sentis, ed. Temis, Bogotá, 1989), p. 176.

⁷ CARRERAS, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en *Estudios de derecho procesal* (ed. Bosch, Barcelona 1962), p. 370 ss.

delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley") y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o *Pacto de San José de Costa Rica ("Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad")*, sencillamente porque en ellos, y en realidad en todos los preceptos vigentes que dicen presumir la inocencia, se echan en falta las notas características de toda auténtica presunción legal, a saber, su carácter *silogístico* y *complementario*.

1. Desde luego es cierto que carecen de una genuina estructura silogística los diversos preceptos que proclaman como presunción la inocencia, y este solo motivo permite desconocerlos como auténticas normas de presunción. Basta constatar que en ellos se dice presumir la inocencia sin necesidad de llevar a cabo ninguna prueba dirigida a la comprobación de un hecho con valor de indicio, mientras que toda auténtica norma de presunción exige siempre y en todo caso la demostración de un hecho diverso a partir del cual se llega al hecho ignorado.⁸

En realidad, es casi un lugar común sostener que en toda norma de presunción jurídica se presentan explícitamente, como elementos externos, el hecho presunto a deducir⁹ y el indicio o hecho base, e

⁸ En este sentido, véase ROMERO, *La presunción de inocencia* (ed. Aranzadi, Pamplona 1985), p. 44, 46.

⁹ En realidad, es más correcto hablar de *consecuencia presunta* para referir la circunstancia que constituye el objeto de las normas de presunción, porque muchas de éstas presumen, no un hecho, sino la existencia de un derecho o de una relación jurídica. Baste examinar las presunciones de dominio de los arts. 700 CC, 2474 CC, 454.3 CP, 146.3 CPP, y 38º Ley 18.290 (del Tránsito). Obsérvese también los arts. 1739.1 y 1745.1 CC, que presumen *sociales* todos los bienes que existieren al disolverse la sociedad conyugal y todos los gastos hechos en beneficio de algún bien propio de uno de los cónyuges. De aquí se sigue que son incompletos los términos con que el art. 47 CC define a las presunciones, aunque no parezca haberse reparado todavía en ello. Con todo, en este trabajo se designará por lo general como *hecho presunto* a la circunstancia que constituye el objeto de la norma de presunción, a fin de evitar confusiones con las que son propiamente las consecuencias o efectos jurídicos de esta última. Sobre las denominadas *presunciones de derecho*, véase el

implícitamente, como elemento interno, la relación que media entre ambos, obtenida de la aplicación de una máxima de la experiencia. El carácter silogístico del precepto radica en que la máxima de la experiencia permite juzgar como probable el primero de esos hechos sólo si se acredita la certeza del segundo, que de este modo constituye la premisa menor del silogismo, de donde no puede operar como presunción jurídica la norma en que este último no se encuentre presente.

Como los preceptos en que ha querido verse una presunción de inocencia apenas se limitan a formular la afirmación consecuente (la inocencia del acusado o inculcado de un delito o infracción), callando el antecedente de donde la derivan, parece correcto que ya por este concepto se los desconozca como auténticas normas de presunción.¹⁰

2. Además, sin embargo, todas las normas de presunción *relativa* tienen un carácter complementario, en el sentido de que el hecho que dicen presumir constituye siempre uno de los elementos integrantes del supuesto de hecho de otra norma de carácter material o sustantivo.¹¹ Ya que el indicio se mira como equivalente al hecho

completo estudio de ROSENBERG, *La carga de la prueba* (trad. Krotoschin, ed. Ejea, B. Aires 1956), p. 203 ss.

¹⁰ Podría objetarse que el hecho base o indicio de la presunción de inocencia lo constituye la inculpación, acusación o, en general, la imputación criminal. Desde luego, semejante presunción sería absurda, pero ya se ha dicho que siguen siendo presunciones legales las que deducen un juicio de probabilidad lógicamente incorrecto a partir de una determinada regla de experiencia. La razón por la que resulta del todo inadmisibles considerar a la imputación como indicio de ésta o de cualquier presunción, es más bien que ésta última debe construirse siempre sobre uno o más hechos anteriores y externos al proceso, y la imputación (o la inculpación o la acusación) no es siquiera un *hecho* en el sentido del derecho de la prueba, sino que propiamente constituye el resultado de un trabajo mental del juez, logrado a base de una estimación jurídica y plasmado en una resolución judicial.

¹¹ El carácter complementario que es inherente a las normas de presunción *relativa* se hace evidente en aquellas genuinas normas de este tipo que consagra el CC. Así, entre otros, el art. 64 presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, hecho que el art. 59 estima relevante para constituir el domicilio; el art. 80 presume la muerte del individuo, hecho que constituye el supuesto exigido por el art. 78 para poner término a su existencia legal; el art. 183.2 presume el conocimiento que tuvo

presunto que necesita la norma material para producir sus efectos jurídicos, la norma de presunción permite que ella ordene la conducta de sus destinatarios no sólo partiendo del supuesto *genuino* en que consiste el hecho presunto, sino, en su defecto, o en caso de no tenerse certeza sobre él, del supuesto de hecho *supletorio* en que verdaderamente consiste el indicio.¹²

En otros términos, las normas de presunción sólo presumen hechos que son relevantes para que otra norma produzca sus efectos jurídicos o, como se diría más técnicamente,¹³ que son la característica definidora del efecto jurídico de otra norma.

Por eso se dice que las presunciones legales relativas constituyen un modo de formular o de fijar el supuesto de hecho (*genuino*) de un precepto material o sustantivo, e igualmente por ello es que está bien que de una vez se reconozca categóricamente que es de carácter sustancial, y no procesal, la función principal de las mismas, a saber, la de servir de regla jurídica para la aplicación del derecho objetivo a ciertos casos concretos.¹⁴

el marido del parto de su mujer, hecho que el mismo art. 183.1 estima relevante a los efectos de computar el plazo de que dispone para impugnar la legitimidad del hijo; el art. 540 presume el descuido habitual en la administración del tutor o curador, hecho que constituye el supuesto que exige el art. 539 para removerlo de su puesto.

¹² El carácter supletorio del indicio ha sido reconocido por la doctrina (cfr. CARRERAS, n. 7, p. 376) y la jurisprudencia (CS, 24 de agosto de 1960: *RDJ*, t. 52, 1960, 2ª pte., sec. 4ª, p. 184), y se lo puede constatar en las genuinas presunciones establecidas en la ley positiva. Así, merced a la norma de presunción del art. 540 CC, el precepto del art. 539 N° 4 CC producirá todos sus efectos jurídicos (remoción del tutor o curador) aun cuando exista duda sobre si se dio o no en la realidad el supuesto genuino (actos repetidos de administración descuidada), en cuanto se tenga certeza de un hecho distinto y ajeno a él, cual es el deterioro de los bienes administrados o la considerable disminución de sus frutos.

¹³ Cfr. ROSENBERG, (n. 9), p. 183

¹⁴ Véase DEVIS, *Teoría general de la prueba judicial* (ed. Zavalia, B. Aires 1988) 2, p. 695, 697, y CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil* (trad. Casais y Santaló, ed. Reus, Madrid s.d) 1, p. 163. Así, ejemplifican estos autores, cuando la ley presume que el poseedor de una cosa determinada es su dueño, éste goza de todas las facultades del dominio aun fuera del proceso y con entera independencia del mismo.

Naturalmente, nada de esto acontece con los preceptos que proclaman como presunción la inocencia, porque ocurre que el hecho que dicen presumir (la inocencia) no es subsumible en la hipótesis fáctica de ninguna norma material o procesal como supuesto constitutivo de sus efectos jurídicos.¹⁵ Además, ¿de qué inocencia se trata? ¿Se presume acaso que el imputado no ha participado materialmente en el hecho punible, o también se presume que no le es moralmente imputable? ¿o ambas cosas a la vez?¹⁶

III. LA DENOMINADA PRESUNCION LEGAL DE VOLUNTARIEDAD. CARACTERISTICAS DEL INDICIO O HECHO BASE DE TODA PRESUNCION LEGAL RELATIVA. LOS EFECTOS PROCESALES DE ESTA ULTIMA

También por una razón estructural, no es una auténtica norma de presunción la contenida en el inciso segundo del art. 1° CP ("*Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario*").

De ella se ha dicho que establece una presunción de carácter simplemente legal que puede ser destruida mediante la prueba de la involuntariedad del acto. Esto ha sido repetido como un artículo de fe por la doctrina y la jurisprudencia, y verdaderamente llama la

15 Sólo el CPP se refiere expresamente a ella en los artículos 329, 356.3, 396, 408 N° 3, 448.1, 484.2, y 657 N° 4, pero dichas disposiciones no ordenan ninguna conducta a partir de la inocencia como supuesto. Esto se aplica sobre todo a los artículos 356.3, 396 y 408.3, en los que no se exige la inocencia, sino el claro establecimiento o reconocimiento de la inocencia, para producir sus efectos jurídicos.

16 En mi concepto, el legislador nacional parece entender a la inocencia únicamente como una consecuencia de la no participación material del imputado en el hecho punible, de acuerdo al número 3° del art. 408 CPP en relación con los números 2° y 4° del mismo precepto, al *iter lógico* de este último, y al art. 546 N° 6° CPP. Al respecto, véase, del autor, "*La presunción de inocencia y la presunción de voluntariedad*", memoria de prueba Escuela de Derecho Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso 1993), p. 8 n. 20.

atención que todavía no se haya reparado en el gran equívoco que supone configurarla como tal

Probablemente se deba a que la doctrina ha estado demasiado ocupada en disputar sobre el contenido del precepto como para fijarse en su estructura (véase *infra*, párr IX), y a que esta última presenta formalmente, al menos, el carácter silogístico y complementario de toda auténtica norma de presunción relativa: de una acción u omisión penada por la ley (que valdría como hecho base o indicio) se juzga probable su voluntariedad (que resultaría ser la consecuencia presunta), la cual a su vez integra el supuesto de una norma diversa contenida en el inciso primero del mismo artículo ("*Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley*"). Todo ello, sin perjuicio de una prueba en contrario ("*a no ser que conste lo contrario*").

En realidad, sin embargo, el precepto contenido en el inciso segundo del art. 1º CP no tiene la estructura ni surte los efectos de una genuina norma de presunción relativa.

1 Obsérvese, primeramente, que el indicio o hecho base de toda auténtica norma de presunción relativa nunca integra el supuesto o hipótesis fáctica de la norma material complementada por ella.¹⁷ Dicho de otro modo, el indicio no es relevante para que esta última produzca sus efectos jurídicos: éstos se vinculan siempre y en todo caso al hecho presunto, que sigue siendo el supuesto de hecho genuino de la norma material y respecto del cual se mira al indicio tan sólo como un hecho equivalente.

Por eso se dice que el indicio tiene un carácter puramente instrumental: cumplida su labor como instrumento de fijación del hecho presunto, pierde toda relevancia en la subsunción y sólo este último figura como supuesto de hecho de la norma material aplicable.

Así, el supuesto o hipótesis que exige la norma del art. 539 N° 4 CC para producir sus efectos jurídicos (autorizar la remoción del tutor o curador) consiste en que el tutor o curador haya ejecutado

¹⁷ Cfr. ROSENBERG (n. 9), p. 183, para quien el "*presupuesto de la presunción (llamada base de la presunción) debe ser siempre una circunstancia fuera del estado de cosas que produce el efecto jurídico en cuestión*"

actos repetidos de administración descuidada. Como al legislador se le alcanza que este supuesto puede ser difícil de acreditar, lo presume en el artículo siguiente por el hecho de deteriorarse los bienes administrados o de disminuirse considerablemente sus frutos.

Estos hechos indiciarios son por completo ajenos a la norma del art. 539 N^o 4, en el sentido de que ésta no los requiere para producir sus efectos jurídicos. La prueba es que la norma puede surtir sus efectos jurídicos aun si no se acredita la concurrencia de tales hechos (en la medida en que se pruebe directamente el descuido y su habitualidad) y puede no surtir sus efectos jurídicos aun si se acredita su concurrencia (en la medida en que se pruebe la diligencia en la administración del tutor o curador y su irresponsabilidad en el deterioro de los bienes o la disminución de sus frutos).¹⁸

Esta característica del indicio es todavía más evidente en las normas de presunción relativa que definen un elemento integrante de algún tipo penal. A nadie se le ocurre suponer que la tenencia de la cosa robada o hurtada, que es el indicio a partir del cual el art. 454.1 CP presume la autoría de la conducta de apropiación tipificada como delito de robo y de hurto por el art. 432 CP, constituye un elemento de dichos tipos. A pesar de la presunción, la conducta de apropiación sigue siendo el supuesto que produce los efectos jurídicos de la

18 Lo mismo ocurre con los hechos que regulan como indicios los arts. 64 CC (la apertura de un establecimiento o la aceptación de un cargo o empleo en un lugar no constituyen un supuesto que el art. 59 CC exija para *domiciliar* allí a una persona); 853.2 CC (el integro cerramiento de cada propiedad contigua no es un requisito que exija el art. 852 CC para que gocen del *derecho de medianería* los dueños de corrales, jardines y campos colindantes); 700.2 CC (la posesión no es un supuesto de existencia del *derecho real de dominio* definido en el art. 582 CC); 183.2 y 183.3 CC (la residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo o la fecha de regreso del marido ausente a la residencia de la mujer no son hechos que el art. 183.1 exija probar para que el juez admita a tramitación la impugnación de legitimidad, al cual sólo le basta constatar por cualquier medio *el día en que el marido tuvo conocimiento del parto* y si el plazo transcurrido desde entonces excede o no los sesenta días); 1188 CCm (la ausencia de noticias de una nave durante un plazo razonable no es un elemento que tome en consideración el art. 1187 CCm para definir la *pérdida total efectiva* en el contrato de seguro marítimo).

norma; de la tenencia, que por sí misma es irrelevante para producirlos, sólo se juzga probable que dicho supuesto exista.¹⁹

La diferencia con el precepto del art. 1.2 CP es evidente. Mientras las auténticas normas de presunción relativa regulan como indicio a un hecho distinto de los que constituyen el supuesto de la norma material aplicable, en el art. 1.2 CP el indicio está constituido por dos hechos que precisamente integran el supuesto del precepto subyacente al art. 1.1 CP.

En efecto, en el supuesto de la norma contenida en el art. 1.1 CP entran tres hechos hipotéticos: el de haberse ejecutado una acción u omisión, el de estar penada por la ley, y el de ser voluntaria. La norma del inciso segundo regula a los dos primeros hechos como indicios del tercero, es decir, determina que se tendrá por establecida la voluntariedad de una acción u omisión penada por la ley cuando se acredite o conste, precisamente, la acción u omisión penada por la ley

2. Esta peculiar estructura del precepto trae aparejados unos efectos procesales que son decididamente distintos de aquéllos que se siguen de las auténticas normas de presunción relativa.

Si se las mira bien, en las presunciones legales relativas la carga de la prueba viene siempre referida al hecho presunto y no al indicio, que no es sino su instrumento de fijación.²⁰ Esto quiere decir que la

¹⁹ Véase, también, los arts. 444 CP (la conducta de introducirse a los lugares y con los medios allí señalados no es parte de la conducta de *apropiación* en que consiste el delito de robo tipificado por el art. 432 CP, de donde por sí misma no puede constituir una tentativa de aquél, en los términos del art. 7º. 3 CP); 454.4 CP (el hecho de comerciar habitualmente en la compra y venta de especies usadas no es uno de los supuestos que exige ese mismo inciso para atribuir la calidad de cómplice del delito de robo o hurto, la que sólo depende de dos circunstancias: comprar, recibir a cualquier título, o tener materialmente la cosa robada o hurtada, y *saber o no poder menos de conocer su origen*). De más está decir que los hechos regulados como indicios por los arts. 483 y 492 CP no tienen nada que ver con los elementos integrantes del delito de incendio y del cuasidelito de lesiones u homicidio ocasionado por vehículos de tracción mecánica o animal.

²⁰ Así, en el ejemplo propuesto, a nadie se le ocurre decir que la parte que quiere valerse de la norma del art. 539 Nº 4 CC para remover al tutor o curador se encuentra gravada con la carga de probar que los bienes administrados han sufrido

parte que solicita la aplicación de la norma sustantiva siempre conserva la carga formal y material de probar el hecho presunto,²¹ con lo que no es cierto que las presunciones produzcan una inversión,²² una dispensa,²³ o un alivio²⁴ de la carga de la prueba.

En realidad, ya se ha visto que la existencia de una norma de presunción no obsta a que el hecho presunto siga siendo el supuesto relevante para que la norma sustantiva produzca sus efectos jurídicos. La única particularidad es que la parte gravada con la carga de probar el hecho presunto puede satisfacerla probándolo directamente

deterioros o han disminuido considerablemente sus frutos, de manera que no pueda obtener su aplicación de no acreditar estos hechos. Esta última sólo dejará de aplicarse si no se acredita su supuesto genuino, esto es, los actos repetidos de administración descuidada de dichos bienes, bien que se lo demuestre directamente o a través de la prueba del deterioro de los bienes o de la considerable disminución de sus frutos, que no son sino *indicios* de que dicho supuesto se ha producido

- 21 En efecto, es la parte favorecida por la presunción, y no la perjudicada, la que se encuentra expuesta a sufrir las consecuencias desfavorables a su pretensión si no se fija formalmente en la sentencia el hecho presunto (*carga material de la prueba*), bien que se lo fije merced a su prueba directa o indirectamente a través de la prueba del indicio, de donde es a ella a quien incumbe la necesidad jurídica de aportar los medios de prueba para acreditarlo (*carga formal de la prueba*).
- 22 Baste constatar que la parte perjudicada por la presunción tiene la carga de probar un hecho distinto que alega en su favor -el *contrario* al presunto- de donde no hay traslado o inversión de la carga de probar el hecho presunto
- 23 En realidad, la presunción no releva o exonera de la carga de probar el hecho presunto, porque ya se ha visto que la parte favorecida por ella deberá siempre y en todo caso desplegar una actividad probatoria enderezada a demostrar, al menos, el o los indicios.
- 24 En estricto rigor, la presunción no produce ningún alivio de la carga probatoria con que se encuentra gravada la parte favorecida, porque ya se ha visto que en realidad no existe propiamente una carga de la prueba del indicio: ésta se encuentra embebida en la carga de la prueba del hecho presunto, pues el indicio no se mira sino como equivalente a éste y sólo tiene por función servir de instrumento de fijación del mismo. De esto se desprende que la parte favorecida por la presunción siempre conserva una única carga probatoria, cual es la referida al hecho presunto, y el mejor signo es que si no demuestra el indicio se expone al riesgo de que no se fije formalmente en la sentencia, no el indicio, sino el hecho presunto, y de que consiguientemente no se aplique la norma material de que este último forma parte. En contra. Pascal (n. 5), p. 72, 172 s

o indirectamente a través de la prueba del indicio, de donde resulta que el verdadero efecto procesal de las presunciones no consiste sino en que duplican el objeto de la prueba, y en este sentido la simplifican.

De todo esto se sigue que si no se acredita la certeza del indicio, la norma material deviene inaplicable no por la incerteza del indicio, sino por la falta de fijación formal del hecho presunto.²⁵

Así, si la única prueba rendida fue insuficiente para demostrar el deterioro de los bienes administrados por el tutor o curador o la considerable disminución de sus frutos, la norma del art. 539 N^o 4 CC resulta inaplicable no por faltar la certeza de esos hechos, sino porque no existe constancia de que el tutor o curador haya ejecutado actos repetidos de administración descuidada, único supuesto que autoriza su remoción.

Precisamente lo contrario de lo que ocurre con el precepto contenido en el art. 1^o CP.

En efecto, la falta de certeza respecto del supuesto indicio (*acción u omisión penada por la ley*) torna inaplicable la norma del art. 1.1 CP no porque haya quedado incierta la *voluntariedad* en que consistiría el hecho presunto, sino por la propia incerteza del supuesto indicio. Ello, debido a que este último constituye uno de los supuestos de la norma material.

IV PERFIL HISTORICO DE LOS PRECEPTOS EN QUE HA QUERIDO VERSE PRESUNCIONES DE INOCENCIA Y DE VOLUNTARIEDAD

La razón de que se haya considerado como presunciones a preceptos que no reúnen sus características, cuyo es el caso de las normas en que se ha querido ver presunciones de inocencia y de voluntariedad, debe buscarse sobre todo en las fuentes de donde ellos han sido recogidos. Aunque también está claro que la razón de que toda-

25 CARRERAS (n. 7), p. 388.

vía hoy se los siga calificando como tales obedece, únicamente, a la formidable confusión doctrinal que existe en torno de las presunciones.²⁶

1 El primer texto legal que formuló como *presunción* la inocencia fue en realidad el art. 28. V, de la Ordenanza Criminal francesa de 1670, o *Código Criminal de Luis XIV* ("*Omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*"). con lo que no es cierto que su consagración legislativa más remota sea el célebre art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,²⁷ como se ha pretendido. El empleo de dicha dicción pudo ser motivado por las elaboraciones doctrinarias de algunos comentaristas medievales, que ya en esa época mandaban *presumir* inocente a quien cuya nocividad no se prueba,²⁸ y por las atávicas citas jurisprudenciales romanas sobre

26 Baste constatar las polares discrepancias que aún se suscitan en torno de su propio concepto y naturaleza. Mientras unos consideran que la presunción es una *acción* consistente en un razonamiento (CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago 1898, I, p. 164) o actividad intelectual (SERRA, *Estudios de derecho procesal*, ed. Ariel, Barcelona 1969, p. 702) o, más concretamente, en un juicio probable (PASCAL, n. 5, p. 47) o lógico (DEVIS, n. 14, 2, p. 694) o de probabilidad (CARRERAS, n. 7, p. 370), otros piensan que constituye más bien el *resultado* de semejante juicio, y la definen como una consecuencia que extrae la ley o el magistrado (MARCADE, *Explications du Code Civil*, ed. Delamotte, Paris 1873, 5, p. 158) o el fruto de un razonamiento lógico de deducción (PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*, ed. Tecnos, Madrid 1975, I, p. 140, 182) o como una circunstancia probabilísima tenida como cierta (ELLERO, *De la certidumbre en los juicios criminales*, trad. Posada, ed. Reus, Madrid 1953, p. 39). Del mismo modo, mientras unos le atribuyen naturaleza procesal (ROMERO, n. 8, p. 45, y GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid 1961, p. 428), otros la consideran como un precepto sustantivo (DEVIS y CHIOVENDA, n. 14), e incluso alguno le asigna una naturaleza híbrida (DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, ed. Valerio Abeledo, B. Aires 1939, p. 120).

27 "*Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley.*"

28 MANZINI (n. 3) I, p. 254, atribuye al comentarista P. Ghirlandus el apotegma "*Innocens praesumitur, cuius nocentia non probatur*", aunque le asigna un sentido por completo diverso del que se atribuyó más tarde a la denominada presunción de inocencia: con él se quería significar, en su concepto, que únicamente al absuelto por

que éstos trabajaban.²⁹ El hecho es que merced al carácter universalista de la declaración de 1789 ha sido repetida desde entonces en infinidad de instrumentos internacionales y textos constitucionales.³⁰

Lo que parece seguro, en cambio, es que la decisión de recurrir a la figura de una presunción para regular la condición jurídica del imputado obedeció al equívoco que durante mucho tiempo llevó a confundir las presunciones con las reglas de carga de la prueba, colocando a aquéllas como base de toda distribución de las consecuencias de la falta de certeza en el proceso.³¹ De hecho, la fórmula de presunción de inocencia fue desarrollada a partir del principio del *in dubio pro reo* (véase *infra*, párr. VII), con que desde antiguo se otorgó al juez penal una regla para fallar cuando no pudiera formar su convicción a favor de ninguna de las partes, el cual incluso ha

cualquier motivo debía presumirse inocente, pero en caso alguno al imputado durante el curso de la instrucción o del juicio.

29 "Quilibet praesumitur bonus donec contrarium probetur". Cfr. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal* (trad. González del Alba, ed. Hijos de Reus, Madrid 1916), p. 112.

30 La fórmula de presunción de inocencia la emplean los arts. XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 2 de mayo de 1948), 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Paris, 10 de diciembre de 1948), 6.2 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o *Pacto de San José de Costa Rica* (San José, 22 de noviembre de 1969), y 7.1 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos o *Carta de Banjul* (Nairobi, 27 de julio de 1981). También emplean esta dicción, en el ámbito hispanoamericano, las constituciones políticas de Bolivia (art. 16), Ecuador (art. 16), El Salvador (art. 12), Paraguay (art. 63), Nicaragua (art. 34.1), Panamá (art. 22), y España (art. 24.2).

31 Para explicarlo con ROSENBERG (n. 9), p. 180, se pensaba que si la carga de la prueba recaía sobre el demandante, era porque una presunción estaba en favor del demandado, y cuando incumbía al demandado, era porque la presunción la tenía en su favor el demandante. Al respecto, véase la síntesis que de esta tendencia formula HEDEMANN, *Las presunciones en el derecho* (trad. Sancho Seral, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1931), p. 137 ss.

sido considerado nada más que como una traducción al proceso penal del principio civilista de la carga de la prueba.³²

La CPRCh de 1980 no recogió esta enojosa fórmula dentro de los elementos que su art. 19 N° 3 desarrolla como manifestaciones del principio del debido proceso, no obstante que el anteproyecto constitucional preparado por la Comisión de Estudios la había incorporado al inciso sexto del artículo que se ocupaba de esta última garantía, también signado como 19 N° 3.³³ En realidad, salvo las excepciones del art. 3° de la Constitución Provisoria de 1818 ("*Todo hombre se reputa inocente, hasta que legalmente sea declarado culpable*") y, recientemente, del art. 6.4 del DS de Justicia N° 1771 (*Reglamento de Establecimientos Penitenciarios*), el legislador nacional ha tenido el acierto de no regular bajo esta equívoca fórmula la situación procesal del imputado.

2. Por su parte, del mismo modo en que el art. 1° CP constituye una transcripción literal de la disposición que con idéntica numeración consagraban los códigos penales españoles de 1848 y 1850, la idea de ver en él una norma de presunción fue tomada de la doctrina que se gestó en España en torno de estos dos últimos textos normativos.

Es cierto que FUENSALIDA³⁴ advirtió tempranamente que el CP tenía motivos para *presumir* en su art. 1° que son voluntarias las acciones u omisiones penadas por él, "*porque es propio de la naturaleza humana obrar voluntariamente*", y también lo es que FER-

32 Cfr. DEVIS (n. 14) 1, p. 440, para quien la regla sobre la carga de la prueba "*en lo penal se aplica a través del clásico principio in dubio pro reo*".

33 Dicho inciso, del cual el proyecto constitucional del Consejo de Estado conservó únicamente su última frase, prescribía que "*toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad en conformidad a la ley. Esta no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*".

34 FUENSALIDA, *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno* (Lima 1883) 1, p. 10.

NANDEZ³⁵ distinguió en él una presunción legal, "esto es, que admite prueba en contrario" Pero mucho antes dijo lo mismo PACHECO³⁶ a propósito de la codificación española de 1850, y antes de éste lo advirtieron GARCIA GOYENA y AGUIRRE.³⁷ Incluso se la concebía ya como una auténtica presunción *juris tantum* hacia la época de redacción del CP chileno, según lo testimonian los comentarios de GROIZARD³⁸ y VIADA³⁹ al código español de 1870.

En realidad, la idea de una presunción legal de voluntad criminal rondó a la doctrina española desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1822, cuyo art. 1º es el antecedente directo de su homólogo de 1848.⁴⁰ En él parece haber encontrado PACHECO⁴¹ un argumento de texto con que afirmar resueltamente, bastante antes del código de 1848, que la ley presumía la libertad y la intención (y dentro de ésta, en su concepto, la inteligencia). Esta lectura de la norma pudo ser influida por la penalística alemana de la época, que ya venía desarrollando la teoría de una presunción de voluntad crimi-

35 FERNANDEZ, *Código Penal de la República de Chile explicado y concordado* (Santiago 1899), p. 63.

36 PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado* (Madrid 1881) 1, p. 79, concluía categóricamente, ya en la primera edición de esta obra (1848 y 1850), que "no es, pues, otra cosa este precepto que la declaración de una presunción legal"

37 GARCIA GOYENA y AGUIRRE, *Febrero reformado* (ed. Gaspar y Roig, Madrid 1852) 5, p. 33.

38 GROIZARD, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado* (ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid 1923) 1, p. 53.

39 VIADA Y VILASECA, *Código Penal reformado de 1870* (Madrid 1890) 1, p. 19

40 *Artículo 1º. Comete delito el que libre y voluntariamente, y con malicia, hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley se entenderá haber voluntad y malicia, mientras que el infractor no pruebe, o no resulte claramente lo contrario"*

41 PACHECO, *Estudios de derecho penal* (Madrid 1868), p. 60-61,64. Las lecciones recopiladas en esta obra fueron pronunciadas en el Ateneo de Madrid entre 1839 y 1840.

nal, y específicamente de dolo, a partir de un precepto positivo entonces vigente (art. 43 del Código Penal bávaro de 1813),⁴² que precisamente recogió más tarde Tejedor para elaborar el discutido art. 8º de su proyecto de Código Penal argentino de 1865-68.⁴³

Tales parecen ser los más remotos antecedentes legislativos verdaderamente fiables, porque resulta de alguna manera aventurado remontar el precepto al Fuero Juzgo, según se ha pretendido,⁴⁴ y ya se ha advertido con suficiente elocuencia que el derecho romano no conoció nada semejante.⁴⁵

En lo que aquí interesa, puede decirse que este equívoco de la doctrina española, que con toda seguridad pasó a la chilena fundamentalmente a través de PACHECO, de enorme influencia en la Comisión Redactora del Código Penal y en sus primeros comentaristas

42 "Art. 43. En un hecho probadamente ilícito contra una persona se presumirá legalmente que el mismo sea realizado con dolo antijurídico, en tanto que, de las circunstancias particulares, no resulte la certeza o probabilidad de lo contrario".

43 Cfr. ARANCIBIA, *Presunción general de voluntariedad jurídica*, en *Revista de derecho penal* (ed. EDIAR, B. Aires 1948). El art. 8º del Proyecto establecía que "toda acción criminal se presume legalmente cometida con voluntad criminal, a no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares de la causa".

44 Véase SALDAÑA, citado por ARANCIBIA (n. 43), p. 298, quien se vale de un argumento a *contrario sensu* para remontar sus orígenes hasta el Libro VI, Tit. V, Ley V, del Fuero Juzgo, que disponía: "Si algún omne libre, que quería meter paz entre algunos omnes que lidiaban, e pende y muerte, e aquel le mató pudiere provar por juramiento, o por buenos testigos, e muchos, que non quiso ferir ni matar por su grado... o si pudiere purgar por su sacramento, o por testigos, que non ovia voluntad de lo ferir, sin de le fazer mal; non sea tenuto del homicilio, nin deve morir, ca non le mató por su grado". En realidad, hoy resulta inadmisibles seguir explicando una simple distribución de la carga de la prueba, que no otra cosa es el pasaje transcrito, como reflejo de una o más presunciones. Tal como todavía hoy procede en casi todos los casos la ley, el texto español sólo ponía de cargo del imputado la prueba de un hecho impeditivo (la involuntariedad), exponiéndolo a unas consecuencias desfavorables (la condena) si no la aportaba. Reglas de carga de la prueba como éstas contribuyen a formar la convicción del juez (indicándole cómo fallar en caso de duda) y por eso pertenecen siempre al derecho procesal. En cambio, las presunciones no le dictan al juez dudoso el contenido de su sentencia: sólo son expedientes de técnica legislativa y pertenecen, por lo mismo, al derecho sustantivo.

45 Cfr. MITTERMAIER (n. 29), p. 114.

tas, resulta excusable por el estado en que entonces se encontraba la teoría de las presunciones, que no permitía perfeñar todavía las consideraciones que actualmente se emplean para juzgarlas.

Lo mismo cabe afirmar de los primeros textos doctrinales que defendieron la existencia de una auténtica presunción de inocencia.

V. LA RESOLUCION DE LA DUDA Y LA REGLA DE CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Hasta aquí se ha dicho por qué no constituyen auténticas normas de presunción los preceptos que regulan con esa dicción a la inocencia y a la voluntariedad. Resta saber todavía lo que dichos preceptos son.

Algo se adelantó al recordarse la tendencia que desde antiguo ha llevado a asimilar las presunciones y las reglas sobre carga de la prueba (véase *supra*, párr. IV). Si por una parte resulta inadmisibles seguir poniendo a las auténticas presunciones por base de estas últimas, por otra es evidente que las denominadas presunciones de inocencia y de voluntariedad -que en realidad no son presunciones- si tienen mucho y muy estrechamente que ver, en cambio, con el problema de cómo debe fallar el juez cuando la prueba falta o es insuficiente para formar su convicción a favor de uno u otro de los litigantes, a que se refiere el dogma de la carga de la prueba. Es decir, con el problema de la duda en el proceso penal.

Si se mira bien, la duda en el proceso puede dar lugar a un pronunciamiento formulado dubitativamente (en este sentido, recuérdese el principio medieval de la *absolutio ab instantia*)⁴⁶ o derechamente a una abstención del pronunciamiento de fondo (según la fórmula

46 Por el cual la sentencia que absolvía al imputado por falta de pruebas reservaba al tribunal, a la vez, la facultad de reabrir en cualquier tiempo la instancia si nuevos datos lo autorizaban como necesario. Esta institución pervive todavía en el sobreseimiento temporal del art. 409 N° 3 y N° 5 CPP, como por lo demás se encarga de confirmarlo expresamente el art. 501 CPP, y en realidad subyace a todas las demás causales por las que dicho artículo permite sobreseer temporalmente. Para un completo estudio de la absolución de la instancia en el derecho alemán y español, véase MITTERMAIER (n. 29), pp. 350 ss, 431 s.

romana del *non liquet*), actitudes que podrán conformarse con una concepción elevada de la justicia (*in dubiis absteine*), pero que en la práctica insidían la seguridad de las relaciones interpersonales y de los estados de hechos en la vida social.

De esto se sigue que es una consideración de seguridad jurídica la que impone al juez el deber, por lo demás recogido en los arts. 73.2 CPRCh y 10.2 COT, de decidir igualmente en cuanto al fondo tanto las situaciones reguladas de manera confusa o no reguladas del todo por la ley, como aquéllas cuyos elementos fácticos no hayan sido comprobados con certeza durante el proceso.⁴⁷

Bajo el primer aspecto, la plenitud del orden jurídico le permite al juez aplicar en todo caso una norma jurídica formalmente preexistente, recurriendo al auxilio de otras normas que contienen criterios legislados sobre interpretación judicial (arts. 19 al 23 CC) y sobre integración de las lagunas legales (arts. 170 N° 5 CPC y 24 CC).

Bajo el segundo aspecto, las diversas soluciones propuestas históricamente para el grave problema relativo a cómo debe juzgar el juez cuando no puede formar su convicción a favor de alguno de los sujetos litigantes, agrupadas en lo que suele conocerse como la *doctrina de la decisión sobre el hecho incierto* o el *problema de la fijación de los hechos desconocidos*, parecen confluír sin grandes resistencias, por lo menos en el ámbito del proceso civil, en el instituto de la carga de la prueba.

Así considerada, la carga de la prueba viene a concretarse en una verdadera *regla de juicio* para el juez, porque le indica a cuál de

⁴⁷ Con todo, obsérvese que la falta de ley que resuelva el asunto sometido al conocimiento del juez sí es una excusa para dejar de ejercer su autoridad en los actos judiciales no contenciosos, pues los arts. 2° COT y 817 CP.C lo autorizan para actuar sólo en aquéllos "*en que una ley expresa requiera su intervención*". Quizás deba verse en esto una consecuencia natural de que las gestiones voluntarias comportan verdaderamente una actividad *administrativa* y no *jurisdiccional*, lo que obliga a someter su desenvolvimiento -como el de toda actuación de la administración- a los límites que explícitamente le trace la ley. Sobre el carácter propiamente administrativo de las gestiones voluntarias, por demás reconocido ya en buena parte de la doctrina, véase PRIETO-CASTRO, *Trabajos y orientaciones de derecho procesal* (ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1964), p. 586 ss., y SERRA (n. 26), p. 619 ss.

los litigantes debe ser adversa la decisión ante la ausencia de un resultado probatorio cierto, proporcionándole de este modo un criterio útil para dar contenido definitivo a la resolución que tiene el deber ineludible de pronunciar también en ese caso.

Dicho criterio varía según la legislación y el autor. Entre otras soluciones, se ha sugerido atender al principio de normalidad, al efecto jurídico perseguido con los hechos planteados, o a la naturaleza de estos últimos, pero lo cierto es que la mayoría de ellas se resuelve en que el riesgo debe asumirlo la parte que tenía interés en la prueba y sobre todo en la afirmación del hecho relevante.

De esto se sigue que la carga de la prueba también configura indirectamente una auténtica *regla de conducta* para las partes, porque les señala cuáles son los hechos que se encuentran en la necesidad jurídica de probar si no quieren resultar perjudicadas en caso de que el juez, para fallar, deba recurrir a la regla de juicio contenida en ella.⁴⁸

Entendida, por eso, en su doble dimensión de regla de juicio y de regla de conducta, puede adelantarse ya la conclusión de que la carga de la prueba resulta difícil de conciliar con la estructura del proceso penal, lo mismo si éste tiene un carácter predominantemente inquisitorio (*bonapartista*) o acusatorio (*mixto*).⁴⁹

48 Precisamente en este sentido está redactada la regla de carga de la prueba contenida en el art. 1698.1 CC, en cuanto indica que a quien alega la existencia o la extinción de una obligación corresponde evitar que falte la prueba de los hechos en que funda sus afirmaciones, si pretende obtener una decisión favorable basada en una u otra de esas circunstancias.

49 *El sistema acusatorio formal, o mixto, como se lo suele denominar impropriamente (porque todos los sistemas lo son), se caracteriza, en general, por que las funciones de investigar y de acusar se encuentran entregadas a uno o más órganos públicos especializados e imparciales, en tanto que la función de juzgar se reserva para el juez de la causa. En cambio, el sistema bonapartista, tratándose de la generalidad de los delitos, concentra en este último el ejercicio de esas funciones (como ocurre en Chile). Sobre un análisis crítico de las propiedades y denominaciones tradicionales de los sistemas de procedimiento penal, véase *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (informe final), elaborado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos bajo la coordinación de Eugenio R. Zaffaroni (ed. Depalma, B. Aires 1986), p. 167 s.*

En realidad, la naturaleza pública de la pretensión jurídica (mal denominada *pretensión punitiva* o *ius puniendi*)⁵⁰ que subyace a toda acción penal, y la consiguiente ausencia de partes materiales en el proceso penal, sugiere la imposibilidad de *distribuir* entre los diversos sujetos procesales intervinientes, como lo hace la carga de la prueba,⁵¹ las consecuencias de la falta de certeza de los hechos. Estas las soporta siempre y de cualquier manera el Estado, a cuya seguridad repugna tanto la absolucón del responsable, como la condena de quien no lo es.⁵²

Esto vale lo mismo si se considera que en el proceso penal rige una carga *material* (u *objetiva*) y no *formal* (o *súbjctiva*) de la prue-

50 Ya es tiempo de abandonar latinazgos y fórmulas que traen su origen en concepciones anticuadas y por demás reñidas con el sistema jurídico actualmente imperante. El Estado no persigue ciertamente una pretensión punitiva en el proceso penal, porque ello equivaldría a decir que este último tiene por fin la condena a toda cosa. Nada más alejado de su estructura y fundamentos. El proceso penal procura tanto que se absuelva a quien no es responsable, como que se condene a quien lo es, y por eso se dice de él que es incluso una *garantía "sustitutiva" de derechos individuales* (GELSI, *Proceso y garantía de derechos humanos*, en *Revista de derecho procesal iberoamericana* 1, 1971, p. 27). Sobre la improcedencia de esta dicción, véase la crítica de FONTECELLA, *Tratado de derecho procesal penal* (Ed. Jurídica, Santiago 1978) 2, p. 18.

51 Véase CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. Gómez Orbaneja, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1954) 3, p. 104, 110, quien advierte que la distribución de la carga de la prueba se inspira precisamente en un principio de justicia *distributiva* y está íntimamente ligada, por tanto, con la conservación del principio *dispositivo* en el proceso. Así también lo ha fallado la jurisprudencia nacional (véase CS, 15 de junio de 1966, cons. 2º: *RDJ*, t. 63, Nº 2, 1966, 2ª pte. sec. 4ª, p. 157). Con todo, cfr. también ROSENBERG (n. 9), p. 84 quien advierte que para varios autores se trata más bien de una exigencia de justicia *conmutativa*.

52 Cfr. WACH, *Manual de derecho procesal civil* (trad. Banzhaf, ed. Ejea, B. Aires 1977) 1, p. 184, quien advierte certeramente que la razón de ser del principio de distribución de la carga de la prueba "*está en la naturaleza privatística de la causa del litigio*", y MICHELI, *Curso de derecho procesal civil* (trad. Sentís, ed. EJEJA, B. Aires 1970) 2, p. 97, para quien se encuentra "*en la estructura dialéctica del proceso contencioso de cognición*".

ba,⁵³ y que ella no se *distribuye* entre los diversos sujetos procesales intervinientes, a la manera de proceso civil, sino que se *atribuye* íntegramente al juez⁵⁴ o al ministerio público,⁵⁵ en su caso.

La distinción entre carga de la prueba *material* y *formal* es del todo artificial, porque en la práctica es imposible separar sus aspectos subjetivo y objetivo:⁵⁶ como la aplicación de la regla de juicio (aspecto objetivo) ante la incerteza de un hecho supone siempre cargar el riesgo de la falta de su prueba a un determinado litigante, ella configura en todos los casos una auténtica regla de conducta para éste (aspecto subjetivo), con lo que en el fondo se deja igualmente entregada al mero *interés* de uno o más sujetos procesales la suprema pretensión pública de que se sancione al responsable y de que se absuelva a quien no lo es.

En realidad, el juez y el ministerio público actúan la prueba motivados por deberes y no por cargas, y la diferencia no es sólo terminológica: en la carga se obra en interés propio para evitar un riesgo procesal; en el deber la acción probatoria es realizada en interés del proceso y de la justicia.

⁵³ Sobre la base de una verdadera disección por completo artificial del instituto, se reconoce que la investigación de oficio excluye del proceso penal la idea de una carga *formal* o *subjetiva* de la prueba (en el sentido de que los sujetos procesales se encuentren en la *necesidad jurídica* de probar los hechos o actos que fundamentan su pretensión procesal), pero en cambio se afirma la plena vigencia de una regla - carga *material* u *objetiva* de la prueba- que atribuye a alguno o algunos de los sujetos procesales intervinientes las consecuencias de la incertidumbre sobre los hechos constitutivos, modificativos, impositivos o extintivos de la responsabilidad penal.

⁵⁴ PAELLAS, *La prueba en el proceso penal* (Ed. Jurídica, Santiago 1982), p. 59

⁵⁵ BETTIOL (n. 2), p. 266, y MÜLLER, *La carga de la prueba en el proceso penal*, memoria de prueba Escuela de Derecho Universidad de Chile (Ed. Universitaria, Santiago 1963), p. 81

⁵⁶ En este sentido, véase WACH, citado por ROSENBERG (n. 9), p. 23, quien advierte que es imposible prescindir del aspecto subjetivo de la carga de la prueba, la cual "*no se puede imaginar sin la característica de que grave sobre alguien*"

Concedo que todo esto es menos evidente en el proceso incoado por delitos perseguibles mediante acción penal de ejercicio privado (la mal denominada *acción privada* de los arts. 11 y 571 y ss. CPP),⁵⁷ en donde el Estado parece rendir casi por completo al querellante y al querellado el impulso procesal de que goza incontestablemente, en cambio, en los procesos por delitos perseguibles mediante acción de ejercicio público y mediante acción dependiente de instancia privada (las acciones *pública* y *mixta*, así denominadas, de nuevo impropia, por la ley y buena parte de la doctrina).

Sin embargo, me parece que la configuración que en el primero de los procesos mencionados asume la acción penal, sobre la que el querellante tiene verdaderamente un auténtico poder dispositivo,⁵⁸ no embaraza la titularidad que también allí sigue teniendo el Estado de manera exclusiva y excluyente sobre la pretensión penal, adonde en mi concepto debe reconducirse más propiamente la teoría de la carga de la prueba.⁵⁹

Si la ley confía únicamente a un particular la titularidad del ejercicio de una acción penal, ello tan sólo significa que respecto de determinado delito ha subordinado (pero no *enajenado*) la pretensión punitiva del Estado al interés que dicho particular ofendido pueda

57 Porque toda acción, bien que sea civil o penal, es siempre pública, desde que se dirige a un órgano público del Estado.

58 El cual se traduce en que la acción penal de ejercicio privado puede extinguirse por renuncia (art. 28.2 CPP), desistimiento (art. 32 CPP), transacción (art. 30.3 CPP), y por abandono (art. 587 CPP).

59 Por oposición a MICHELI, *La carga* (n. 6), p. 240 n. 66, quien sugiere que la carga del actor se explica reconduciéndola a la concepción de la *actio*. En realidad, la razón de que en el proceso civil recaiga generalmente sobre las partes la carga de probar los hechos que afirman, no es sino que ellos constituyen los elementos fácticos de la *pretensión procesal* de carácter eminentemente *privado* en que cada cual funda sus acciones y sus excepciones. Por el contrario, el juez penal tiene el *deber* de reunir todo el material probatorio (art. 109 CPP), precisamente porque la *pretensión procesal* que funda la acción penal no pertenece a las partes, sino al Estado. En este mismo sentido parece pronunciarse PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal penal* (ed. Tecnos, Madrid 1976), p. 217

tener en que se castigue al responsable.⁶⁰ Lo que grava al particular no es la carga de la prueba, sino del impulso procesal inicial y subsiguiente: aquélla cede frente al deber que sigue teniendo el juez de acordar todas las medidas probatorias que sean necesarias para esclarecer los hechos.⁶¹

⁶⁰ No me parece que obste a ello la circunstancia de que la acusación sea deducida por el querellante y no por el juez en estos procesos (art. 581 CPP), porque la *pretensión penal* no se propone verdaderamente en la acusación (según parecen sugerir QUEZADA, *Derecho procesal penal del sumario*, ed. EDIAR, Santiago 1988, p. 80 y SERRA, n. 26, p. 770, 773), sino más bien en la imputación (véase CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. Sentis, ed. EJE, B. Aires 1950, I, p. 192) que el juez formula formalmente ya a partir del auto de procesamiento (SERRA, n. 26, p. 674). Si la querrela es sólo el *acto preparatorio* de la pretensión penal (SERRA, n. 26, p. 803), la acusación contiene no tanto la proposición de esta última cuanto la *razón* de ella (CARNELUTTI, *id.*, p. 193).

⁶¹ Prueba de lo anterior es que el juez sigue conservando en esta especie de procesos el imperativo de sustituirse a la inactividad probatoria de los sujetos procesales, debiendo mandar que se practiquen "*las diligencias periciales o cualesquiera otras que sean necesarias para la comprobación del delito y la determinación del delincuente*" (art. 578 CPP). Esto vale sobre todo para la célebre *exceptio veritatis* en los delitos de calumnia y en los de injurias dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo o contra otros sujetos a través de los medios de difusión, la prueba de la cual parecen cargar al imputado los arts 415 I CP, 420. I CP y 22° Ley 16.643 (sobre Abusos de Publicidad). La excepción de verdad -que en realidad no es una *excepción* (porque en el proceso penal no cabe hablar de excepciones en el sentido civil de la palabra; véase GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, Madrid 1981, p. 279) ni se refiere a la *verdad* (sino que sólo al acaecimiento de los hechos imputados)- es nada más que un derecho (véase PRIETO-CASTRO, n. 59, p. 362) o, mejor, una facultad procesal que la ley confiere al imputado, y no una carga para él (por lo menos, no una carga de la prueba: a lo más puede verse en ella una carga de *alegación*, según pretende RODRIGUEZ MOURULLO, *La presunción legal de voluntariedad*, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales XIII*, enero-abril 1965, p. 72), como que el art. 578 CPP también tiene plena vigencia en esos procesos (sobre la distinción entre facultades y cargas, véase MICHELLI, *La carga*, n. 6, p. 92, y CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. Alcalá-Zamora y Sentis, ed. Uteha, B. Aires 1944, 2, p. 618).

VI LA REGLA DE JUICIO EN EL PROCESO PENAL. EL *IN DUBIO PRO REO* Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El imperativo de dictar sentencia de fondo en caso de duda es ciertamente aplicable al proceso penal, como que dejar de hacerlo también significa en éste un modo de denegar la actuación de la función jurisdiccional,⁶² que se encuentra tipificado como delito y cuasidelito de prevaricación por los arts. 224 N° 3 y 225 N° 3 CP, respectivamente.⁶³ A esta exigencia se conforman, por lo demás, los arts. 500 N° 7 y 501 CPP, en cuanto determinan que el pronunciamiento final del juez debe tener siempre un contenido condenatorio o absoluto.⁶⁴

De esto se sigue que el proceso penal también reclama una regla de juicio para la fijación de los hechos inciertos, pero debe reconocerse que el problema se plantea aquí de manera diferente que en el proceso civil: si en éste debe repartirse equitativamente entre las partes el riesgo de la falta de prueba de los hechos que fundan las pretensiones de que cada cual es titular (carga de la prueba), en el proceso penal importa establecer cuál de las dos pretensiones contrapuestas *de un mismo titular* debe prevalecer en caso de duda: si la de

62 En contra, SENTIS, *Estudios de derecho procesal* (ed. EJE, B. Aires 1967) I, p. 372 s., quien considera que en estos casos el juez no está negándose a administrar justicia, como quiera que el *non liquet* y sus fórmulas relacionadas (absolución de la instancia y sobreseimiento provisional) son en su concepto una forma de juzgar

63 Aunque la denominada *prevaricación por denegación de justicia* se encuentra disciplinada como delito de sujeto calificado perseguible igualmente en los miembros de los tribunales de justicia colegiados (arts. 223 y 227 CP), ella no sujeta a responsabilidad penal ni civil a los miembros de la Corte Suprema (art. 324.2 COT), en quienes puede perseguirse únicamente su responsabilidad política por este concepto (art. 48 N° 2, c CPRCh).

64 La violación de esta exigencia torna procedente el recurso de casación en la forma en contra de la sentencia, como quiera que se trata de un *error in iudicando* subsumible en la causal 9° del art. 541 CPP, precisamente en relación con el art. 500 N° 7 CPP

evitar la impunidad del responsable o la de evitar la condena de quien no lo es.⁶⁵

Por oposición al proceso civil, que toma un dato procesal -interés en la afirmación- como base de la distribución de la carga de la prueba, en el proceso penal se acude a un dato metaprocesal -*nulla poena sine crimene, nullum crimen sine culpa*- para fundar el *in dubio pro reo* con que el derecho ha resuelto desde antiguo el problema de la incertidumbre acerca de los extremos fácticos de la imputación penal.

Con esto quiero poner de manifiesto que el *in dubio pro reo* debe hoy día plantearse *científicamente* dentro del tema de la culpabilidad⁶⁶ y sobre todo en relación con el principio de culpabilidad,⁶⁷ por mucho que *históricamente* pueda mirárselo como una manifestación, formulación o complemento del *favor rei*⁶⁸ con que ya a partir del

65 En este sentido, véase GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA (n. 61), p. 278.

66 En este sentido, véase NUÑEZ, *Tratado de derecho penal* (ed. Lerner, Córdoba 1976) 1, p. 208.

67 También parece entenderlo así STREE, citado por RODRÍGUEZ MOURULLO (n. 61), p. 46 n. 60, cuando advierte que "*la máxima in dubio pro reo representa, con el mismo alcance, el reverso procesal del principio de culpabilidad*".

68 Este criterio de favorabilidad o de benignidad también ha sido formulado como un auténtico principio jurídico, y se habla así de un *principio pro reo*. Se ha dicho que éste es el género y que el *in dubio pro reo* es la especie (SEPULVEDA WENK, *El aforismo In dubio Pro Reo en la legislación procesal penal chilena*, memoria de prueba Escuela de Derecho Universidad de Concepción, Concepción 1988, p. 40), que el *in dubio pro reo* es más bien una manera de enunciar el principio *pro reo* cuando éste opera como criterio de interpretación de la ley penal (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *El principio "Pro Reo" en el derecho y en el proceso penal*, en *Revista de derecho procesal* 2, 1966, p. 82), y que no tienen nada que ver el uno con el otro (PALLAS, *La prueba*, n. 54, p. 56 n. 34). En realidad, a pesar de las diversas disposiciones penales sustantivas y procesales en que este último cree ver un criterio de favorabilidad hacia el imputado (arts. 18 CP, 73.1 COT, 74.1 COT, 88 COT, 509.3 CPP y 548.2 CPP, a los que habría que agregar el art. 657 CPP), debe reconocerse que dicho planteamiento de benignidad tiene un carácter restringido y de ninguna manera general, como se encargan de demostrarlo, entre otros, los arts. 23 CC, 511 CPP, 514.1 CPP, 528 CPP, 548.1 CPP y 533 CPP, que lo excluyen de la hermenéutica legal, facultan al ministerio público para actuar en contra del imputa-

derecho germánico se quiso significar la preeminencia del *ius libertatis* del imputado por sobre el *ius puniendi* del Estado.⁶⁹

En lo que aquí interesa, el principio de culpabilidad se resuelve procesalmente en que no puede haber delito ni pena sin que se compruebe que una persona ha ejecutado culpablemente la conducta típica y antijurídica que se le imputa. Aplicado en la fase de juzgamiento del juicio, esto significa que la incertidumbre de cualquiera de los aspectos integrantes de la culpabilidad debe conducir a la absolución del imputado, como que una condena pronunciada de esa manera conculcaría el principio lo mismo en sus aspectos cualitativo (porque daría por existente la culpabilidad a partir de antecedentes que no la demuestran inequívocamente) que cuantitativo (porque la pena que se aplique no podrá tomar en cuenta la intensidad del juicio de reproche).

Si ése ha de ser el efecto de la duda sobre el juicio de culpabilidad, que no es sino juicio de reproche de una conducta típica y antijurídica, debe colegirse -*a maiori ad minus*- que necesariamente ha de tener el mismo efecto la duda sobre los demás hechos constitutivos de la conducta delictiva a que dicho juicio se refiere (por ejemplo, si se permite condenar en la duda del nexo de causalidad en la acción, necesariamente se estará condenando también en la duda de la culpabilidad acerca de dicha acción).

Así considerado, el *in dubio pro reo* constituye una auténtica regla de juicio que asume en el proceso penal, en sustitución de la carga de la prueba, y no como complemento o instrumento de ésta, la función de disciplinar las consecuencias de la falta de certeza en que puede haber quedado el juez respecto de los hechos, imponiéndole absolver al imputado en caso de duda

do, consagran la célebre *reformatio in peius* respecto de los recursos de apelación y casación en el fondo, y disciplinan a la consulta como una revisión obligatoria del fallo aun cuando se conformen con él las partes activas y el imputado (cfr., en este sentido, NOVOA ALDUNATE, *El proceso penal de acción pública: características y fundamentos*, en RDJ, t. 86, N° 1, 1989, 1ª pte., p. 5).

69 Véase MICHELL, *La carga* (n. 6), p. 24 s., quien advierte que ya en la sociedad germánica primitiva funcionaba explícitamente el *favor rei*, por el cual se tendía a favorecer al acusado contra el cual no habían sido aducidos medios de prueba.

En este sentido está consagrado en el art. 456 bis CPP, que exige la convicción del juez para condenar, disposición que de esta manera viene a erigirse en gala y prez del sistema de prueba legal, porque sujeta a las directrices del legislador tanto la fase de valoración de la prueba (le dice al juez a qué medios debe acudir para formar su convicción y lo remite a minuciosas reglas que a su vez le indican cómo apreciar estos últimos) cuanto la de juzgamiento (le dice al juez cómo debe fallar en caso de duda).

VII. EL *IN DUBIO PRO REO* Y LA DENOMINADA PRESUNCION DE INOCENCIA: REGLA DE JUICIO Y REGLA DE CONDUCTA AL INTERIOR DE ESTA ULTIMA. ¿EXISTE UN DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA?

Desde las primeras formulaciones doctrinarias de esta regla de juicio -sobre todo a partir de la recepción en Occidente de los diversos pasajes del Digesto que la mencionan-⁷⁰ se pretendió ver en ella una verdadera presunción a favor del imputado, y con esta dicción cristalizó en la declaración revolucionaria de 1789 (art. 9º) y en los textos subsiguientes.

Aunque no encuentre una segunda opinión explícita en este sentido, me parece que la razón de este equívoco debe buscarse en la confusión que entonces llevaba a explicar en base a presunciones toda distribución del riesgo de la falta de prueba en el proceso (véase *supra*, párr. IV). De este modo, no resulta extraño suponer que se

⁷⁰ Se trata de citas jurisprudenciales correspondientes a los últimos años de la República y sobre todo a la época del Imperio que, consagrando de manera más retórica que jurídica un sentimiento de benevolencia hacia el imputado, reclaman que es mejor preferir la absolución de un delincuente a la condena de un inocente (*satius est impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*), que debe resolverse en favor de la libertad la duda que precisamente la compromete (*quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*), y que en las causas penales debe seguirse la interpretación más benigna (*in poenalibus causis benignius interpretandum est*), entre otras. Véase MANZINI (n. 3) 1, p. 254 n. 18.

recurriese a la figura de una presunción de la irresponsabilidad (o "inocencia") del imputado para explicar la absolución por beneficio de la duda de su responsabilidad, en que concretamente se traduce el *in dubio pro reo*. Si a la acusación correspondía probar esta última, debía ser porque militaba en su contra una presunción, del mismo modo que en materia civil se decía que existía una presunción en contra del litigante gravado con la carga de la prueba.⁷¹

Esta perspectiva esclarece considerablemente la relación entre el *in dubio pro reo* y la denominada presunción de inocencia, sobre la que doctrinariamente se ha ofrecido un repertorio de opiniones tan variado como discordante. Con la misma convicción con que se ha dicho que la presunción de inocencia deriva del *in dubio pro reo*, se ha retrucado que el *in dubio pro reo* deriva de la presunción de inocencia, y últimamente se ha adelantado que *in dubio pro reo* y presunción de inocencia son dos categorías independientes que no deben

71 Ya puede explicarse por qué la carga de la prueba no es un reflejo de presunciones legales, ni son asimilables ambas categorías. Desde el punto de vista de su naturaleza, se ha dicho oportunamente que las reglas sobre carga de la prueba tienen carácter procesal -en cuanto limitan la formación del convencimiento del juez por razones meramente procesales (CHEOVENDA, *Principios*, n. 14,2, p. 286)- y que las normas de presunción tienen en cambio carácter material, en cuanto constituyen expedientes de técnica legislativa destinados a simplificar la hipótesis de una norma material (MICHELI, *La carga*, n. 6, p. 177) con el objeto de dar seguridad a situaciones jurídicas que pueden fundadamente suponerse existentes (PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*, n. 26, p. 140). Desde el punto de vista de sus efectos procesales, conviene precisar que las reglas sobre carga de la prueba operan directamente en la fase de juzgamiento -más exactamente, en la fase de comparación entre los hechos alegados y los hechos probados, con miras a determinar qué litigante deberá verse perjudicado si unos y otros no coinciden (cfr. SERRA, n. 26, p. 365 s.)- e indirectamente en la fase de producción de la prueba -en cuanto indican a las partes los hechos cuya prueba les interesa aportar (cfr. DEVIS, n. 14, 1, p. 440). Las presunciones legales, en cambio, operan después de la valoración de la prueba y antes de la aplicación de las reglas sobre carga de la prueba (CARRERAS, n. 7, p. 351) -concretamente, en la fase de fijación formal de los hechos, en cuanto permiten que el juez extraiga nuevas afirmaciones probatorias a partir de los hechos indiciarios probados y debidamente valorados (cfr. SERRA, n. 26, p. 363s.)- e indirectamente en la fase de producción de la prueba -en cuanto permiten que la parte favorecida se encamine a probar indistintamente el indicio o el hecho presunto, con lo que duplican el objeto a probar y de este modo simplifican su actividad probatoria (cfr. CARRERAS, n. 7, p. 348, 377).

confundirse.⁷² Faltaba decir que son del todo equivalentes, porque la llamada presunción de inocencia sólo es, en realidad, una forma de caracterizar o de traducir, con una técnica legislativa defectuosa, la regla de juicio del *in dubio pro reo*.⁷³

Con todo, la denominada presunción de inocencia no es sólo regla de juicio. A entera semejanza de la carga de la prueba, la regla de juicio contenida en ella configura simultáneamente una regla de conducta a ser observada respecto del imputado por los sujetos procesales y extra-procesales: si sólo se es penalmente responsable por sentencia condenatoria de término una vez establecidos legalmente por el juez los presupuestos de dicha responsabilidad, ello significa que durante la secuela del juicio debe acordarse al imputado el tratamiento de una persona meramente sospechosa,⁷⁴ limitando su

72 Entre muchos, véase FERRI, *Sociología criminal* (trad. Soto y Hernández, ed. De Góngora, Madrid 1907) 2, p. 194. VELEZ (n. 1) 2, p. 24, y JAEN, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional* (Ed. Akal, Madrid 1987), p. 23, respectivamente

73 Cfr. FERRI (n. 72) 2, p. 195, para quien la presunción de inocencia surge de la "degeneración de las *regulae juris*" o reglas de juicio del derecho primitivo

74 Con esto quiero salir al paso de quienes insisten en que el imputado tiene en su favor, no una *presunción* de inocencia, sino un *estado jurídico* (entre muchos, VELEZ, n. 1,2, p. 27) o *situación jurídica* de tal (GALECIO, *Anteproyecto de modificaciones al Código de Procedimiento Penal*, Santiago 1976, p. 24), por el que debe estimarse que es inocente mientras no sea declarado responsable por sentencia firme. Este equivoco ha sido incluso recogido por las constituciones políticas de Guatemala (art. 14), Honduras (art. 89) y Perú (art. 20.f). Nada más absurdo, pues la denominada presunción de inocencia fue creada para actuar el derecho precisamente cuando existe duda de si se es o no inocente, como que dudar respecto de los presupuestos de la responsabilidad penal equivale simultáneamente a dudar respecto de la inocencia del imputado (MANZONI, n. 3, 1, p. 257). Además, si toda persona es jurídicamente inocente, ¿a qué título podría procederse judicialmente en contra de alguien? Lo cierto es que el imputado será o no inocente según si se ha participado o no en el hecho punible, con entera independencia de si se ha incoado en su contra un proceso penal. Este último existe precisamente para averiguar si es o no inocente, no para constatar un estado inherente *per se* a todo individuo -que entonces no se justificaría su existencia. Mientras eso se indaga, al imputado se lo considera como sospechoso, o sea, como persona respecto de cuya responsabilidad (e inocencia, por tanto) se duda. Esto explica por qué he afirmado resueltamente (véase *supra*, párr. I) que la denominada presunción de inocencia no protege en realidad la

coerción personal a los casos en que resulte estrictamente indispensable para hacer primar el derecho ⁷⁵

Ciertamente, esta regla de conducta se resuelve en múltiples e importantes consecuencias procesales: prohibición de que las medidas cautelares en contra de la persona del imputado sean aplicadas con un criterio de pena anticipada y de que tengan duración excesiva (*cf.* arts. 19 N° 7 c. CPRCh, 272 bis CPP, 11 y 13.3 Ley 18.314); prohibición de las fianzas excesivas y de los delitos inexcusables;⁷⁶ exigencia de que los procesados sometidos a prisión preventiva y los penados se encuentren absolutamente separados y afectos a un tratamiento diverso (*cf.* art. 292.1 CPP); exigencia de que el juez valore todos los elementos del delito en el auto de procesamiento (*cf.* art. 279 bis CPP) y de que el legislador no atribuya a este último consecuencias extra-procesales demasiado gravosas (*cf.* arts. 256 COT, 335 N° 1 COT y 16 N° 2° CPRCh); exigencia de que la rebeldía o ausencia del imputado no agrave su situación procesal; exigencia de que el juez consigne también las circunstancias favorables al imputado y de que el ministerio público vele lo mismo por los intereses del imputado que por los del Estado (*cf.* arts. 54.2, 311, 407 y 658 CPP) y, en general, la proscripción de todo rigor innece-

inocencia: en mi concepto, se trata más bien de un principio de *no responsabilidad* del imputado hasta la sentencia de término

75 De hecho, en este sentido está redactado el art. 9° de la declaración de 1789 (véase *supra*), el cual, dando más bien por supuesta la regla de juicio, desprende a partir de ella una regla de trato hacia el imputado, es decir, una regla de conducta a ser observada por el resto de los sujetos procesales durante todo el transcurso del pleito, los cuales deben velar por que en su coerción personal no se emplee más rigor que el estrictamente necesario "para asegurar su persona"

76 No sólo por esta razón, sin embargo, se impone derogar en Chile el art. 17 Ley 18.314 (sobre conductas terroristas), que niega la libertad provisional de los procesados por los delitos tipificados en el art. 1° del mismo texto legal. Si se mira bien, resulta por lo menos absurdo que se lo haya mantenido tras la entrada en vigencia de la ley de reforma constitucional que eliminó dicha inexcusabilidad del art. 9.3 CPRCh (Ley 19.055, D.O. 14.91), porque aquella disposición fue dictada precisamente en conformidad al texto original de este último precepto. Véase, asimismo, el art. 650 CPP, que niega la libertad provisional durante el juicio sobre extradición pasiva

sario incluso en las investigaciones policiales previas y el aseguramiento del derecho de defensa del imputado aun antes de ser procesado (cfr. arts. 67, 120, 278.1 y 318 bis CPP).⁷⁷

En lo que aquí interesa, sin embargo, la regla de conducta o de trato hacia el imputado, contenida en la denominada presunción de inocencia, permite explicar por qué a menudo se disciplina sistemáticamente a esta última como una manifestación del principio *nulla poena sine iudicio* y, a través suyo, de los principios del debido proceso, igualdad ante la ley y de legalidad, en última instancia.

Propiamente, con todo, me parece que esta regla de trato sólo se traduce en la exigencia genérica del *nulla poena sine iudicio*,⁷⁸ pero en última instancia se fundamenta igualmente en el *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, toda vez que éste también se resuelve procesalmente en que no puede haber pena sin que se compruebe (en un juicio) la culpabilidad.

De esta manera quiero significar que en la actualidad debe concebirse científicamente a la denominada presunción de inocencia, en sus dos aspectos de regla de juicio (*in dubio pro reo*) y regla de trato (*nulla poena sine iudicio*), como una aplicación procesal del principio de culpabilidad, y si esto no ha sido advertido hasta ahora por la doctrina, se debe únicamente a que ésta ha estado más interesada en desarrollar los aspectos sustantivos que no las indudables consecuencias procesales de dicho principio.

⁷⁷ Un examen crítico y detallado de la eficacia de estas exigencias y prohibiciones frente a lo que en Chile disponen los diversos preceptos citados, puede verse en la memoria de prueba del autor (n. 16), pp. 30-32.

⁷⁸ El *nulla poena sine iudicio* comporta, pues, una prohibición o exigencia negativa: la de que nadie debe ser penado durante el juicio. Desde otro punto de vista, sin embargo, conviene tener presente -aunque sólo sea a título ilustrativo- que también impone una exigencia positiva: la de que las penas deben ser aplicadas única y exclusivamente al cabo de un juicio propiamente tal. En este sentido, me parece que también vulneran este principio constitucional disposiciones como el art. 15.1 Ley 18.287 (sobre procedimiento ante los juzgados de Policía Local), que habilita al juez de policía local para condenar con el sólo mérito de la denuncia de autoridad debidamente notificada al infractor, es decir, sin forma de juicio alguna y sin siquiera oír al denunciado.

Con esto quiero decir, también, que no existe propiamente un *derecho* a la presunción de inocencia, como parece sugerir el tenor literal de la mayoría de los preceptos positivos que la consagran⁷⁹ y alguna parte de la doctrina, incluso.⁸⁰ Es claro que no constituyen *derechos subjetivos* el principio de culpabilidad y, en general, los principios del debido proceso e igualdad ante la ley: sólo se trata de principios generales del derecho cuya positivación los convierte todo lo más en derecho objetivo.⁸¹

No es que el imputado tenga un *derecho subjetivo* a que el juez lo absuelva en caso de duda (regla de juicio)⁸² o un *derecho subjetivo* a la libertad personal durante el proceso (regla de trato),⁸³ como si la absolución y la libertad fueran prestaciones que pudiesen exigirse de determinada persona obligada a su vez a una correlativa prestación, a entera semejanza de los derechos personales. La denominada presunción de inocencia se resuelve en exigencias obje-

79 Arts. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o *Pacto de San José de Costa Rica*, y 7.1.b) de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos o *Carta de Banjul*. Véase, también, las constituciones políticas de Nicaragua (art. 34.1), de Panamá (art. 22) y de España (art. 24.2).

80 Entre muchos, JAEN (n. 72), p. 21.

81 Cfr. GUZMAN BRITO, *La naturaleza de las garantías constitucionales de la persona examinada a través de su protección judicial*, en RDJ, t. 85, N° 2, 1988, 1ª pte., p. 110.

82 Del mismo modo en que el querellante tampoco tiene un *derecho* a la sentencia condenatoria. Cfr., en este sentido, CARNELUTTI, *Sistema* (n. 61) 2, p. 644, quien advierte acertadamente que el derecho de acción "*es derecho al proveimiento, y en particular a la sentencia, pero no a la sentencia justa o a la sentencia favorable*".

83 Por la misma razón que en general no existe un *derecho* a la libertad personal, como tampoco un *derecho* a la vida, o a la integridad física, o al honor (véase GUZMAN BRITO, n. 81, p. 110 ss): sólo se trata de posesiones con las cuales se nace y que el derecho garantiza *negativamente*, prohibiendo que se las modifique sin una justa causa generalmente establecida en la ley.

tivas que cumplir, no en derechos subjetivos que ejercer,⁸⁴ y por tanto se encuentra mejor formulada como principio imperativo que como derecho subjetivo.⁸⁵

VIII. LA REGLA DE JUICIO EN LA DENOMINADA PRESUNCION DE INOCENCIA Y LOS HECHOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS Y EXTINTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

A entera semejanza de la carga de la prueba, la denominada presunción de inocencia es sobre todo regla de juicio e indirectamente regla de conducta. En esto tiene que ver el origen histórico común de ambos dogmas.⁸⁶ A diferencia de ella, sin embargo, la regla de juicio

84 Así parece entenderlo el art. 42 CPP, introducido por la Ley 18.857 (DO. 6.12.89), que la consagra como un deber del tribunal ("*A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud...*") y no como un derecho del imputado. En el sentido exactamente contrario, véase el *Anteproyecto de modificaciones al CPP* (n. 74), p. 24, en donde se expresa que el principio de inocencia "*está mejor formulado como derecho del inculgado de delito, como lo hace el proyecto de Constitución, que desde el punto de vista del deber correlativo de considerarlo inocente*".

85 Además, todo derecho público subjetivo se traduce, generalmente, en una acción jurisdiccional (véase QUIROGA LAVIE, *Derecho constitucional*, ed. Depalma, B. Aire 1987, p. 183) -que a su vez es un derecho público subjetivo (véase CARNELUTTI, *Sistema*, n. 61,2, p. 638)- por la que se examina precisamente la existencia o no de tal derecho (véase GUZMAN BRITO, n. 81, p. 108) y se solicita su reconocimiento. En cambio, no existe ninguna acción jurisdiccional prevista por la ley para resguardar la denominada presunción de inocencia, ni tan siquiera la llamada acción (o "recurso") de protección del art. 20 CPRCh: la violación de la regla de trato y de la regla de juicio debe denunciarse mediante la interposición de los correspondientes recursos procesales -como comúnmente se procede respecto de la inobservancia de las normas objetivas de carácter procesal- por los que no se pide su reconocimiento, sino su efectiva aplicación.

86 En efecto, es muy posible que el *in dubio pro reo* no haya surgido en el derecho penal romano sino como la adaptación de las primitivas directrices que ya el procedimiento formulario suministraba al juez civil frente a la insuficiencia de prueba, antecedentes remotos de la actual carga de la prueba. De hecho, las *regulae*

en el proceso penal no contiene distribución alguna (véase *supra*, párr. V), por lo que el imputado debe ser favorecido no sólo cuando no resulten probados los hechos constitutivos del delito, sino también cuando exista duda sobre los hechos que tienen por efecto excluir o modificar la penalidad.

Incluso, la misma distinción de los hechos en constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos⁸⁷ responde nada más que a la exigencia netamente civilística de proporcionar una base para el reparto de la carga de la prueba, porque ésta no sólo tiene que ver con la determinación de *quién* se encuentra interesado en la prueba y *qué* afirmaciones le conviene probar, sino sobre todo con el problema de *cuánto* debe ser probado por cada parte.⁸⁸

Este problema no se plantea en la relación procesal penal, en que la desigualdad entre los sujetos intervinientes y el carácter público de la única pretensión en juego excluye cualquier distribución de las consecuencias de la falta de prueba: esta última es una exigencia de justicia distributiva correlativa al principio de igualdad entre las partes.

Si en el proceso civil el demandado debe resultar perjudicado por la incerteza de los hechos impeditivos, modificativos o extintivos que opone al actor, se debe a que su alegación comporta auténticas *excepciones*⁸⁹ respecto de las cuales se lo mira de la misma forma en

juris de que dan testimonio los libros penales del Digesto tienen que haber sido motivadas por el procedimiento penal de la *quaestio*, -también llamado *iudicium publicum* o *accusatio*- de marcado carácter acusatorio, desarrollado en Roma como una transportación de la forma procesal propia del derecho privado, de acentuado carácter arbitral, al campo de la represión penal pública. Al respecto, véase la memoria de prueba del autor (n. 16), p. 35 n. 160

⁸⁷ COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil* (ed. Depalma, B. Aires 1958), p. 245, agrega los hechos *convalidativos* (como la ratificación de un acto o contrato anulables, y omite, en cambio, los hechos modificativos que son, en mi concepto, el género próximo de aquéllos.

⁸⁸ MICHELI, *Curso* (n. 52) 2, p. 96, 99

⁸⁹ Cfr., por ejemplo, CLARIA, *Derecho procesal* (ed. Depalma, B. Aires 1983) I, p. 346, para quien la excepción procesal es esencialmente el poder de cuestionar la pretensión del actor, fundándose el demandado en afirmaciones de "*hechos o*

que al actor respecto de su acción (*reus in excipiendo fit actor*). Nada de esto ocurre en materia penal, en donde tales hechos no constituyen *excepciones* en el sentido propio de la palabra,⁹⁰ ya que su existencia y relevancia jurídica puede y debe ser asumida de oficio por el juzgador. De aquí que no constituye una exageración afirmar que lo que impide distribuir las resultas de la falta de prueba en el proceso penal es, precisamente, la inaplicabilidad a éste de la *excepción* como poder procesal.⁹¹

En consecuencia, el frecuente empleo de estas categorías de hechos referidas a la relación penal sólo debe mirarse como una manera de significar que también respecto de esta última puede distinguirse entre elementos positivos y negativos, según si su presencia se requiere para constituirlos o para excluirla.⁹² Los positivos se

circunstancias impeditivas, modificativas o extintivas de la relación jurídica sustancial invocada"

90 En este sentido, véase GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA (n. 61), p. 279, y CLARIA, *Derecho procesal* (n. 89) 1, p. 347. Esto vale sobre todo para las mal denominadas "excepciones de previo y especial pronunciamiento" reguladas por los arts. 433 y siguientes CPP. Sobre la impropiedad de denominar como *excepciones* a los medios de defensa allí enunciados, véase PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal penal* (n. 59), p. 135 s.

91 Aunque a su vez pueda explicarse la inexistencia de *excepciones* en materia penal, a mi juicio, por la desigualdad de los sujetos procesales intervinientes y la consiguiente ausencia de partes en el proceso penal, consecuencia de ser única y pública la pretensión procesal (véase supra, párr. IV). Esta precisión me parece particularmente relevante, porque el proceso penal no se distingue del civil según si puede o no el juez proceder y buscar las pruebas de oficio, como a veces suele decirse (baste examinar los arts. 267 N° 6.2 y 541 CC, que autorizan al juez *civil* para iniciar de oficio determinados procesos *contenciosos* de emancipación judicial y remoción de tutelas y curadurías -de donde no es tan cierto aquello del *nemo iude sine actore-* y los arts. 159 y 820 CPC, que en algunos casos lo facultan para decretar de oficio diligencias probatorias), sino precisamente por la indisponibilidad de la pretensión procesal, que sobre todo se manifiesta en el ámbito de la incumbencia probatoria (el *in dubio pro reo* no distribuye las resultas de la falta de prueba) y de la congruencia procesal (el juez penal no debe fallar *secundum allegata et probata*).

92 Sin embargo, esto no significa decir, como pretende CARNELUTTI, *Teoría general del delito* (trad. Conde, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1952), p. 73, que "para que haya delito es necesaria la presencia de todos sus requisitos constitutivos y la ausencia de todos sus requisitos impeditivos", por la misma razón que me

identifican con los hechos constitutivos (delito, condiciones de punibilidad, condiciones de procesabilidad), en tanto que los negativos suelen asimilarse a los hechos impeditivos (causas excluyentes de la acción y causas de atipicidad, de justificación, de inculpabilidad y de impunidad) y a los hechos extintivos (prescripción, amnistía, perdón, entre otros).

La absolucón por beneficio de la duda acerca de los elementos tanto constitutivos como excluyentes de la responsabilidad penal -en que fundamentalmente se resuelve la regla de juicio que disciplina la denominada presunción de inocencia- exige desde luego la motivación de las sentencias (art. 500 N^{os}. 4^o y 5^o CPP), la proscripción del sobreseimiento temporal (art. 409 CPP), el conferimiento de la autoridad de cosa juzgada al sobreseimiento definitivo (art. 418 CPP), el reconocimiento al imputado de un poder y no de un deber de prueba⁹³ y la imposición al tribunal, en cambio, del deber de desarrollar

parece impropio sostener que la responsabilidad penal tenga como presupuesto, además de la presencia de un delito y del cumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad, en su caso, "la ausencia de excusas legales absolutorias" (DE LA FUENTE HUALAUD, *Las presunciones de derecho de responsabilidad penal*, memoria de prueba Escuela de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, 1989, p. 65). Como atinadamente ha advertido BRODMANN, citado por CHIOVENDA, *Principios* (n. 14) 2, p. 285, lo que produce un fundamento jurídico es la presencia de algunos hechos, no la ausencia de otros hechos que podrían impedir el efecto de los primeros. En el fondo, decir que la existencia del delito (o de la responsabilidad penal) depende de unos requisitos tanto positivos como negativos (cfr. CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal*, trad. Sentis, ed. EJEA, B. Aires 1971, 2, p. 255) equivale a convertir en un auténtico requisito positivo a la ausencia de estos últimos (sobre la incidencia procesal de esta impropiedad sustantiva, véase *infra*, párr. VII).

93 Cfr. ROMERO (n. 8), p. 67, aunque no se pueda convenir con él en que existe a favor del imputado un auténtico *derecho*, frente al juez, de aportar o de ver cumplidos determinados medios probatorios sobre su no responsabilidad. Lo mismo cabe decir del art. 67, numerando 2, CPP, que disciplina como un *derecho* del imputado la posibilidad de presentar pruebas destinadas a desvirtuar los cargos. En realidad, no es que el imputado tenga un derecho procesal de probar, sino que más bien es titular de un *poder de colaboración* frente al predominante poder instructorio del juez, mediante cuyo ejercicio tan sólo *asiste* a este último en el cumplimiento de su *deber* de asumir la prueba (sobre la actividad de *asistencia* en el proceso, véase MICHELL, *La carga*, n. 6, p. 78, 113, 248). Baste considerar que, a diferencia de los derechos subjetivos, no puede decirse que el imputado actúe en función de un interés *propio*

en el juicio una mínima actividad probatoria para poder condenar, la ausencia de la cual también es revisable en casación.⁹⁴

Ciertamente, esta actividad probatoria de carácter oficioso debe encaminarse a establecer de manera fehaciente la existencia de los hechos constitutivos de la responsabilidad penal,⁹⁵ pero sería un error pensar que en el proceso penal, para condenar, deba además hacerse prueba determinada de la inexistencia de todos y cada uno de los hechos impositivos y extintivos de la misma.

No sólo se trata de que un tal deber de prueba condenaría al juez, paradójicamente, a no condenar jamás. Es que acabaría convirtiendo a la *ausencia* de hechos impositivos y extintivos en un hecho constitu-

cuando presenta o propone diligencias probatorias, porque el interés en su absolución también lo tienen el juez y el ministerio público (sobre la titularidad del interés prevaleciente como elemento definidor de los derechos y de los poderes, véase CARNELUTTI, *Sistema*, n. 61, 1, p. 67), ni que dicho actuar imponga un deber correlativo a estos últimos, porque sus deberes derivan de la propia función que ejercen y no de algún derecho ajeno (cfr. MICHELL, *La carga*, n. 6, p. 246).

⁹⁴ Mientras que la falta de motivación de la sentencia y el desconocimiento de la autoridada de cosa juzgada de un sobreseimiento definitivo anterior son denunciabes de casación en la forma mediante las causales 9ª y 11 del art. 541 CPP, me parece que el art. 546 N° 7° CPP permite casar en el fondo la sentencia condenatoria pronunciada en ausencia de aquella mínima actividad probatoria de cargo exigida por la denominada presunción de inocencia. Si para condenar, en efecto, el juez afirma como existentes unos hechos que no están probados, comete *error de derecho* (*in iudicando de iure procedendi*) consistente en el desconocimiento de las disposiciones legales relativas a la procedencia, conducencia y eficacia de las pruebas (o sea, de las denominadas *leyes reguladoras de la prueba*), porque al indicarle estas últimas cuáles son los medios de prueba que debe utilizar (art. 457 CPP) y de qué manera debe apreciarlos (arts. 451 y ss. CPP), en el fondo le están diciendo que únicamente en ellos debe fundar las declaraciones de hecho de su sentencia (sobre el error de derecho causado por errores de hecho, véase ORTÚZAR, *Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal*. Ed. Jurídica, Santiago 1958, p. 108 s.).

⁹⁵ Porque, como bien lo apunta GUTIERREZ DE CABIEDES (n. 68), p. 96, "*sin hechos constitutivos no hay delito ni siquiera acaecimiento físico. Es lógico que por su propia naturaleza, siempre y en todo caso, deban ser probados*"

tivo de la responsabilidad penal. lo que ciertamente es un sofisma⁹⁶ y no se conforma con el propio principio *in dubio pro reo*, pues lo que entonces habría de favorecer al imputado no sería ya la duda, sino la certeza de la inexistencia de los hechos excluyentes de penalidad

Más bien sucede que estos últimos debe investigarlos determinadamente el juez sólo cuando del conjunto de la prueba rendida aparezca como *posible* su existencia. La investigación de oficio debe en ese caso enderezarse a la comprobación de dicha posibilidad, y si al cabo de ella no se obtiene certeza positiva ni negativa, la duda favorece al imputado.⁹⁷

De esta manera se explica que generalmente se condene por homicidio sin hacer explícita prueba de que no se actuó en legítima defensa o en cumplimiento de un deber, y que se condene por hurto sin haber probado especialmente que no se actuó en estado de necesidad justificante o con el consentimiento del propietario. En todos esos casos, el juez ha derivado su convicción acerca de la ausencia de dichas circunstancias a partir del *conjunto* de las pruebas sobre el material facticio (actuación y resultado, cuando procede), en virtud del principio de la unidad de la prueba

IX. LA ABSOLUCION POR BENEFICIO DE LA DUDA SOBRE LA VOLUNTARIEDAD DELICTIVA. EL ASPECTO SUBJETIVO DEL DELITO EN LA TECNICA LEGISLATIVA LA CONTRAPRUEBA Y LA PRUEBA EN CONTRARIO

Todo lo dicho acerca del establecimiento de los hechos excluyentes de penalidad ya ha sido advertido con suficiente elocuencia en la

⁹⁶ Cfr. ARAGONESES, *Sentencias congruentes* (Ed. Aguilar, Madrid 1957), p. 191, para quien "es un sofisma, el sofisma de la causa falsa, tomar por causa la exclusión del impedimento" (además, véase *supra*, párr. VII).

⁹⁷ Véase GUTIERREZ DE CABIEDES (n. 68), p. 96.

doctrina.⁹⁸ Lo que de ello me interesa destacar, a propósito de la denominada *presunción de voluntariedad*, es que por fin se ha reparado en que ésta, y no otra, ha de ser la recta manera de interpretar la norma del art. 1.2 CP en que ha querido vérsela: que el juez no puede condenar a quien *posiblemente* ha obrado de manera involuntaria, bien que la voluntariedad sea referida a la acción, al dolo (lo mismo en todas sus formas que sólo como dolo directo) o únicamente al conocimiento de la antijuridicidad (ya a la capacidad general de conocerla y de determinarse por ese saber, ya al conocimiento concreto de la misma, ya al uno y al otro a la vez).

Lo que en estricto rigor quiere decirle al juez el art. 1.2 CP, en efecto, es que para condenar no necesita probar de manera *determinada y específica* que el imputado actuó con voluntad,⁹⁹ o imputablemente, o con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, o dolosamente, *a menos* que del conjunto de la prueba del material facticio conste la *posibilidad* de lo contrario, en cuyo caso deberá intentar disipar la duda, y si no lo consigue, ésta favorecerá al imputado y deberá motivar su absolución.

Esta lectura de la norma deriva de su propia estructura, en virtud de la cual determinados extremos fácticos que por una parte constituyen el aspecto *objetivo* del supuesto de hecho del delito (*acciones u omisiones penadas por la ley*) -su único hecho constitutivo propiamente dicho- sirven a la vez como indicios para el aspecto *subjetivo* del mismo supuesto de hecho (la *voluntariedad* de dichas acciones u omisiones penadas por la ley), "*a no ser que conste lo contrario*"

Si se mira bien, esto significa desde luego lo siguiente: si con la prueba de las acciones u omisiones penadas por la ley no hace falta ninguna otra prueba positiva para fijar su voluntariedad con certeza en la sentencia ("*se reputan siempre voluntarias*") y sólo una contraprueba ("*a no ser que conste lo contrario*") puede remover dicha convicción, ello quiere decir que el legislador disciplina a la volun-

98 Véase GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA (n. 61), p. 279.

99 O mejor, *que actuó* del todo, porque la *vis absoluta* o los actos reflejos, instintivos o habituales excluyen toda forma de actuación (acción u omisión).

tariedad no tanto como un supuesto *constitutivo* del delito (que deba probarse específicamente), sino que más bien vincula a la falta excepcional de la voluntariedad el efecto de que ella impide la configuración del mismo.

Con lo cual quiero decir en el fondo que, a los efectos de la prueba, la norma del art. 1.2 CP no configura al delito como la consecuencia de una acción u omisión (*a*) penada por la ley (*b*) y voluntaria (*c*), sino únicamente de (*a*) + (*b*), mientras que (*non c*) impide su nacimiento.¹⁰⁰

Este modo de estructurar al delito, por virtud del cual se prescinde de enunciar a la voluntariedad como un hecho constitutivo que deba demostrarse específicamente, sólo se explica acudiendo a la naturaleza de esta condición subjetiva.

Desde luego, con él se reconoce que la voluntariedad, antes que un hecho propiamente constitutivo, es más bien una *cualidad* de tal manera inherente al único auténtico elemento constitutivo del delito (*acción u omisión penada por la ley*), que en realidad se entiende formar parte integrante del mismo. En otras palabras, que es una *verdad interna*¹⁰¹, a este último, que por ello se exterioriza generalmente a partir del conjunto de las mismas pruebas allegadas para acreditarlo.

Así, el inciso segundo del art. 1º CP viene sobre todo a precisar que su inciso primero, al exigir un hecho objetivo (*acción u omisión penada por la ley*) y otro subjetivo (la *voluntariedad* de esa acción u omisión penada por la ley) para configurar un delito, no refiere dos cosas distintas, sino una sola: que las acciones u omisiones penadas por la ley sólo son tales *cuando son voluntarias*. O sea, que la ley sólo pena acciones u omisiones que son cometidas *voluntariamen-*

¹⁰⁰ A entera semejanza de lo que ya ha dicho ROSENBERG (n. 9), p. 188, a propósito de la *buena fe* en la usucapción regulada por el art. 937 BGB.

¹⁰¹ Sobre este concepto, véase CARRERAS (n. 7), p. 388.

te:¹⁰² si no lo son, son acciones u omisiones¹⁰³ -de donde puede perseguirse la responsabilidad civil correspondiente- pero *no* son *aquellas* acciones u omisiones penadas por la ley.¹⁰⁴

Las consecuencias procesales de este modo de estructurar al delito son diametralmente opuestas a aquéllas que se siguen de las auténticas presunciones legales relativas.

-
- 102 En cuanto a que ésta es una exigencia derivada del art. 1.1 CP, véase las observaciones de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, *Derecho penal* (ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1987) 1, p. 369, al antiguo texto del art. 1º del Código Penal español, en torno del cual reflexionan que "para que una acción sea penada por la ley se exige, pues, en todo caso, que sea voluntaria".
- 103 Con lo que quiero enfatizar que no estoy configurando a la voluntariedad como un atributo de la mera acción u omisión -como lo hace ORTIZ, *Nociones generales de derecho penal* (Ed. Nascimento, Santiago 1933) 1, p. 210- sino de la acción u omisión penada por la ley, o sea, del delito.
- 104 No se me oculta que este entendimiento supone que la expresión "penada por la ley" sea interpretada no sólo como equivalente a *cominada con pena (típica)*, sino que como comprensiva, más bien, de todos los requisitos de *punibilidad*, según ya se ha propuesto por lo demás en la doctrina (cfr. SAINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal*, ed. Bosch, Barcelona 1982, 2, p. 225, s., para quien dicha frase "supone que la acción u omisión, para llegar a constituir infracción punible, debe ser típica, antijurídica, culpable y punible") y se deriva de los propios antecedentes históricos del precepto, cuyo legislador nada sabía de tipicidades. ¿Es que acaso comete una acción penada por la ley quien por mero caso fortuito realiza un hecho descrito en ella? Desde luego que no, pues el propio Código Penal (art. 10 Nº 8º) la declara *exenta de pena* al eximir de responsabilidad criminal a su autor (en el mismo sentido, véase SAINZ CANTERO, *ob. cit.*, 2, p. 226). Entendida por eso como *infracción punible*, es obvio que la involuntariedad de una acción u omisión excluye su punición por la ley, máxime si por voluntariedad se entiende dolo (pues nadie discute que el dolo es el "presupuesto normal de todo actuar punible", según ya lo advertiera MEZGER, *La culpabilidad en el moderno derecho penal*, trad. Navarrete, ed. Universidad de Valladolid, Valladolid 1956, p. 5). Esto me parece tanto más cierto cuanto más sospechosa me resulta cada vez la teoría de la tipicidad en boga (en lo cual coincido con AFTALION, *Notas para una definición realista del delito*, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 8, 1955 3, p. 491 n. 21): ¿es que acaso puede haber conductas culpables que sean *atípicas* (como suele decirse del *furtum usus*? ¡Pero si la culpabilidad sólo se explica si a la conducta le está imputada una sanción penal! ¿Y no resulta acaso rebuscado decir que una conducta *típica* puede ser conforme a derecho o inculpable? ¡Pero si el legislador sólo describe e incrimina actuaciones contrarias a derecho y culpables!

Si se observa con atención, quien quiera oponerse a la aplicación de una norma material, a su vez complementada por una norma de presunción, forzosamente debe evitar la fijación del hecho presunto por medio de una *plena prueba en contrario*, es decir, que suscite en el juez la certeza del hecho impeditivo. Ello, pues precisamente en la duda del hecho presunto entra en juego la presunción, permitiendo que de todos modos se aplique la norma material de la cual forma parte este último, con tal que se tenga certeza sobre el indicio o hecho base que es considerado como su equivalente.¹⁰⁵

De hecho, es justamente por esta razón que las presunciones relativas en materia penal resultan violatorias de la determinada presunción de inocencia. Como sólo la certeza contraria a la presunta -y no la duda- impide que sean fijados con arreglo a ellas determinados extremos fácticos de los tipos penales, resulta que la duda no disipa viene a perjudicar al imputado (*in dubio contra reo*).¹⁰⁶

105 Ya se ha dicho que el indicio es un supuesto de hecho *supletorio* (véase *supra*, párr. I), precisamente porque reemplaza al supuesto de hecho genuino -el hecho presunto- cuando se encuentra dudoso. Si existe certeza positiva sobre este último (de que efectivamente ocurrió), la norma material de que forma parte se aplica con entera prescindencia de la norma de presunción, pues no la necesita para fijarlo normalmente. Si existe certeza negativa a su respecto (de que en caso alguno ocurrió), simplemente no se aplica la norma material y tampoco, por consiguiente, la norma de presunción que la complementa

106 Sin embargo, no es ésta la razón que en mi concepto debiera motivar la revisión y posterior derogación de aquellas normas de presunción que todavía subsisten en el CP y en leyes especiales. Ello, pues resulta decididamente peculiar que la mayoría de tales preceptos (arts. 131.2 CP, 444, 454.1 y 454.2 y 483.1, 483.2 y 483.3 CP) deba ser aplicada a procedimientos en los cuales la prueba debe ser apreciada *en conciencia* (arts. 27 j. Ley 12.927, 59 Ley 11.625, y 483.4 CP y 30 DFL 251, respectivamente), en circunstancias de que las auténticas presunciones legales son, precisamente, "aquéllas cuyo empleo no se deja a la prudencia del juez" (CARNELUTTI, *Sistema*, n. 61, 2, p. 443). Es que todavía no parece haberse reparado de manera categórica en que las presunciones legales conculcan al *principio de legalidad penal* mucho antes y de manera mucho más flagrante que a la denominada presunción de inocencia, pues en virtud de ellas se sanciona por una conducta no tipificada ni penada en ley alguna. En este mismo sentido coincide MERA, *Recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la legislación penal chilena*, en *Cuadernos de análisis jurídico* 10 (ed. Universidad Diego

En cambio, cuando los antecedentes del proceso demuestran la involuntariedad del hecho, no es que aporten un hecho propiamente impeditivo de la voluntariedad -como si ésta pudiera escindirse del objeto que cualifica- sino que en realidad destruyen el propio hecho constitutivo del delito (la acción u omisión penada por la ley).

Ello, pues la voluntariedad es una cualidad del propio hecho en que se exterioriza (acción u omisión penada por la ley), sin cuyo concurso éste no es tal a los efectos del delito (porque las acciones u omisiones que pena la ley sólo son las voluntarias, según el art. 1º CP), de manera que si tal cualidad o verdad interna desaparece, desaparece con ella el supuesto al que pertenece.

De aquí que la duda de la voluntariedad es, al mismo tiempo, duda del hecho constitutivo que cualifica (acción u omisión penada por la ley). Por lo mismo, para excluir a este último basta que el conjunto de la prueba allegada al proceso suscite tan sólo la *duda* de la voluntariedad y no su certeza, como a su turno se requeriría si el precepto del art. 1.2 CP fuese una auténtica presunción legal.

Respecto de la voluntariedad, por tanto, sucede lo mismo que con todos los hechos pertenecientes a una norma con un supuesto unitario: para impedir su fijación basta una *contraprueba*, o sea, una prueba que, aún sin ser plena, demuestre circunstancias susceptibles de hacer *dudar* al juez sobre la existencia del tal hecho.¹⁰⁷

Tratándose de las presunciones, en cambio, para evitar la fijación del hecho presunto no basta poner en evidencia la duda o falta de certeza a su respecto (*contraprueba*), sino que se requiere demos-

Portales, agosto 1989), p. 66. Al respecto, véase la memoria de prueba del autor (n 16), p. 44 n. 204.

¹⁰⁷ Por esta razón resulta rebatible la crítica con que CURY, *Orientación para el estudio de la teoría del delito* (ed. Nueva Universidad, Santiago 1973), p. 74 s. denuncia la impracticabilidad de la denominada *presunción de dolo*, en el sentido de que en ciertas hipótesis (v.g., de caso fortuito) los jueces suelen prescindir de ella apenas llega a su conocimiento la mera *posibilidad* y no la *plena prueba* de lo contrario, con lo que "derriban con una mano la presunción que edificaron con la otra". Naturalmente, CURY está equivocado: no advierte que la norma del art. 1.2 CP no consagra una presunción y que, por lo mismo, exige una *contraprueba* y no una *plena prueba en contrario* para impedir que se juzgue probablemente la voluntariedad a partir de la demostración del hecho objetivo.

trar plenamente la certeza negativa del mismo. Esto es, se necesita aportar una *prueba plena en contrario* ¹⁰⁸ La razón, según ya se ha dicho (véase *supra*, párr III), es que las presunciones otorgan un doble supuesto de hecho a las normas que complementan, en cuya virtud el indicio o hecho base *suple* al presunto *precisamente* en caso de que éste último quede *dudoso*.¹⁰⁹

X. LAS VERDADES INTERINAS O PROVISIONALES Y LA FIJACION DE LA VOLUNTARIEDAD DELICTIVA. LA NORMA DEL ART. 1.2 CP ES UNA CONFIRMACION DE LA DENOMINADA PRESUNCION DE INOCENCIA Y DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Esta manera de estructurar un precepto, en cuya virtud se atribuye a una de sus partes el carácter de indicio de la otra, vinculando sólo a la demostración de la primera el efecto jurídico y a la ausencia de la segunda su exclusión, no es en absoluto desusada en el derecho. Basta constatar que de este modo se encuentran configurados, además del art. 1.2 CP, preceptos tan disímiles como los subyacentes a

¹⁰⁸ Sobre la distinción entre *contraprueba* y *prueba en contrario*, véase CARRERAS (n. 7), p. 350, 377 y ROSENBERG (n. 9), p. 69, 170. De un modo sintético, por la *prueba en contrario* se hace perder al juez la certeza positiva que ya se había formado respecto de un determinado hecho, en la medida en que se demuestra su falsedad. Por la *contraprueba*, en cambio, se impide que el juez adquiera una certeza positiva de un determinado hecho, poniendo de relieve la duda o discutibilidad acerca del mismo.

¹⁰⁹ No está de más advertir que la inadecuada comprensión de la denominada *prueba en contrario* ha conducido, con frecuencia, a ver presunciones donde no las hay. Un caso palmario lo constituye el célebre *pater is est quem nuptiae demonstrat* del art. 180.1 CC, al que majaderamente ha querido configurarse como presunción *iuris tantum*. Una crítica al respecto puede verse en la memoria de prueba del autor (n. 16), p. 45 n. 210.

los arts. 968 N° 5° CC, 1654.1 CC y 2224.2 CC,¹¹⁰ en todos los cuales se insiste en ver presunciones.

Se trata de excluir de la prueba, mientras en el proceso no haya motivo de duda, aquellos hechos que generalmente acompañan a otro u otros supuestos de una norma y que, por lo mismo, deben entenderse provisional o interinamente imbuidos en éstos. Por esta razón se dice que tales preceptos consagran *verdades provisionales o interinas (Interimswahrheiten)*,¹¹¹ en cuanto subsisten mientras del proceso no surja la duda contraria.

De este modo, si se estudian los efectos de la norma del art. 1.2 CP más bien a partir de su estructura que de su contenido -como aquí se ha hecho- puede apreciarse con singular claridad su relación con el instituto de la denominada presunción de inocencia, por lo general juzgada antinómica en la doctrina.

En lo que respecta a las escasas voces disidentes, me parecen poco felices las diversas soluciones propuestas para armonizar ambas categorías. Se ha dicho que la norma del art. 1.2 no es más que una regla supletoria de aquéllas que contienen los Códigos de Procedi-

¹¹⁰ En efecto, como con la prueba de la detención u ocultación del testamento se fija desde luego el *dolo* de dicha acción (art. 968 N° 5°), este último no es en realidad un presupuesto de la indignidad para suceder, sino la falta de *dolo* un *impedimento* para que surja tal indignidad. Formulada correctamente, la norma debería prescribir que es indigno para suceder "el que ha detenido u ocultado un testamento del difunto, a menos que no haya actuado con *dolo*". Del mismo modo, la prueba de que el acreedor ha destruido, cancelado o entregado voluntariamente al deudor el título de la obligación también acredita el *ánimo de condonarla* (art. 1654.1), de donde la remisión tácita la produce sólo el primero de tales supuestos (que es por ello su único hecho constitutivo), en tanto que la *falta* del segundo la impide. La *culpa* del depositario en la fractura de los sellos o en el forzamiento de las cerraduras, por su parte, tampoco es un presupuesto para estarse a la declaración del depositante en cuanto al número y calidad de las especies depositadas (art. 2224): sólo la *fractura* o el forzamiento producen ese efecto jurídico, a menos que no sean consecuencia de la culpa del depositario.

¹¹¹ Véase, al respecto, CARNELUTTI, *La prueba civil* (trad. Alcalá-Zamora, ed. Arayú, B. Aires 1947), p. 92 n. 158, para quien las *presunciones legales relativas* y las *verdades interinas* se distinguen según si el hecho se juzga existente *con* o *sin* necesidad de prueba de un hecho *no representativo* del mismo (o sea, de un *indicio* propiamente dicho).

miento;¹¹² que con ella tan sólo quiere advertirse que el comportamiento doloso sigue constituyendo el límite de las conductas punibles, de donde no puede considerarse delito a aquellas conductas que, mediando dolo, no lo serían;¹¹³ que no es sino un valor técnico de procedimiento;¹¹⁴ que atenúa y no invierte la *carga de la prueba* del juzgador¹¹⁵ o que no la invierte del todo;¹¹⁶ que es un medio de prueba conforme al cual el juez puede adquirir la convicción que le exige el art. 456 bis CPP;¹¹⁷ o que debe interpretársela como la consagración expresa y sobreabundante de una regla de sana crítica.¹¹⁸

-
- 112 En este sentido, véase las opiniones vertidas en el transcurso de la 13ª y 14ª sesión del *seminario de las Naciones Unidas acerca de la protección de los derechos humanos en el derecho y el procedimiento penales*, TF/326/1(40-2)LA/SR 13, p. 8 ss.
- 113 RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (ed. Dykinson, Madrid 1986), p. 347.
- 114 ORTUZAR LATAPIAT, *Les garanties d l'inculpé dans la procédure pénale chilienne*, en *Revue internationale de droit pénal* 1-2 (1966), p. 63
- 115 PAILLAS, *La prueba* (n. 87), p. 59 s.
- 116 SOLER, *Derecho penal argentino* (ed. Tea, B. Aires 1951) 2, p. 104 s., para quien, además, la denominada *presunción de dolo* no tiene otro alcance que el de *presumir* que un hecho se ha producido "en la forma que, en general, se produce en la vida cotidiana" cuando así conste de las circunstancias particulares de la causa.
- 117 NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno* (ed. Jurídica, Santiago 1960) 1, p. 525 n. 41. Baste advertir que las presunciones, a pesar de lo dispuesto por los arts. 47, 1698 y 1712 CC, 341 y 426 CPC, y 457 y 485 y siguientes CPP, no son medios de prueba propiamente dichos (en contra, entre muchos, PASCAL, n. 5, p. 72); en ambas categorías se pasa de un hecho conocido a otro desconocido, pero en los medios de prueba el hecho conocido se verifica siempre dentro del proceso (declaración testimonial o confesional, etc.) y tiene la finalidad de reconstruir la historia, en tanto que en las presunciones es siempre un hecho pretérito y exterior al proceso que no reconstruye la historia, sino que constituye nada menos que un fragmento de la misma (cfr. CARNELUTTI, *La prueba*, n. 111, p. 91, y CARRERAS, n. 7, p. 360 ss.).
- 118 De aquélla que señala que cuando una persona realiza una conducta que conforme a la experiencia corriente produce cierto resultado, quepa entender que ha querido la producción del resultado, salvo que por otras circunstancias se genere una duda

La solución, según se ha demostrado, pasa por consideraciones de muy diverso tenor. El art. 1.2 CP no constituye sino un medio de definir o de simplificar la hipótesis de una determinada norma material (en este caso, el art. 1.1 CP) -de donde tiene carácter sustantivo y no procesal- al que generalmente acude el legislador cuando esta última exige, junto al supuesto objetivo, ciertas situaciones subjetivas difíciles de probar y que a su juicio existen *normalmente*¹¹⁹ cuando el supuesto anterior se produce. Lo que tiene de empírico y sustantivo lo acerca a las presunciones, pero sus efectos procesales -como se ha visto- son decididamente distintos.

La norma no exige de fijar la voluntariedad, sino que más bien indica *cómo* debe fijársela formalmente: acudiendo a la prueba del material facticio (acción u omisión penada por la ley), porque la actuación del autor generalmente exterioriza -en concepto del legislador- aquel elemento interno o subjetivo.¹²⁰ Pero no por ello autoriza a darla por acreditada tan pronto se ha demostrado la realización de un hecho material objetivamente adecuado a un tipo, pues la fijación con base a la regla de experiencia crea una hipótesis -*ubi consistam*-¹²¹ que sólo tendrá vigencia mientras del proceso *no conste lo contrario (nisi aliud appareat)*.¹²²

razonable acerca del contenido de la voluntad. En este sentido, *Sistemas penales* (n. 49), p. 21.

119 La máxima de la experiencia en base a la cual se crean estas *verdades interinas* es, precisamente, la *teoría de la normalidad*.

120 En cierto sentido, ya se lo había planteado así NUÑEZ (n. 66) 2, p. 69 s., cuando advirtió la posibilidad de que con el entonces vigente art. 1.2 del Código Penal español sólo quisiera significarse "*que, en definitiva, el juez ha de decidir según las pruebas de la causa*", lo cual supondría introducir "*una fórmula que, aunque sospechosa, no dice nada que altere los principios comunes de la prueba.*"

121 Se trata, en rigor, de una *hipótesis de trabajo*, como que entraña un hecho que *interina o provisionalmente* debe ser tenido por existente. Así, BRICOLA, citado por RODRIGUEZ MOURULLO (n. 61), p. 39.

122 Según la fórmula equivalente que emplea la también discutida *presunción de imputabilidad* del C. 1321.3 del libro VI del Código Canónico (*Posita externa violatione, imputabilitas praesumitur, nisi aliud appareat*). Ambas prescripciones

Esta expresa referencia negativa ("*a no ser que conste lo contrario*") obliga al tribunal a examinar minuciosamente los autos para ver si no es posible deducir de los antecedentes del hecho, de sus circunstancias y medios o formas de realización, de la naturaleza de estos medios y, en fin, de la proporcionalidad racional entre ellos y el resultado, la presencia de algún hecho excluyente de la voluntariedad y, por tanto, del delito.

Si surgiese la duda o posibilidad de lo contrario, y ésta no la disipa la investigación de oficio y/o las pruebas aportadas por los demás sujetos procesales, el juez debe absolver al imputado, pues la duda de la voluntariedad también pone en duda al hecho penado por la ley que cualifica, como que éste no es tal (penado por la ley) si no es voluntario. Con lo que el art. 109 CPP resulta plenamente aplicable en este ámbito no sólo antes del procesamiento,¹²³ sino durante todo el transcurso del juicio.

De todo lo cual resulta, como ya puede adivinarse, una conclusión sorprendente y no menos paradójal. La denominada *presunción de voluntariedad*, en cuanto medio de fijación provisional de un determinado supuesto de hecho legal, y la denominada *presunción de inocencia*, en cuanto regla de juicio aplicable al proceso penal, disciplinan de idéntica manera la situación del imputado frente a la prueba: la duda acerca de la voluntariedad impide la configuración del delito e impone, por lo mismo, *absolver* al imputado.

Con lo que ambas reglas no son en caso alguno antagónicas, sino plenamente coincidentes.¹²⁴

son coincidentes, en cuanto no exigen *probar* lo contrario, sino que ello *conste* o *aparezca*, y ninguna de las dos expresa *de qué modo* y *con qué grado de certeza* ha de constar o aparecer. Lo cual confirma que la ley exige una *contraprueba* y no una *prueba en contrario* para evitar la aplicación de tales normas.

¹²³ En contra de lo que por décadas ha hecho tener por cierto el célebre fallo de la CS, 3 de octubre de 1947, cons. 5º (GT. 1947, 2º sem., p. 219).

¹²⁴ A una conclusión similar, aunque a partir de un presupuesto que estimo errado, se ha arribado respecto de la denominada *presunción de imputabilidad* del C. 1321.3 del Código Canónico, que HUGHES, *The presumption of imputability in canon 1321.3*, en *Studia canonica* 21 (1987) 1, juzga enteramente compatible con la denominada *presunción de inocencia* vigente en el *common law* anglosajón. Todo el argumento

A mayor abundamiento, la norma del art. 1.2 CP viene por lo mismo a ser confirmatoria del *principio de culpabilidad*, como que reafirma que sólo son penadas por la ley las acciones u omisiones que son comprobadamente voluntarias y, en consecuencia, reprochables a su autor.

Por último, el planteamiento propuesto viene a otorgar un sustrato jurídico a la relación que de manera hasta ahora bastante equívoca y forzada ha intentado establecer la jurisprudencia entre los arts. 1.2 CP y 109 y 456 bis CPP. Aquello de que "*la presunción de voluntariedad no releva al juzgador de su obligación de establecer, a través de los medios probatorios, el grado de culpabilidad del agente*"¹²⁵ resulta por cierto inconciliable con la naturaleza y funciones de las auténticas presunciones legales. En cambio, se aviene cabalmente con la configuración de la voluntariedad como una *verdad interina o provisional* durante el curso del proceso, cualquiera sea el contenido que finalmente se le asigne.

gira en torno de la sustitución de la fórmula *donec contrarium probetur* (a no ser que se pruebe lo contrario) del C. 2200.2 del Código de 1917, por la actual *nisi aliud appareat* (a no ser que aparezca lo contrario) del C. 1321.3, de donde la presunción -que se afirma como tal- cedería frente a la mera duda y no necesariamente ante la certeza de su inexactitud. Se olvida, sin embargo, que semejante interpretación pugna con la naturaleza misma de las presunciones, cuya función es, precisamente, permitir la aplicación de la norma complementada *en caso de duda* del hecho presunto (véase *supra*, párr. II).

¹²⁵ Entre muchas, véase la sentencia de la CA San Miguel, 25 de agosto de 1989, cons. 22 (RDJ, t. 86 N° 2, 1989, 2ª pte., sec. 4ª, p. 81).