



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

PAMELA ALEJANDRA BUCAREY VIVANCO

Profesor guía: Cristián Maturana Miquel.

Santiago, Chile

Enero 2015

A mis esperanzas y vida entera, Amanda y Fátima.

ÍNDICE

ÍNDICE	3
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL.	9
I. Aspectos Generales sobre la Carga de la Prueba.....	9
i) Breve análisis de la definición de carga procesal.	9
ii) La carga de la prueba.....	11
II. La Carga de la Prueba en Materia Penal.....	15
i) Generalidades.....	15
ii) Sobre el concepto de carga de la prueba en materia de penal	19
iii) El problema de la prueba en circunstancias atenuantes y eximentes.	23
iv) Sistema Acusatorio e Inquisitivo: Perspectivas en torno a la carga de la prueba.	27
CAPÍTULO II: GARANTÍAS FUNDAMENTALES Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.	31
I. La Apreciación de la Prueba en el Código Procesal Penal.....	31
II. Las Garantías Fundamentales en el Nuevo Código Procesal Penal.....	34
III. Nuevo Código Procesal Penal.....	38
i) Antecedentes históricos	38
ii) El Ministerio Público: Reforma Constitucional de la Ley número 19.519.....	40
iii) La Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.....	43
iv) Facultad de investigación del Ministerio Público.....	45
IV) Principio de Objetividad y Presunción de Inocencia	50
i) Respecto al Principio de Objetividad.	51
ii) Respecto a la presunción de inocencia:	53

CAPÍTULO III: LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN: EL PROBLEMA DE QUIEN PRUEBA LA JUSTIFICANTE	58
I. Generalidades.....	58
II. La Antijuridicidad.....	59
III. Las Causas de Justificación	61
IV. La Legítima Defensa.....	63
i) Requisitos de la legítima defensa.....	64
ii) Elementos subjetivo de la defensa:	67
iii) Legítima defensa de parientes	68
iv) Legítima defensa de terceros	69
v) Legítima defensa privilegiada	70
vi) Exceso en la legítima defensa:.....	73
vii) La legítima defensa incompleta	74
V. Prueba en la Legítima Defensa.....	75
i) El problema de la transferencia de la prueba	76
ii) La opinión de Fletcher	79
iii) La presunción de inocencia	81
iv) La teoría moral de la culpabilidad	83
CAPÍTULO IV. BREVE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	85
I.- Generalidades.....	85
i) La Inversión de la Prueba.....	87
ii) Rigurosidad en la prueba de las eximentes debe ser equivalente a la prueba del hecho mismo:.....	93
iii) La culpabilidad es lo que se debe demostrar, no la inocencia	95
iv) Valoración de la prueba más allá de toda duda razonable.....	98
V.CONCLUSIÓN	101
VI. BIBLIOGRAFÍA	103

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, tiene por objeto aportar una solución dogmática al problema que radica en la carga de la prueba, en el evento de concurrir la legítima defensa como causal de justificación.

Si bien centraré en el análisis en el *onus probandi* en situación de legítima defensa, la posición final igualmente puede aplicarse al resto de las causales de justificación de la parte general del Derecho Penal, las cuales suscitan interrogantes dentro del contexto exclusivamente probatorio en que radica este trabajo.

En consecuencia con lo anterior, se tendrá como objetivo primario, determinar a qué interviniente en el proceso penal le corresponde asumir la carga de la prueba en situación de legítima defensa; dirigiendo todo este trabajo a esclarecer cuáles son elementos que debe probar la defensa, y cuál es la carga que soporta el Ministerio Público ante la alegación de esta justificante.

Principalmente se basará en tres esquemas fundamentales, cuales son, aspectos teóricos procesales penales, analizando la doctrina al respecto; una parte jurisprudencial, que analizará diversos fallos existentes desde la entrada en vigencia del nuevo proceso penal hasta la fecha, a partir del conocimiento teórico entregado en una primera parte; y por último una exposición final altamente influenciada por la postura del George Fletcher.

Así, en la primera etapa de esta investigación, analizaré el concepto de carga de la prueba, determinando si es posible hablar de él en materia penal y, en caso de

ser afirmativo lo anterior, determinar cuál es la diferencia con las reglas de distribución probatoria en materia civil.

Sin embargo en esencia, abordaré la interrogante que emana cuando, el imputado alega la concurrencia de legítima defensa y cuál será el rol del Ministerio Público al dirigir la investigación frente a la argumentación de la justificante.

Es significativo el aspecto probatorio que promueven las causas de justificación, puesto que preliminarmente, invierten la concepción de carga de la prueba procesal.

Asimismo, determinado el interviniente que tenga la carga probatoria en este sentido, es destacable plantear, hasta qué punto debe lograr la convicción al juez más allá de toda duda razonable. Al respecto, invocar la legítima defensa, implica solicitar la absolución del imputado o un atenuante de pena, en caso de ser legítima defensa incompleta.

Considerando el principio de presunción de inocencia reconocido a nivel de Tratados Internacionales, ¿es lógico solicitar a la defensa que ante una causal de justificación, pruebe al juez más allá de toda duda razonable la inocencia del imputado, toda vez que dicha presunción es un derecho fundamental del mismo?

Lo correcto, sería entonces, que sobre el Ministerio Público recaiga la totalidad de la carga probatoria en el proceso penal, puesto que una de sus principales funciones es dirigir la investigación con el fin de obtener “el esclarecimiento de los hechos”. Este esclarecer, implica además la inocencia del imputado, y entonces, lo exigido es que sobre el Ministerio Público recaiga la carga de la prueba tendiente a derribar la presunción de inocencia del acusado, dirigiendo además la investigación a

determinar la concurrencia o no de la justificante alegada por la defensa. En definitiva, es la materialización de la exigencia de imparcialidad y de representación de los intereses de la sociedad en su conjunto, conforme al principio de objetividad regulado en la Ley 19.640 y en el Código Procesal Penal

Adicionalmente, haré una referencia a la legítima defensa como causal de justificación, en una elaboración formulada a la luz de los diversos textos de derecho penal en estudio, siguiendo principalmente las teorías de Claus Roxin, y el apoyo significativo del trabajo realizado por Miguel Ángel Iglesias del Río en “Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa”.

Con todo, la exposición ilustrativa de esta figura, se basa en el trabajo de Juan Bustos Bustos y de Hernán Hormazábal Malarée, en “Lecciones de Derecho Penal”; haciendo presente que la enunciación de los aspectos teóricos y dogmáticos de la legítima defensa desarrollados en esta memoria, obligatoriamente se relacionan, con las circunstancias y elementos procesales que deben ser acreditadas para que opere la causal de justificación.

Para concluir, expondré en torno al trabajo realizado por el autor George Fletcher, quien aporta, a mi juicio, con un interesante apoyo teórico para fundamentar mi posición final, la cual atribuye a la parte acusadora la carga de la prueba en un sentido más estricto, y con el mayor estándar de exigibilidad en la valoración de la prueba que pueda hallarse en los ordenamientos procesales penales. Todo porque rige como principio indiscutido, la presunción de inocencia y, de manera no menos importante, el *in dubio pro reo*, que impide acreditar la culpabilidad de una persona

cuando los hechos que la formulan no han logrado la convicción del juez “más allá de toda duda razonable”.

CAPÍTULO I: LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL.

I. Aspectos Generales sobre la Carga de la Prueba.

i) Breve análisis de la definición de carga procesal.

De acuerdo al autor James Goldschmidt¹, la carga procesal se manifiesta en la necesidad de una actuación a objeto de prevenir un perjuicio procesal, y en definitiva una sentencia desfavorable. En consecuencia, implica ejercer una facultad para la satisfacción del propio interés, es decir, un conjunto de posibilidades que no es obligatoria, pero que sí se tiene derecho a ejercerla, esto es "...los derechos procesales de la misma parte, porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad al objeto de prevenir su pérdida"².

En consecuencia, existe una carga, no un deber, de probar y suministrar prueba, cuestión que parece del todo razonable en el proceso civil, pero que no puede entenderse de la misma forma en el proceso penal, deteniéndome más adelante en las particularidades de este proceso, y de las implicancias en garantías fundamentales que representa.

¹ Goldschmidt. J. "Principios Generales del Proceso". Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961, Tomo I. P. 91 y ss.

² Ibid.P.91

La concepción del término de carga procesal, se debe en gran medida al aporte de James Goldschmidt, quien concibe al proceso como una “situación jurídica”³, no como “relación jurídica”, puesto que el juez no está obligado con las partes, y tampoco entre las partes existe obligación alguna. En este sentido, y bajo la perspectiva de la “teoría de la situación jurídica” el juez dicta sentencia, conforme a la obligación que como funcionario público tiene, encontrándose la fuente de tal deber en nuestra legislación, en los incisos 1° y 2° del Artículo 76 de la Constitución Política de la República, en el Artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales; Artículos 162 y 170 del Código de Procedimiento Civil; Artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, y artículos 343 y 344 del Código Procesal Penal⁴.

En relación a las partes, tampoco existen propiamente deberes ni derechos, sino que “sólo sumisión como ciudadanos al cumplimiento de deberes o, en su caso, ejercicio de derechos públicos al margen del proceso”⁵. En consecuencia, “no existen obligaciones entre las partes entre sí, sino que sólo un estado o posición de cada una de las partes frente a una sentencia que se espera obtener dentro del proceso”⁶

Eduardo Couture, siguiendo también la línea de James Goldschmidt, define carga procesal como: “una situación jurídica de realización facultativa, normalmente

³ Maturana Miquel, Cristián-Montero López, Raúl. “Derecho Procesal Penal” Santiago, Chile. Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010. P. 898.

⁴ Ibid. P. 899.

⁵ Ibi. P. 899

⁶ Ibi. P. 899

establecida en el interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”⁷.

ii) La carga de la prueba.

Antes de centrarme en la posibilidad de concebir la carga de la prueba en materia penal, me referiré a ciertas nociones de carga de la prueba civil.

Mi interrogante principal, apunta en la posibilidad hablar llanamente de este concepto en el proceso penal, el cual diverge sustancialmente del proceso civil; pues en éste último, el concepto “carga de la prueba”, es utilizable sin mayores complicaciones, ya que se reconoce más fácilmente el rol que deben tener las partes en dicho proceso.

En materia civil, donde rige el principio dispositivo de las partes, es fácil contemplar la actividad probatoria de éstas. La distribución de la carga de la prueba se aprecia en una norma expresa que la señala o mediante una presunción legal. Así, en un conflicto de relevancia jurídica, una de las partes “soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos jurídicos aplicables. Soporta esta carga, porque en el caso de no demostrarse la existencia de esas características no se aplica el precepto jurídico favorable a la parte y se imputa a ésta la incertidumbre relativa a los hechos”⁸.

⁷ Couture Eduardo. “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”. Buenos Aires, Editorial Depalma 3era. edición 1978.P. 240

⁸ Rosenberg, L. “La carga de la prueba”. Traducción Ernesto Krostoschin. Ediciones jurídicas Europa –América. Buenos Aires, 1956. P.11

Con las mismas palabras de Leo Rosenberg recalca la importancia de esta incertidumbre en el fallo. Rosenberg señala que un “*non liquet* en la cuestión de hecho no significa un *non liquet* en la cuestión de derecho”⁹. De tal modo que la incertidumbre no significa una imposibilidad en el fallo, sino que el juez debe fallar en contra de la parte que soporta la carga.

A su vez, este mismo autor realiza una distinción entre carga subjetiva formal y carga objetiva o material de la prueba¹⁰.

Por carga formal se entiende a la norma que impulsa a las partes para que prueben los hechos que le sean convenientes, sin ser obligatorio, pero asumiendo las consecuencias del no uso de esta posibilidad. En este sentido, carga de la prueba se equipara con la carga de suministrar la prueba, es “la necesidad práctica de probar una relación o un hecho real para evitar una decisión jurídica desfavorable”¹¹. En términos más explícitos, constituye el aforismo latino “*Onus probandi incumbi actori*”, la carga de la prueba incumbe al actor.

En cuanto a la llamada “carga de la certeza o material u objetiva”, es definida por Leo Rosenberg¹², como lo que prescinde de la actividad de las partes para hacer constar los hechos discutidos, lo que importa es determinar cuáles son estos hechos para que se llegue a la finalidad que busca el proceso. De ahí que formula una

⁹ Rosenberg, L. Op. Cit. P.13

¹⁰ Esta distinción será relevante para los fines que quiero obtener en esta memoria, en el sentido de que la extensión de la carga de la prueba en materia penal, no tiene las mismas dimensiones que en materia civil, por lo que el concepto en el proceso penal se vincula a la esencia misma de éste y a los principios que lo inspiran. Respecto a este punto, L. Rosenberg precisa que quien primero mencionó estos conceptos fue Julius Glaser en sus trabajos de 1883.

¹¹ Rosenberg, L. Op.Cit. P. 17-18

¹² Rosembarg. Op. Cir. P.13

aplicación a todos los procedimientos en donde se empleen normas jurídicas abstractas, mencionando a los procedimientos en donde predomina el principio inquisitivo, dispositivo, o el intermedio. Todo se vincula al procedimiento penal de orden inquisitivo en lo que concierne a la carga objetiva, pues se impone al tribunal la obligación de averiguar, imposición que no pesa sobre las partes.

G.A. Micheli¹³, formula que la tradición de la carga probatoria surgió como concepto universal, aplicable a toda clase de procesos. En su obra, “La Carga de la Prueba”, realiza una evolución histórica en que se representa la posición de las partes frente a una afirmación, y el rol que asumirá el juez en una etapa final, en la cual presentará mayor preponderancia. Así, el juez establece cuál de las partes debe producir prueba en juicio, y quién se encuentra en mejor posición para producirla.

Las reglas de distribución aparecen en conjunto con el concepto de carga de la prueba. Es en esta etapa en donde encontramos el aporte de Robert J. Pothier, reflejado en la norma del artículo 1698 de nuestro Código Civil. Este se centra, en el interés bilateral, y en el principio rector de la igualdad entre las partes, de tal manera que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”

La última fase que describe Micheli, es la pérdida de la condición esencial de la actividad probatoria de las partes, a objeto de obtener un resultado favorable, puesto que no sólo tienen importancia la prueba aportada por la parte, sino que las pruebas decretadas de oficio por el juez.

¹³Micheli, G.A. “La Carga de la prueba. Buenos Aires”. Editorial EJE. 1961. P. 56-57.

Así, en los procesos dispositivos, donde las facultades del juez no se presentan restringidas en materia de prueba, el concepto de carga de la prueba se convierte en una regla de juicio. En consecuencia, la actividad decisoria del juez se torna relevante, puesto que “debe juzgar en todo caso, no sólo cuando la ley se manifieste oscura y con lagunas, sino también cuando falten los elementos necesarios para formar su propia convicción¹⁴”.

Micheli basa el concepto de carga de la prueba en la necesidad práctica que tiene cada parte para que alegue y pruebe en el proceso, todos los hechos que le reputan un beneficio en la norma jurídica. Establece una distinción entre carga y obligación, la carga no conlleva a una imposición en el actuar correlacionada con una consecuencia negativa, sino que el sujeto procesal es libre de obedecer a la conducta para obtener el beneficio jurídico aparejado con la carga. Esta idea reitera la libertad del sujeto en materia civil, y la responsabilidad recaída exclusivamente en él, al obedecer o desobedecer el mandato de soportar la prueba formal o subjetiva, la carga en consecuencia tiene la función de dar “estímulo a la actividad procesal de las partes”¹⁵.

James Goldschmidt¹⁶, siempre lo vincula al concepto de carga procesal, y señala que ésta pesa sobre una parte, importando para ella una situación de necesidad, situación que le insta a realizar un determinado acto para evitar un perjuicio procesal.

¹⁴ Ibid. P.57

¹⁵ Micheli, G.A. Op. Cit. P.111. El autor cita a Carnelutti quien describe esta función, que se une a la otra función de la carga de la prueba, y que consiste en “dar al juez un criterio, para decidir en todos los casos, a fin de evitar un *non liquet*”.

¹⁶ Goldschmidt, J. “Derecho Procesal Civil”. Traducción, Leonardo Prieto Castro. Labor. Barcelona, 1936.

II. La Carga de la Prueba en Materia Penal.

i) Generalidades

Habiendo tratado en el apartado anterior el significado de la teoría de la situación jurídica y la contribución que provocó ésta en la noción de carga procesal, así como también, el concepto de carga de la prueba. Cabe ponderar ahora la extensión de este concepto hacia al ámbito del derecho procesal penal en donde mayores problemáticas presenta. Lo anterior, es así, exclusivamente por las garantías constitucionales implicadas en el derecho penal, y en el rol que el ciudadano común tiene frente a la potestad punitiva del Estado.

El principal cuestionamiento hallado, y el que centra mi interés en esta investigación, es que muchas veces, y también en nuestra jurisprudencia nacional, parece que principios tan relevantes como el de la presunción de inocencia, se ven un tanto ignorados, ya que en determinados supuestos, es el propio individuo quien tiene que probar su inocencia. Esta prueba de la inocencia, parece más evidente en situaciones donde a primera vista se considera una inversión de la carga probatoria en materia penal, cual es el caso de las causales de justificación de responsabilidad penal.

Asimismo, uno de los fines del proceso penal es obtener el descubrimiento de la verdad material, utilizando como medio idóneo para aquello la prueba, teniendo como principio la prueba suficiente que destruya la inocencia del imputado, sin requerir

a la inversa, prueba que acredite su inocencia, como debe ser lo lógico en un proceso que garantiza los derechos fundamentales.

La actividad probatoria, definida como “el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de elementos de prueba¹⁷”, debe comprenderse y exigirse especialmente dentro del proceso penal al órgano acusador, que de acuerdo al principio de objetividad, en el caso del Ministerio Público, debe centrar todos sus esfuerzos para aportar al interés global del proceso, y no sólo desde una perspectiva unilateral. Lo anterior, porque la actividad probatoria se focaliza principalmente en el órgano público, por lo que los estándares de actividad probatoria exigida, a otros sujetos procesales, como por ejemplo al imputado, se centrará más en su interés particular, y como ya se ha dicho, tampoco debe hacer demasiado para probar su inocencia.

Es por eso, y que resulta de gran relevancia, no concebir el concepto de carga de la prueba en el sentido tradicional, aplicable sin mayores problemas al proceso civil, es decir como “el imperativo impuesto a quien afirma un hecho, en el cual se basa su pretensión, de acreditar su existencia, so pena de que, si no lo hace, cargará con las consecuencias de su inactividad, la que puede llegar a ocasionar que aquélla sea rechazada, por no haber probado el hecho que le daría su fundamento”¹⁸. Sin embargo, en el proceso penal, las consecuencias de una insuficiente actividad probatoria, y aporte de pruebas sólo deja intacto el principio de presunción de inocencia contra el acusado. En consecuencia, la distribución de carga de la prueba

¹⁷ Cafferata Nores, José L. “La prueba en el Proceso Penal”. Editorial Depalma-Buenos Aires. 1986. P.31.

¹⁸ Ibid P.31

pesa sobre el Ministerio Público, la cual no debe ser entendida sólo en beneficio de la acusación, sino que también como obtención de la verdad, lo que presupone investigar además, los hechos que acrediten la inocencia del imputado. En otros términos, el Ministerio Público, tomando en cuenta su rol y las atribuciones en que se encuentra investido, puede presentar pruebas en favor del acusado, en el evento de que a lo largo de la investigación se logren encontrar dichas pruebas favorables. También podría aportarlas, si la defensa del acusado presenta presupuestos en que se verificaría una causal de justificación que excluye la antijuridicidad de la acción típica.

En este sentido, la totalidad del ejercicio de la actividad probatoria recaería sobre el Ministerio Público de conformidad con sus facultades. En consecuencia, sería impreciso hablar de distribución de carga de la prueba en el proceso penal, pues sobre el Ministerio Público pesa en forma absoluta dicho imperativo. Sin embargo, y tal como será analizado más adelante, esta noción clara en un principio, se invierte frente a la invocación de una causal de justificación penal, recayendo la totalidad de la carga probatoria en la defensa.

El profesor George Fletcher, expuso de manera muy clara el conflicto de la carga de la prueba en el proceso penal, haciendo presente que su “naturaleza material o procesal”¹⁹ es difícil de resolver, así como también las consecuencias que tendría la distribución de la carga para una u otra parte.

En la siguiente cita, y bajo el ejemplo de la figura del Jurado, George Fletcher hace presente, que el caso se puede aplicar a cualquier otro que enjuicie el hecho: “El

¹⁹ Fletcher, George. “Conceptos Básicos de Derecho Penal”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997. P

Jurado está convencido de que efectivamente el acusado mató intencionalmente a la víctima, pero no puede resolver la cuestión de si lo hizo en legítima defensa. La prueba dentro de la prueba no lleva a ninguna conclusión. En este tipo de casos en los que no hay manera de resolver claramente de un modo u otro, la carga de la prueba resuelve el problema. Si corresponde a la acusación probar la ausencia de legítima defensa, entonces el acusado debe ser declarado en esas circunstancias no culpable. Pero si es el acusado quien tiene que probarla y no la prueba, entonces la solución es justamente la contraria...”. Agregando al final “parece obvio que situar la carga de la prueba en la acusación o en la defensa influye radicalmente en el resultado del juicio”.

Si contextualizamos la situación antes descrita por Gerge Fletcher, bajo los parámetros de nuestro sistema procesal penal, podemos encontrar disposiciones claras y principios que radicarían ante situaciones de legítima defensa, o cualquier otra causa de justificación. Estos principios son la presunción de inocencia, y el principio de objetividad, ligado al actuar del Ministerio Público. No obstante, en la práctica y confirmado a la luz de una revisión jurisprudencial de algunos fallos en torno a la legítima defensa, verificados desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal es posible afirmar que la carga de la prueba en la legítima defensa recae en su totalidad en la defensa, y en consecuencia, si el acusado que no prueba la legítima defensa es declarado culpable.

ii) Sobre el concepto de carga de la prueba en materia de penal

Dentro del proceso penal, no es posible aplicar el concepto de carga de la prueba formal tratado anteriormente, ya que en dicho proceso, es el órgano persecutor el encargado de suministrar la pruebas para derribar la inocencia del imputado.

Con todo, si bien autores como Leo Rosenberg apreciaron que en sentido formal la carga opera en procedimientos en donde impera el principio dispositivo, señaló igualmente que en los procedimientos penales es factible hablar de prueba objetiva, pues en ella se prescinde del aporte de las partes individualmente consideradas²⁰.

A su vez G.A. Micheli explica el contenido de la regla del juicio en materia penal, reiterando la idea de que en este proceso también la ley prohíbe el *non liquet*, de que el carácter acusatorio se refleja tanto en la estructura del procedimiento como en la manifestación de la regla de juicio. Este carácter se exterioriza en el evento de que “el imputado debe ser absuelto no sólo cuando no resulten probados los hechos constitutivos de delito, sino también cuando no sean probados como inexistentes, los hechos que por la ley penal, tienen el efecto de paralizar la aplicación de la norma jurídica”²¹. Frente a esta falta de certeza el juez resolverá aplicando el *in dubio pro reo*, derivación del principio de presunción de inocencia que no pudo ser derribado. En el proceso penal, no se advierte distribución en lo referido a la carga de la prueba, con la excepción de presunciones que importen hipótesis que verifican hechos (así

²⁰ Rosemberg, I. Op.Cit. P. 17-18

²¹ Micheli, G.A. Op.Cit. P. 265-266

presunciones *facti* que estén en situación de utilizar en base a criterios ofrecidos por la experiencia).²²

Los principios de oficialidad y de investigación de oficio, son propios del sistema penal, a causa del interés público que supone la persecución de delitos. En tanto, que el principio dispositivo o de aportación de parte, son propios del proceso civil, en consecuencia, no es factible concebir el concepto de carga formal dentro de un proceso penal. Aunque bien, su ejercicio, se puede entender como un derecho de la parte, y que en ocasiones, puede acarrearle ventajas en su defensa o acusación. En contraposición, la falta de iniciativa de las partes en materia civil, no puede ser suplida por la intervención del órgano judicial, en este mismo aspecto, pero tratándose de carga material “quien sufre los perjuicios derivados de la incertidumbre.....resultante de la falta de prueba o de la falta de éxito de la existente.....será la parte que no ha probado lo que le correspondía...”²³.

La carga formal en el proceso penal, resulta inaplicable porque no versa sobre las partes la responsabilidad en el desarrollo de la actividad probatoria, pues la realización de pruebas corresponde al órgano investigador. En este mismo sentido, ¿puede la defensa del imputado alegar la justificante de legítima defensa sin probar nada? .Para esto último, sólo bastaría que la defensa se fundamentara en la presunción de inocencia del imputado, siendo, por ende deber del fiscal, según lo expuesto en el artículo 180 de CPP, el dirigir la investigación, realizando o encomendando, “todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes

²² Ibid. P. 268. En nota al pie 71.

²³ Huertas San Martín, M. Isabel. “El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba”. José María Bosch Editor. Barcelona, 1999. P.36

al esclarecimiento de los hechos”. Y este esclarecer de los hechos, se vincula sin duda al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Entonces se podría sostener, que los hechos importan además la concurrencia de la justificante.

Ya G.A Micheli afirma que debe darse por perdido todo intento por aplicar al proceso penal la noción de carga de la prueba, pues aquí, “la carga no tiene la eficacia de estímulo de la actividad de las partes, puesto que no puede decirse que el Ministerio Público sea titular de un interés interno en antagonismo con el imputado”²⁴. Reitera este autor, que no es concebible entender al Ministerio Público como una parte privada, “puesto que su función en el proceso penal se vincula estrechamente al hecho de que en el proceso penal existe una acusación pública y un acusado, y de ahí que él ejercite una función esencialmente dialéctica”²⁵.

Eduardo M. Jauchen²⁶ distingue dos aspectos en los procesos en los que se aplica “la carga de la prueba”.

Por un lado, están las reglas determinadas que el órgano judicial debe considerar al resolver sobre un hecho que no verifique prueba producida, por la parte que tenía el interés jurídico en la producción de la prueba.

El otro aspecto, lo constituye el deber de probar, que se funda en las consecuencias desfavorables que la omisión conlleva. Asimismo, el juez no puede

²⁴ Micheli, G.A. Op.Cit. P. 272

²⁵ Ibid. P.273

²⁶ Jauchen, E.M. “Tratado de la prueba en materia penal”. Rubinzal-Culzoni Editores. P.38-40.

introducir prueba de oficio vulnerando el principio dispositivo de las partes, a excepción de las cuestiones llamadas de orden público.

En vista de esta distinción, el autor afirma que en el proceso penal, por razones de interés público, no se aprecia la referida distribución de la carga de la prueba. “El imputado goza de su natural estado de inocencia, y en consecuencia nada ‘debe probar’, ni siquiera sus excusas o justificaciones, ya que si bien tiene el derecho de hacerlo, la circunstancia que omita esa actividad no acarrea para él ningún perjuicio procesal”²⁷.

Con todo, es factible hablar de carga de la prueba en el proceso penal en un sentido objetivo y material, pues tal sentido es adquirido cuando “la cuestión se reconduce a determinar las consecuencias que han de derivarse de la falta de la prueba de los hechos”²⁸. Es por esto que no es posible hablar de carga formal, ya que no existen reglas distributivas, ni rige el principio de aportación de parte ni dispositivo. La falta de prueba de los hechos conduce insoslayablemente a vincular este concepto de carga objetiva con el principio de presunción de inocencia, y en segundo término con el *in dubio pro reo*, pero la cuestión se complejiza mayormente, cuando la defensa alega y aporta la concurrencia de alguna justificante.

En virtud del principio de objetividad, en la etapa de investigación por ejemplo, el fiscal al investigar todos los hechos esclarecedores que acreditan o no la comisión del ilícito, puede concluir que concurrió alguna circunstancia atenuante o eximente, y de tal manera dejar la acusación y no llegar al juicio oral. Pero si insiste en la

²⁷ Jauchen, E.M. “Op.Cit. P.39

²⁸ Montañes Pardo, M.A. “La presunción de inocencia: Análisis doctrinal y jurisprudencial”. Arazandi Editorial. P. 81

conurrencia de una acción típica, antijurídica y culpable, debe exponer sus argumentos en el juicio oral, al igual que la defensa. Así, la fiscalía deberá probar la no concurrencia de la atenuante o eximente, y la defensa deberá alegarla. Sin embargo, existe la interrogante acerca de quién debe probar más allá de toda duda razonable, y cuál es el estándar de exigibilidad en uno y otro caso. Desde una perspectiva de garantías procesales, el mayor estándar probatorio debiera ser el de destruir la inocencia del imputado por parte del órgano persecutor, y no el de probar con altos estándares la justificante o eximente, trasladando la exigencia exclusivamente al imputado y a su defensa.

iii) El problema de la prueba en circunstancias atenuantes y eximentes.

En general, y a partir de una primera impresión, podemos concluir que el Estado tiene la responsabilidad de la carga de la prueba en lo respectivo a la acusación, por ende, el imputado, no tiene que demostrar nada, dejando todo en manos de aquel que tiene la responsabilidad de derribar su inocencia.

Dentro de un sistema acusatorio, de igual forma podemos apreciar que en determinados aspectos, las partes actúan en un sentido adversarial, en donde la defensa, es la parte contraria al fiscal, y es ahí, donde aparece la problemática que hemos ido abordando a lo largo de este trabajo, la de la carga de la prueba ante una causal de justificación, y la inversión de la carga probatoria en los casos de exclusión de responsabilidad penal.

Nuestro actual Código Procesal Penal, deja al juez sentenciador ajeno en la práctica probatoria. En consecuencia, el juez al fallar no se encuentra inmiscuido en el proceso de obtención de prueba, por tanto, el rol que asuma la acusación o la defensa, es más exigente al momento de aportar prueba.

Por el principio de presunción de inocencia pareciera claro hasta el momento, que la parte acusadora debe probar los hechos constitutivos que fundan la pretensión. A este respecto la doctrina del Tribunal Constitucional español, ha dejado la apreciación de esta problemática a la labor realizada por los jueces y tribunales. En distintas sentencias del Tribunal Supremo español que se refieren a la extensión de la presunción de inocencia frente a la concurrencia de eximentes o atenuantes, se ha señalado reiterativamente jurisprudencia con este matiz:

“No se proyecta sobre la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de tal modo que las partes acusadoras se vean obligadas a probar que no han concurrido en el caso, porque la prueba de la circunstancia eximente corresponde al acusado”.

“No tiene por qué presumir que toda persona es irresponsable o tiene modificada su responsabilidad....sino que corresponde a la parte acreditar que concurrían los elementos básicos necesarios para la estimación de la eximente incompleta que se postula, sin

que goce en este aspecto de ningún privilegio o presunción favorable”²⁹ .

Esta doctrina me parece discutible, puesto que significaría una contraria aplicación al principio de la presunción de inocencia. El alegar una eximente o atenuante en absoluto significa privilegiar al imputado, sólo corresponde a una aportación de hechos que deben ser valorados por el tribunal según se conforme o no su convicción. Es irracional pensar que el fiscal debe destruir, rebatir la concurrencia de la justificante sin probar nada. Sería otorgarle un rol particular, perdería su esencia de interviniente acusador que se rige por el principio de objetividad. La presunción de inocencia debe romperse por medios lógicos y racionales, si el fiscal llega a la conclusión de que los elementos de la legítima defensa concurrieron, debe dar por probado el hecho y no actuar como parte particular, debiendo el juez de garantía dictar el sobreseimiento definitivo de la causa. Pero vuelvo a reiterar que la problemática es más evidente cuando está claro el contenido de la acusación, y las exposiciones y pruebas serán ventiladas ante el Tribunal Oral en lo penal, de ahí que resulta relevante analizar los estándares de exigibilidad probatoria que serán requeridos tanto al fiscal como al defensor.

Frente a esto es posible hablar de carga de la prueba que se distribuye entre el acusador y la defensa, si le correspondiera al acusador probar la no concurrencia de legítima defensa, no haciéndolo, el acusado será considerado no culpable. No obstante, si la “carga” de probar la concurrencia de la justificante de la legítima defensa, por ejemplo, pesa sobre la defensa, y frente a esto no hace nada, el imputado

²⁹ Ibid.P.83. corresponden a extractos recopilados en este mismo texto, así hago presente que no consulté las fuentes directas.

será declarado culpable. La envergadura de la distinción lo aporta el estándar en que el tribunal evaluará una u otra exigencia.

George Fletcher ³⁰ menciona diferentes estándares de valoración, el más estricto corresponde a la acusación, pues el “estándar exigido es el de la prueba más allá de toda duda razonable”. Otro nivel menos estricto, es “el deber de probar el problema con una prueba clara y convincente” y uno todavía menor, es el nivel mínimo o el deber de probar con una prueba preponderante. Cuando la carga corresponde al acusado, el estándar es más bajo que la prueba preponderante.

Toda esta diferenciación es propia del sistema del *Common Law*, y desconocida en la práctica de los tribunales continentales europeos. Así en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, rige el principio de la libre valoración de la prueba, la íntima convicción del juez acerca de la culpabilidad del imputado. Esta convicción se logra “según las reglas del criterio racional” (Art. 717 LECrim.), “es decir dentro de las reglas de la lógica y, dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia” ³¹.

De lo expuesto en los apartados anteriores, todavía no resulta claro el rol que asumirá tanto el órgano acusador como la defensa, en el evento que concurren justificantes o eximentes, pues sólo me he limitado a la valoración que tendrá el juez, respecto a las pruebas que se le presenten.

³⁰ Fletcher, George. *Conceptos Básicos de Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. P. 36-39

³¹ Vallejo, Manuel Jaén. “Los principios de la prueba en el proceso penal español”. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Artículo extraído del sitio web: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_16.pdf.

En el capítulo III, me centraré en el tratamiento específico de la legítima defensa, analizando sus elementos esenciales e no esenciales. Ese apartado tendrá como propósito realizar un marco teórico general de dicha causal de justificación, a fin de vincularlo con el aporte que ha entregado George Fletcher en la búsqueda de una solución dogmática a este conflicto.

iv) Sistema Acusatorio e Inquisitivo: Perspectivas en torno a la carga de la prueba

Ya en el siglo XIX, Carl J.A. Mittermaier, expresó con claridad, la diferencia sustancial entre sistema Acusatorio e Inquisitivo. No obstante, si bien las diferencias quedan marcadas en el siguiente texto, es evidente que coloca al juez imparcial como un efectivo sentenciador, en pos de un fallo justo, lo cual evidentemente es una idealización decimonónica presente en la doctrina alemana de ese tiempo... “a los que hablan de la obligación de probar como incumbencia especial de una de las partes en el proceso criminal. Se dirá, cuando más, que la cuestión debe versar sobre el procedimiento por vía de acusación, donde se presenta un acusador articulando hechos, procurando la vindicación de sus derechos lastimados y combatiendo a la parte a quien se acusa de modo que todo el proceso consiste en un combate singular entre ambos en el que, procurando cada uno convencer por su parte al juez, se ve obligado también a hacer la prueba o la contraprueba, viniendo ser la absolución la consecuencia forzosa de la prueba no producida por el acusador. Pero en el procedimiento inquisitivo solo se trata de la prueba de cargo; hay en él un magistrado que ha recibido del poder social la misión de investigar la verdad, cualquiera que ella

sea, de cargo o de descargo; este magistrado obra silenciosamente, y lejos de afirmar, como hace siempre el acusador, procede con duda, no llegando jamás a articular desde luego, una inculpación que podría dañar injustamente a aquel sobre quien recae; en una palabra toda la indagatoria es la investigación estudiosa y constante de todos los materiales capaces de ilustrar al juez y de ponerle en estado de pronunciar no siempre una condena , pero sí una sentencia justa”³².

Al hablar de carga de la prueba en materia penal, cabe desde ya referirse al sistema acusatorio, distinguiéndolo del sistema inquisitivo. La distinción principal, se fundamenta en qué parte tendrá la responsabilidad de ejercer la actividad probatoria.

Realizar esta distinción, resulta fundamental al momento de determinar la carga de la prueba tratándose de un sistema acusatorio, o uno inquisitivo. En el sistema acusatorio, la carga de la prueba corresponde al acusador, o en la defensa según sea el caso, en tanto que en el sistema inquisitivo, no existe distribución, por cuanto la investigación se encuentra concentrada en el juez.

En palabras de Luigi Ferrajoli, la distinción entre el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, puede tener un carácter teórico, o simplemente histórico. En relación a esto, Langer sostiene que el principio ha sido utilizado en dos niveles, uno descriptivo, y otro adecuado al deber ser, guiado por un sistema político normativo³³.

³² Mittermaier, C.J.A. “Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc”. Editorial Reus, Madrid, 1929. P. 112.

³³ Ver, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Dpto de publicaciones. “Las garantías procesales penales: *Enfoque histórico comparado*”. Edmundo S. Hendler Compilaciones. 1º reimpresión, Editores del Puerto S.A. 2004. P. 212.

Otra distinción ilustrativa entre ambos principios, es que “el inquisitivo constituiría la exigencia de represión del delito, y el acusatorio, el respeto a los derechos del imputado”³⁴, o también que el inquisitivo representaría como finalidad del proceso penal castigar los culpables, en tanto el acusatorio tendría como finalidad absolver a los inocentes³⁵.

El sistema acusatorio continental, refiriéndonos en específico al sistema alemán, se caracteriza por el “principio de obligación judicial de esclarecimiento”, según los términos de Roxin, y que se basa en que “el tribunal que investiga los hechos de oficio y, por tanto, no está sujeto a los requerimientos de otros intervinientes en el procedimiento³⁶”. De tal manera que la carga de la prueba en el sistema procesal alemán, no se centra en un sujeto procesal específico; sin embargo los demás sujetos procesales, también tienen la posibilidad de actuar en pos de sus propios intereses.

Podemos apreciar que en España, la carga de la prueba se centra en lo que las partes pretenden demostrar, teniendo una gran relevancia el principio del *indubio pro reo*. En consecuencia, el estándar se constituye más exigente para las partes que para el Tribunal, admitiéndose de manera muy mitigada las pruebas de oficio. Aun así, existe una tendencia integradora la cual admite las pruebas de oficio en determinados casos, como puede ocurrir cuando se alega una causal de justificación, donde se puede admitir el rol del juez en la actividad probatoria.

³⁴ Ibid. P. 247

³⁵ Ibid. P. 248.

³⁶ Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal, Trad, de la 25ª edición alemana de G.Córdoba y Daniel R.Pastor. Ediciones del Puerto. Buenos Aires-2000. P. 382

El sistema acusatorio angloamericano, se basa en el rol que tiene el Estado de demostrar que un sujeto tiene responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, siendo preponderante entonces la función que para estos efectos se le asigna al fiscal.

Nuestro actual sistema procesal penal, que supero el antiguo sistema inquisitivo, presenta como dinámica dejar atrás al juez sentenciador en el proceso de obtención de pruebas, a objeto que pueda resolver imparcialmente y más allá de toda duda razonable.

CAPÍTULO II: GARANTÍAS FUNDAMENTALES Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

I. La Apreciación de la Prueba en el Código Procesal Penal.

En nuestro actual sistema procesal penal, rige el sistema de libre apreciación de la prueba, el cual se encuentra consagrado en el artículo 297 del NCPP. Lo anterior, significa que, “cualquier medio idóneo será suficiente para lograr en el juez la convicción necesaria para dar por probado ciertos hechos, como causa de la apreciación directa e inmediata del sentenciador”.³⁷

De conformidad al autor Sabas Chahuán Sarras³⁸, el hecho de que la convicción del juez se logre por cualquier medio idóneo, se traduce en la ausencia de reglas preestablecidas que determinen desde antes el valor que tendrá cada medio probatorio. Obviamente, esta libre valoración se sujetará a los medios que no constituyen prueba ilícita o que afectan las garantías constitucionales de las partes en el proceso, toda vez que estos medios, presentan su propia sanción en nuestro ordenamiento jurídico.

La libre valoración en materia probatoria, tendría dos sentidos de acuerdo a lo señalado por Juan Igartúa Salaverría³⁹, ya que implica exigir a los jueces, por una

³⁷ Maturana Miquel, Cristian. (Coord.) Reforma Procesal Penal. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Tomo III.P. 11

³⁸ Chahuán Sarrás, Sabas. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. P. 298

³⁹ Igartúa Salaverría, Juan. Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso Penal. Valencia. Tirant Lo Blanch alternativa. P. 32.

parte estar “íntimamente convencidos” y a su vez motivar o justificar su decisión en un sentido de razonabilidad. Lo anterior implica que el convencimiento del juez debe ser racional, y no guiarse por una convicción que no puede argumentarse razonablemente, dentro de los límites que otorga el propio inciso 1 del Artículo 297 del Código Procesal Penal. Estos son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados.

Asimismo el inciso 2º del artículo 297 del CPP, establece que: “El Tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”. En concordancia con dicha disposición, Rodrigo Coloma⁴⁰ expresa que a mayor cantidad de información, mayores posibilidades existen de acercarse a lo que efectivamente sucedió, siendo la fundamentación con la cual se valora, de la misma relevancia que la que se utilizará para descartar determinados medios probatorios.

Merece la pena destacar, que el principio de inmediación que prima en nuestro sistema procesal, “impone que el sentenciador sólo puede fallar de acuerdo con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba”⁴¹. Lo anterior, se consagra en los artículos 144 inciso segundo y 145 inciso segundo del Código Procesal Penal.

⁴⁰ Coloma Correa, Rodrigo. Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno. /en/ Coloma Correa, Rodrigo (Ed.) La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Santiago: Lexis Nexis, 2003.P. 11

⁴¹ Horvitz Lennon, María Inés. López Masle, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. P. 96.

Este principio, no se encuentra reconocido autónomamente como garantía, pero al estar asociado al juicio oral claramente la constituye, así no se podrá otorgar valor en la sentencia a prueba que no se haya producido en juicio, esto es, “de nada serviría garantizar el derecho a un juicio oral si, al momento de la sentencia, se permitiera al tribunal fallar sobre la base de prueba que no ha sido rendida directamente ante él”⁴².

El principio de inmediación, se puede entender en dos sentidos, inmediación formal e inmediación material. En la primera, “El tribunal que dicta la sentencia debe haber observado por sí mismo la recepción de la prueba, sin poder dejar ésta a cargo de otras persona”⁴³. Respecto a la inmediación material, “El tribunal debe extraer los hechos de la fuente por sí mismo, sin que pueda utilizar equivalentes probatorios”⁴⁴.

La apreciación de la prueba reviste de gran relevancia, y en el caso particular de la legítima defensa, resulta preponderante, vincular qué interviniente debe suministrar los medios de prueba para su apreciación. Del mismo modo, resulta relevante establecer la manera de cómo se valora la prueba a objeto de romper con las presunciones que se esgrimen en la causal de justificación de legítima defensa privilegiada, por ejemplo.

⁴² Ibid. P. 96

⁴³ Ibid. P. 96

⁴⁴ Ibid. P 97

II. Las Garantías Fundamentales en el Nuevo Código Procesal Penal.

Las garantías fundamentales en materia penal consagradas en la Constitución Política de la República, se encuentran en el Artículo 19, numerales 2, 3 y 7. Son las siguientes:

1. Derecho a defensa jurídica: 19 N° 2 inciso segundo
2. Derecho a la acción: 19 N° 3 inciso primero
3. Derecho a Juez predeterminado por ley y prohibición de comisione especiales:
19 N° 3 inciso cuarto
4. Debido proceso: 19 N° 3 inciso quinto.
5. Derecho a que no se presuma de derecho la responsabilidad penal: 19 N° 3 inciso sexto.
6. Irretroactividad de la ley penal: 19 N° 3 inciso séptimo
7. Prohibición de dictar leyes penales en blanco: 19 N° 3 inciso octavo
8. Derecho a la libertad personal y a la seguridad individual: 19 N° 7
9. Derecho a la libertad provisional: 19 N° 7 letra e).
10. Derecho a no declarar bajo juramento: 19 N° 7 letra f).
11. Derecho a indemnización por error judicial: 19 N° 7 letra i).

Se puede afirmar que con anterioridad al Nuevo Proceso Penal, no existía un juicio respetuoso de las garantías fundamentales. Es por eso, que la reforma del proceso penal en Chile, tuvo como fundamento, superar las deficiencias del antiguo procedimiento penal del año 1906, en donde no se aprecia igualdad entre las partes,

publicidad, tribunal imparcial, y examen y discusión directa del juez, sobre las pruebas que se rinden en juicio, así como inmediación y concentración.

Uno de los principales defectos del antiguo proceso, tenía relación con la prueba, puesto que la mayor cantidad de prueba era rendida en el sumario, siendo escasa en la etapa del plenario, por tanto no existía garantía alguna de su publicidad

Asimismo, escasa era la regulación de los derechos del inculpado, tratados mezquinamente en la norma del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal.

Citaba este Artículo:

Art. 67. "Todo inculpado, sea o no querrellado, y aún antes de ser procesado en la causa, podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios para su defensa.

En especial, podrá:

- 1.- Designar abogado patrocinante y procurador;
- 2.- Presentar pruebas destinadas a desvirtuar los cargos que se le imputen;
- 3.- Rendir información sumaria de testigos para acreditar su conducta anterior, sin necesidad de ofrecerla o anunciarla por escrito previamente;
- 4.- Pedir que se active la investigación;
- 5.- Solicitar conocimiento del sumario, en conformidad a las reglas generales;
- 6.- Solicitar reposición de la orden de detención librada en su contra;

7.- Apelar de la resolución que niegue lugar al sobreseimiento o sobresea sólo temporalmente, y

8.- Intervenir ante los tribunales superiores en los recursos contra la resolución que niega lugar a someterlo a proceso y en los recursos y consultas relativas al sobreseimiento.

Los derechos en el proceso penal del simple inculpado menor de dieciocho años pueden ser ejercidos por sus padres o guardadores y los del demente por su curador. Si no existieren tales representantes o estuvieren, en concepto del juez, inhabilitados, y no se hubieren designado abogado y procurador, el juez, una vez prestada la indagatoria, podrá designarles a los que corresponda de acuerdo con las reglas previstas en el Título XVII del Código Orgánico de Tribunales, aunque el inculpado se encuentre en libertad.”

De igual manera, cuestionable era el rol del juez en la producción de prueba, quien además contaminado con dicho proceso, debía dictar sentencia.

Artículo 10 Código Procedimiento Penal: “El delito se comprueba con el examen practicado por el juez, auxiliado por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración y de las huellas, rastros y señales que haya dejado el hecho; con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutó, con documentos de carácter público o privado; o con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia.

Las informaciones que la policía proporcione sobre hechos en que haya intervenido, que se relaten en las comunicaciones o partes que se envíen a los tribunales, tendrán el mérito de un antecedente que el juez apreciará conforme a las reglas generales, sin perjuicio de que pueda citar a los funcionarios respectivos para interrogarlos sobre esos hechos, o para otras diligencias del proceso; y sin perjuicio también del derecho de los inculcados para solicitar que se les interroge al respecto, se les caree o conainterrogue”.

Con anterioridad a la reforma del sistema procesal penal, existieron intentos por mejorar el sistema que regía en nuestro país, así durante el gobierno de don Eduardo Frei Montalva, existió un proyecto para modificar el Código de Procedimiento Penal, en lo relativo al Ministerio Público. Dicho proyecto, se encontró aprobado por la cámara de diputados, en el año 1970, y consistía en que el Ministerio Público tendría la función de acusar en primera instancia, existiendo la distinción entre jueces instructores y sentenciadores. Finalmente, ese proyecto se archivó, sin llegar a concretarse, no obstante es valioso tenerlo presente como un intento por mejorar la justicia penal en nuestro país durante la década del sesenta.⁴⁵

Posteriormente, durante el gobierno de don Patricio Aylwin, las modificaciones fueron tendientes a garantizar los derechos de los imputados, destacándose la “ley Cumplido”, número 19.047. Esta ley, tenía por objetivo armonizar la Constitución Política con el Código de Procedimiento Penal, en lo concerniente a la libertad

⁴⁵ Piedrabuena Richard, Guillermo. “Introducción a la Reforma Procesal Penal”. Editorial Fallos del mes. Santiago. 2000. P. 37.

provisional, así como morigerar la negativa de los indultos y libertades provisionales en los delitos calificados como terroristas.

Si bien lo comentado anteriormente, fue uno de los principales intereses de este gobierno, de igual forma se avanzó en un proyecto que dejaba al Ministerio Público en primera instancia, como principal ente en el ejercicio de la acción penal pública. En referido proyecto el Ministerio Público, pasaba a ser un organismo autónomo, independiente del Poder Judicial, aunque la instrucción de los delitos seguía en manos del juez. Igualmente este proyecto no prosperó, siendo además informado desfavorablemente por la Corte Suprema.

III. Nuevo Código Procesal Penal.

i) Antecedentes históricos

La comisión técnica encargada por la redacción del Nuevo Código Procesal Penal, estuvo compuesta por María Inés Horvitz, Mauricio Duce, Cristian Riego y Jorge Bofill, entre otros, incorporándose con posterioridad Raúl Tavolari. Fue en el año 1995, en que se presentó el primer proyecto de Código Procesal Penal, en la Cámara de Diputados. Si bien en el Primer Trámite Constitucional el proyecto tuvo ponderaciones positivas, tuvo que ser suspendida su tramitación, mientras se trabajaba en la Reforma Constitucional que creaba el Ministerio Público, puesto que el nuevo

Código, consagraba al Ministerio Público como ente autónomo, independiente del Poder Judicial.

La reforma de la Constitución Política fue aprobada en septiembre del año 1997, surgiendo la Ley 19.519 que crea el Ministerio Público.

Otras leyes destacadas y que se relacionan con la instauración del Nuevo Código Procesal Penal con el propósito de armonizar todo el sistema procesal penal, son las siguientes, entre otras: la Ley Orgánica del Ministerio Público, número 19.640, publicada en el Diario Oficial con fecha 15 de octubre de 1999; la Ley de Reforma del Código Orgánico de Tribunales, número 19.665, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de marzo del año 2000, modificada por la ley 19.708 de fecha 5 de enero de 2001 ; y la ley acerca de la Defensoría Penal Pública, número 19.718, publicada en 10 de marzo de 2001.

Así, el aporte de las leyes antes citadas se refleja esquemáticamente en lo siguiente:

- Ministerio Público: que de acuerdo al Artículo 83 de la Constitución Política de la República: “dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.
- Defensoría Penal Pública: conforme al artículo 2 de la Ley 19.718, tendrá por finalidad “ proporcionar defensa penal a los imputados o acusados de un

crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un Juzgado de Garantía o Tribunal Oral en lo Penal, o de las respectivas Cortes, en su caso y que carezcan de abogado”. En consecuencia un principio rector de la existencia de la Defensoría Penal Pública es dejar a las partes en igualdad de condiciones, relacionado también a la garantía fundamental de un debido proceso.

- Por último, contempla la existencia de los jueces de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, lo que implicó la modificación citada al Código Orgánico de Tribunales. Respecto a los primeros, tendrán la función de resguardar las garantías fundamentales en el proceso, así como dictar sentencias en las salidas alternativas al juicio oral; en tanto que el segundo deberá fallar dictando sentencia definitiva, en un juicio oral y público.

La breve descripción anterior destinada a ilustrar las instituciones que conforman el actual proceso penal, tiene como propósito avocarnos al análisis del Ministerio Público, toda vez que esta institución presenta mayor interés en lo que respecta al tema fundamental de este trabajo.

ii) El Ministerio Público: Reforma Constitucional de la Ley número 19.519.

Como se ha señalado, la Reforma Constitucional Ley número 19.519, publicada el 16 de septiembre de 1997, creó este órgano autónomo, independiente del poder judicial.

Su regulación constitucional, la encontramos entre los artículos 83 a 91 de nuestra Constitución Política, siendo el Artículo 83, el que recoge las funciones del Ministerio Público, entre las cuales, se encuentra, la de “dirigir la investigación de los hechos que además acrediten la inocencia del imputado”.

Artículo 83: “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.

El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.

El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de

los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen”.

Durante el gobierno de don Eduardo Frei Ruiz Tagle, se ingresó al Senado con fecha 19 de noviembre de 1996, a Primer Trámite Constitucional, para luego pasar a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado. El 3 de Junio de 1997, fue aprobado el proyecto de la Comisión, en sesión ordinaria del Senado. El 5 de junio de 1997, ingresó a la Cámara de Diputados en –segundo Trámite Constitucional, pasando luego a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia de la Cámara de Diputados, la cual aprobó el Proyecto del Senado, sólo con una modificación en el inciso final del artículo 83. El 1 de Julio de 1997 se aprobó por el Senado, en Tercer Trámite Constitucional. En el ingreso como Cuarto Trámite Constitucional, el proyecto es aprobado por el Congreso Pleno, con fecha 30 de Agosto de 1997, promulgado el 6 de septiembre de 1997 y publicado en 16 de septiembre de 1997 en el Diario Oficial⁴⁶.

El rango constitucional a la existencia del Ministerio Público, se debe a que sus funciones en el antiguo proceso la detentaban los tribunales ordinarios, por lo tanto

⁴⁶Londoño Martínez, Fernando, Moisés Martín, Praetorius Daniel y Ramírez José Miguel. coord. Maturana Miquel, Cristian. “*Tramitación del Proyecto*”, en Reforma Procesal Penal, Génesis Historia Sistematizada y concordancias, Tomo IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pág. 10-13.

eran facultades del Poder Judicial, de ahí que fuera necesaria una Ley de Reforma Constitucional.

iii) La Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Se refiere a la Ley 19.640, la cual tiene como precedente la Ley 19.519, ya referida anteriormente.

El Artículo 84 de la Constitución Política de la República, hace referencia a la ley orgánica: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del Ministerio Público, señalará las calidades y requisitos que deberán tener y cumplir los fiscales para su nombramiento y las causales de remoción de los fiscales adjuntos, en lo contemplado en la Constitución. Las personas que sean designadas fiscales no podrán tener impedimento alguno que las inhabilite para desempeñar el cargo de juez. Los fiscales regionales y adjuntos cesarán en su cargo al cumplir 75 años de edad.

La ley orgánica constitucional establecerá el grado de independencia y autonomía y la responsabilidad que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública, en los casos que tengan a su cargo.”

El proyecto que dio origen a la Ley Orgánica, en comento, ingresó en Primer Trámite Constitucional con fecha 25 de Marzo de 1998, luego se envió a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, siendo consultada

además la opinión de la Corte Suprema mediante oficio. La respuesta de la Corte Suprema en su informe consideró, que debían incluirse normas que cambien el nombre de Ministerio Público, puesto que el Código Orgánico de Tribunales y otros cuerpos normativos, hacen referencia a los fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia; además se hizo presente, que era necesario que existiera una norma que señalara a qué estatuto, estarían sometidos los funcionarios del Ministerio Público en relación con el Estado.⁴⁷

Revisado el Proyecto por el ejecutivo, se agregó un nuevo título concerniente a los funcionarios del Ministerio Público, el cual fue enviado al Ministerio de Hacienda, para efectos de que tomara conocimiento de esta modificación. Finalmente, el proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados con fecha 5 de enero de 1999. Luego, se remitió al Senado para el Segundo Trámite Constitucional, donde la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, tomó conocimiento del proyecto y también pidió informe a la Corte Suprema, quien esta vez se pronunció en torno a los vacíos respecto a la designación el Fiscal Nacional. La comisión del Senado, aprobó el Proyecto, con fecha 16 de Marzo de 1999, y enviado a la Comisión de Hacienda. El 3 de Agosto de 1999, fue aprobado en el Senado, enviado luego a la Cámara de Diputados para Tercer Trámite Constitucional, el 18 de Junio fue discutido y aprobado.

En Cuarto Trámite Constitucional, se nombró Comisión Mixta, se llegó a acuerdo, y se envió nuevamente a la Cámara de Diputados, para Quinto Trámite

⁴⁷ Ibid. Pág. 107-112.

Constitucional; se aprobó el informe de la Comisión Mixta, y en Sexto Trámite Constitucional, el Senado también aprueba el informe.

Finalmente la Cámara de Diputados en Séptimo Trámite Constitucional, envía el proyecto al Presidente de la República, quien comunica que no vetará el Proyecto. Con fecha 28 de septiembre de 1999, el Tribunal Constitucional se pronuncia. El Proyecto es promulgado el 8 de octubre de 1999, por el Presidente de la República y publicado el 15 de octubre de ese año en el Diario Oficial.

iv) Facultad de investigación del Ministerio Público

El propósito de la Reforma, fue dejar toda la actividad de investigación en manos del Ministerio Público, siendo la norma explícita al respecto, la del inciso primero del Artículo 81 de la Constitución Política: “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos”.

En consecuencia, a los jueces les corresponde sólo ejercer su facultad de juzgar, sin inmiscuirse dentro de la instrucción penal, de la misma forma que los fiscales no pueden ejercer de ninguna manera una función jurisdiccional. Con todo, al dejar afuera a los jueces del proceso de la instrucción, se pretendió además no dejar

ningún atisbo del antiguo sistema inquisitivo. Este deber de investigar también se encuentra en el Artículo 3 del Código Procesal Penal

Del mismo Artículo 83 de la Constitución, se desprende que el Ministerio Público no puede ejercer funciones jurisdiccionales. No obstante, nos encontramos con indicios de función jurisdiccional, en casos tales como, la facultad que tiene el fiscal, de no perseverar la investigación, o aplicación del principio de oportunidad u otras. Sin embargo, no me detendré en este punto, que pude llegar por sí solo a ser materia de investigación.

En el inciso segundo, del Artículo 83 de la Constitución Política, destaca además la función que tiene el Ministerio Público de ejercer la acción penal, no obstante, también la víctima puede ejercerla a través de la querrela criminal, y de conformidad al artículo 111 del Código Procesal Penal.

En cuanto a la facultad que tiene el fiscal de dar órdenes, conforme al inciso tercero del mismo artículo, ésta se expresa en los agentes involucrados en la investigación, quienes son Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile. Esta disposición es de gran relevancia, ya que les permite a los fiscales realizar órdenes directas, facultad que otrora era excluyente del órgano jurisdiccional. Las órdenes del fiscal no pueden ser desobedecidas por Investigaciones y por Carabineros, a excepción que se requiera autorización del Juez de Garantía, como control de los actos del fiscal.

En cuanto a los métodos en que las policías actúen, estos serán los propios que obtengan de su instrucción policial, ya que la Fiscalía dirige la investigación, pero no

puede hacerse cargo de los procedimientos empleados por las policías, que se enmarcan dentro de un proceder profesional, es por eso, que el Ministerio Público dirige la investigación, y la norma no se refiere a que investiga directamente.

Vinculado a la facultad de investigación que tiene el Fiscal, una vez cerrada la investigación, tiene el plazo de 10 días para realizar la acusación, pudiendo comunicar su decisión de no perseverar en la investigación, o solicitar el sobreseimiento de la causa, en otros términos, el Fiscal determina el devenir que puede llegar a tener el procedimiento.

Asimismo, el Fiscal tiene la atribución de denegar las diligencias probatorias, conforme al Artículo 183 del Código Penal. Esta atribución, puede llegar a tener una incidencia directa en la resolución de la causa, y asimismo ratifica el rol fundamental que tiene el Ministerio Público en la actividad probatoria.

Cita el Artículo 183: "Proposición de diligencias. Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.

Si el fiscal rechazare la solicitud, se podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia".

Asimismo, los fiscales, pueden decidir no dar inicio a la investigación penal, en el evento que la denuncia verse sobre hechos que no sean constitutivos de delito, o que de los antecedentes aportados sea posible establecer con certeza que se encuentra extinguida la responsabilidad penal. Esta decisión en todo caso, debe ser aceptada por el Juez de Garantía. Su regulación se encuentra en el Artículo 168 de Código Procesal Penal: “Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía.”

Esta norma se encuentra en plena concordancia con la *última ratio* del derecho penal, y que se vincula con los principios de legalidad y oportunidad, los cuales deben entenderse correlacionados. Vinculado también a la función de *última ratio* del Derecho Penal, se encuentran los siguientes principios:

- Principio de legalidad: “enuncia que el ministerio público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio⁴⁸”
- Principio de oportunidad: En contraposición a una aplicación estricta del principio de legalidad, Así: “el Ministerio Público, ante la noticia de un hecho punible o, inclusive, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de

⁴⁸ Horvitz Lennon- López Masle. Derecho Procesal Penal, Tomo I. P. 46

un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político-criminales”⁴⁹

La aplicación del principio de oportunidad, consagrado en el artículo 168 del Código Procesal Penal, permite evitar el desgaste innecesario del aparato jurisdiccional, a objeto que la mínima cantidad de causas lleguen a juicio. Se relaciona con otras dos figuras cuales son el Archivo Provisional y las Salidas Alternativas, reguladas en los Artículos 167 y 168 del Código Procesal Penal, respectivamente.

En síntesis, las facultades en torno a la dirección de la investigación del Ministerio Público son amplísimas, y en consecuencia este órgano tiene más posibilidades que la defensa para ejercer de manera eficiente la actividad probatoria. En relación a lo anterior, si en la práctica el Ministerio Público aplica el principio de oportunidad, ¿por qué no a la hora de encontrarse con una acusación que prosigue, hasta llegar al juicio oral, desconoce que además su facultad de dirigir la investigación, también tiene que extenderse hasta el ámbito que permita acreditar la inocencia del imputado?.

Así la conclusión es que, en cuanto a la facultad de ejercer la acción penal pública, no implica que el Ministerio Público deba desplazar su obligación de que además debe dirigir la investigación de los hechos que prueban la inocencia del imputado. No obstante, al parecer dicho circunstancia determinante, pareciere ignorarse, sobre todo en la práctica sostenida por los tribunales de justicia; pese a que existen fundamentos legales y doctrinarios que de sobra permiten cumplir esa función,

⁴⁹ Ibid. P.48.

aún en el marco de una investigación formalizada en contra del imputado. En la tesis sostenida a lo largo de este trabajo, no existen fundamentos, para que se verifique la inversión de la carga de la prueba tras la concurrencia de una causal de justificación, en especial en los frecuentes casos de legítima defensa, ya que es propio de la función del Ministerio Público, dirigir la investigación tras la búsqueda de la verdad, sin por eso dejar de investigar hechos que pudieren reafirmar la inocencia del imputado.

IV) Principio de Objetividad y Presunción de Inocencia

El desarrollo y análisis del principio de objetividad, así como de la presunción de inocencia, constituirá un elemento fundamental para destacar el trasfondo del tema objeto de esta investigación

Al efecto, el desarrollo de ambos principios, importa a su vez el correlacionarlos, en el sentido de establecer cuál es la función del principio de objetividad, frente al derecho a la presunción de inocencia amparado a nivel constitucional.

En el caso particular abordado a lo largo de este trabajo, cabe preguntarse cómo operan ambos principio frente a la alegación de legítima defensa, y cuál es la repercusión que en materia probatoria significa la intervención de ambos principios fundamentales en un proceso penal respetuoso de los derechos de los intervinientes.

i) Respeto al Principio de Objetividad.

En este apartado me centraré en analizar las características y regulación de este principio, sobre todo porque implica unas de las principales motivaciones que tuve para dedicarme a la carga de la prueba en materia penal, y en su tratamiento frente a la legítima defensa⁵⁰.

“Es de esperar que la "eficiencia" y el cumplimiento de "metas y objetivos" institucionales no se encuentren vinculados al número de casos en que se haya obtenido sentencia condenatoria, menos aun tratándose de un ministerio público limitado por el principio de objetividad, pues la correcta aplicación dela ley exige también investigar y alegar los hechos que acrediten la inocencia del imputado o disminuyan su responsabilidad penal (art. 80 A CPR, art. 3"LOCMP)⁵¹”.

Con referida cita pretendo reflejar la importancia de este principio, y en la connotación que hace respecto a los estándares de cumplimiento de metas y de eficiencia que se esperan del Ministerio Público. En consecuencia, dicha cita expresa que en virtud del principio de objetividad, no se puede pretender que un mejor Ministerio Público es aquel que logre mayores condenas a los ciudadanos, comportándose como un ente antagónico del imputado, pese a que tenga todas las facultades investigativas para llegar a acreditar la inocencia de éste.

⁵⁰ Por lo que habiendo caracterizado al Ministerio Público, sobre todo en su labor de instrucción a la investigación, puedo contar con mayores elementos para exponer en una conclusión final de esta memoria.

⁵¹ En nota al pie número 100. Horvitz Lennon- López Masle. Op. Cit, P. 138.

En particular, el principio de objetividad se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y significa que las actuaciones del Ministerio Público deben ceñirse a un actuar objetivo.

“En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”.

Bajo el mismo tenor, el Artículo 77 del Código Procesal Penal consagra este principio: “Facultades. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.”

El fundamento del principio de objetividad, se puede encontrar, en el origen del Ministerio Público continental en el cual se halla la concepción de “custodio de la ley”, por lo que su tarea “no sólo consiste en establecer el delito y la responsabilidad penal sino también en “velar, a favor del imputado, porque se obtenga todo el material de descargo y porque ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado”⁵².

En la real aplicación del principio de objetividad, el Ministerio Público cuenta con la colaboración de órganos estatales y el auxilio de la Policía, con todo “cabe exigir

⁵² Horvitz Lennon-López Masle. Op. Cit. P. 154

que los fiscales verifiquen la plausibilidad de las alegaciones de inocencia del imputado o de aquellas encaminadas a eximir o atenuar la responsabilidad penal cuando las mismas se encuentren suficiente y seriamente respaldadas o sean verosímiles, pues tal comprobación puede redundar en su propio beneficio o interés”⁵³.

Por último, la exigencia de la aplicación del principio de objetividad a los fiscales, tiende a evitar un perjuicio ilegítimo al imputado, señalando además que la correcta concreción de éste principio, también constituye un aporte al momento de aplicar el principio de oportunidad.

ii) Respecto a la presunción de inocencia:

ii.1) Fundamentos legales.

En el antiguo procedimiento inquisitivo, se concebía un sistema penal destinado a reprimir los delitos, en desmedro a veces de las garantías fundamentales.

Entre las consagraciones legales, está la norma del Artículo 19 número 3, inciso 6 de la Constitución Política de la República, que establece que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, entendiéndose en consecuencia, aunque no sea explícito, que el acusado es inocente. Además, en Tratados Internacionales ratificados por Chile, y que se encuentran vigentes, existe consagración expresa de este principio, a saber:

⁵³ Ibid. P.154

- Artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”
- Artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona acusada por un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.
- Artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

En el nuevo proceso penal, el principio de presunción de inocencia se torna relevante, toda vez que constituye uno de los principios básicos, el cual está consagrado en el Artículo 4 del Código Procesal Penal: “Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

Entre las manifestaciones de la presunción de inocencia en el Código Procesal Penal, encontramos las siguientes:

- De acuerdo al Artículo 139 inciso segundo del Código Procesal Penal, “la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”.
- Al considerarse a todo imputado inocente, las medidas restrictivas deben reducirse a su mínima expresión, así el inciso primero del Artículo 139,

establece que “toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”. La regulación de la prisión preventiva en cuanto a sus requisitos, se establece en el Artículo 140 del Código Procesal Penal.

- Otra manifestación del principio, es que la acusación debe proporcionar la prueba para destruir la presunción de inocencia del imputado, si no logra derribar la presunción, la sentencia será absolutoria. En relación, se encuentra el Artículo 340 del Código Procesal Penal: “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. /El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. /No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”.

ii.2) Fundamentos doctrinarios ⁵⁴.

De acuerdo a Miguel Angel Montañés ⁵⁵, la presunción de inocencia, no constituye una presunción en sentido técnico, tampoco pertenece a la categoría de las presunciones judiciales o legales. Toda presunción, exige:

⁵⁴ En el capítulo III, en la opinión de George Fletcher habrá un nuevo apartado respecto a la presunción de inocencia.

⁵⁵ Montañés Pardo, M.A. “La presunción de inocencia: *análisis doctrinal y jurisprudencial*” Arazandi Editorial, Pamplona. 1999. P. 37.

1.-Un hecho base o un indicio, que ha de ser afirmado y probado por una parte, y que no integra el supuesto fáctico de la norma aplicable.

2.-Un hecho presumido afirmado por la parte y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide.

3.-Un nexo lógico entre los dos hechos, que es precisamente la presunción, operación mental en virtud de la cual partiendo de la existencia del indicio probado se llega a dar por existente el hecho presumido.

Este autor, formula que la presunción de inocencia, “es una manera incorrecta de decir que el acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario⁵⁶”. Además este mismo autor trata a la presunción de inocencia como una garantía básica del proceso penal, como una regla de tratamiento del imputado, como regla de juicio del proceso, y como presunción iuris tantum de ausencia de culpabilidad, circunstancias todas que se pueden apreciar además en nuestro proceso penal.⁵⁷

En todo caso, la presunción de inocencia no debe confundirse con otros principios tales como el *favor rei*, y el *in dubio pro reo*. El primer principio, es más extenso que la presunción de inocencia⁵⁸, por lo tanto la presunción de inocencia, es una manifestación de este principio general de la legislación. El *in dubio pro reo* surge en el momento de apreciación de la prueba, cuando su resultado no aparezca claro.

⁵⁶ Ibid. P. 37, de acuerdo cita número 11, del autor José Luis Vásquez Sotelo.

⁵⁷ Ibid. P.38-43

⁵⁸ Maturana Miquel, Cristián, Montero López, Raúl. “Derecho procesal penal” Santiago, Chile : Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010. P. 910

En la práctica de la casación española, también se puede encontrar confusión entre esos principios, “cuando en muchos recursos, se pretende reforzar la alegada presunción constitucional, invocando el principio *in dubio pro reo*, con olvido de que éste es un principio auxiliar, que se ofrece al juez a la hora de valorar la prueba, de modo que, una vez practicada, si no llega ser bastante para que pueda formar su convicción o apreciación en conciencia, en orden a la culpabilidad o no del procesado, sus razonadas dudas habrá de resolverlas siempre a favor del reo”⁵⁹.

Con todo, y en virtud del principio de presunción de inocencia, la carga de la prueba en el proceso penal recae en el órgano acusador. Tanto en el proceso penal, como en el proceso civil, existe la prohibición de *non liquet*, además que en ambos procesos, “la carga de la prueba actúa como regla de juicio dirigida al juez, que determina el contenido de fondo de la sentencia, en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba”⁶⁰.

⁵⁹ Luzón Cuesta, J.M. “La presunción de inocencia ante la casación”. Editorial Colex, 1991.

⁶⁰ Maturana Miquel, Cristián, Montero López, Raúl. Op. Cit. P. 911

CAPÍTULO III: LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN: EL PROBLEMA DE QUIEN PRUEBA LA JUSTIFICANTE

I. Generalidades.

De conformidad al desarrollo que ha tendido la presente investigación, cabe ahora detenerme en la causal específica de legítima defensa. Lo anterior implica también, analizar los elementos configuradores de esta justificante, los cuales son en definitiva, aquellos que deben probarse en juicio.

En este capítulo me detendré en un breve análisis de la legítima defensa, y de los elementos esenciales que la constituyen y que deben ser probados, haciendo presente desde ya, que lo fundamental de este apartado es vincular las hipótesis de legítima defensa, con la actividad probatoria de las partes, y en especial con la del Ministerio Público.

Con todo, expondré de manera concisa, las características de las causales de justificación en general, deteniéndome más adelante en la legítima defensa.

Hago presente, que este apartado es sólo ilustrativo, de manera de contextualizar la problemática que he venido exponiendo. Por lo tanto, su tratamiento es sumamente pedagógico y reducido, considerando sobre todo que existen una gran cantidad de obras de derecho penal, que tratan de manera acabada las causales de justificación y la legítima defensa.

El esquema preparado a continuación, se basa en los planteamientos de Claus Roxin y del profesor Juan Bustos Ramírez, y que consta de una enunciación resumida de las características y elementos configuradores de esta causal de justificación, a objeto de ilustrar de mejor manera cuáles son los elementos que deben ser probados, y a qué interviniente en el proceso penal, le correspondería aportar dicha prueba.

II. La Antijuridicidad

Antes de abordar puntualmente la causal de justificación propiamente tal, expondré sucintamente de la antijuridicidad de acuerdo a la teoría del delito.

La antijuridicidad es una característica aplicable, común y unitaria a todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, se realiza una distinción conforme al área del derecho en que se radica el injusto, por ejemplo, en materia penal, la acción antijurídica determinada es el injusto penal; también se puede hablar de injusto civil, o injusto administrativo, por ejemplo.

Para otros autores como Günther⁶¹, existe un concepto autónomo de antijuridicidad penal, es decir aquello que puede seguir siendo antijurídico en otra rama del derecho, pero cuya antijuridicidad se exige en el ámbito penal.

En principio, la antijuridicidad se puede concebir a través de dos perspectivas, así en un sentido formal, que es la contradicción entre un comportamiento y el

⁶¹ Bacigalupo, Enrique. "Derecho Penal Parte General". 2ª edición. Editorial Hammurabi. Lo referido a este autor fue extraído de este libro, en P. 353 -354

ordenamiento jurídico; y en un sentido material que es lo que la norma jurídica intenta proteger ante la vulneración de un bien jurídico merecedor de tutela penal.

Además, la antijuridicidad limita la aplicación del derecho penal, pues permite interpretar restrictivamente los tipos penales, a través de criterios de insignificancia, intervención mínima, fragmentariedad.

La antijuridicidad se ve reflejada a través de la tipicidad, que constituye *per se*, una decisión político criminal anterior. Por medio de la tipicidad se seleccionan acciones que importan vulneración a determinados bienes jurídicos. De esa manera y en pos de la protección de los bienes jurídicos merecedores de protección penal, se prohíbe o se ordena determinadas conductas bajo amenaza de pena. Así, el juicio de antijuridicidad, se basa en el desvalor de acción y en el desvalor de resultado, siendo el primero la efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y la segunda, constituida por una acción desvalorada.

Dentro una teoría del delito, que distingue tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, si un sujeto realiza un hecho tipificado como delito, de inmediato se entiende que además es antijurídico, pero he aquí que dicha afirmación puede ser distorsionada ante la concurrencia de una causal de justificación. Es por eso que resulta relevante la prueba que surge en esta instancia, así, la parte acusadora puede lograr la convicción del juez más allá de toda duda razonable, demostrando, por ejemplo que A mató a B. Sin embargo, B se defiende con una causal de justificación, así la que nos convoca, a

través de la legítima defensa. ¿Quién debe asumir esta segunda prueba en los términos de G.Fletcher?⁶²

III. Las Causas de Justificación

El Artículo 10 de nuestro Código Penal, reconoce las siguientes causas de justificación:

1. La legítima defensa propia, de parientes, de terceros y privilegiada;
2. El estado de necesidad, y
3. El cumplimiento legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En este apartado, caracterizaré de manera general los elementos comunes a las causales de justificación, deteniéndome más adelante en la legítima defensa en sí, y en sus elementos que deben quedar acreditados para eximir de responsabilidad penal.

Las causales de justificación, se basan en que el ordenamiento jurídico, además de los preceptos prohibitivos, se conforma también de preceptos permisivos, los cuales permiten que un hecho preliminarmente prohibido, pueda ser ejercido. Si bien expuse que mi estudio final se centra en la legítima defensa, en este apartado, también expondré someramente lo relacionado con las causas de justificación en general. En todo caso, la problemática de la carga de la prueba puede ser aplicable a

⁶² Fletcher, George. Op. Cit. P. 34

todas las causales de justificación, de tal manera que la solución dogmática puede ser argumentada ante la concurrencia de cualquiera de las tres causales que excluyen la antijuridicidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Al aceptarse por el Tribunal la legítima defensa, no es admitida la imposición de pena, siendo el acusado absuelto, toda vez que el hecho en principio ilícito pasa a ser lícito, importando entonces una consecuencia positiva a favor del imputado.

En todo caso, para esgrimirse la causal de legítima defensa, debe considerarse que frente a un acto justificado, no es posible alegar dicha causal, ya que la agresión que gatilla la causal de exclusión de responsabilidad debe ser necesariamente ilegítima. Además, acreditada la causa de justificación, no es necesario comprobar la culpabilidad del autor, ya que para llegar a esta etapa es imprescindible haber acreditado la antijuridicidad del hecho. Asimismo, si existe participación en un hecho en el cual se alega legítima defensa, aquella participación también se encuentra justificada. La exclusión de responsabilidad en una causa de justificación impide que al autor de la agresión justificada se le imponga cualquier tipo de sanción, puesto que como se dijo, el hecho se convierte en lícito.

La extensión de la causa de justificación llega hasta donde se encuentra la protección normativa del bien, esto quiere decir que un exceso en la causa de justificación, ya la convierte en ilícita, o sea en antijurídica. En estos casos no podemos encontrar ante eventuales atenuantes de pena, puesto que concurren eximentes incompletas. En el caso de la legítima defensa, se habla de legítima defensa incompleta.

IV. La Legítima Defensa

La legítima defensa se cimienta en la idea fundamental, de que el derecho no está en situación de soportar lo que es injusto⁶³. La idea primordial es la necesidad racional de defensa, fundada en los principios de "protección de la persona y de mantenimiento del orden jurídico"⁶⁴.

Roxin⁶⁵, expone el juego de dos principios en la legítima defensa, el "principio de protección" y el "principio del prevailecimiento del Derecho". En el primero el sujeto puede hacerle frente al agresor, haciendo lo necesario para defenderse, pero asimismo ratifica la vigencia del derecho, aunque por ejemplo, "existiera la posibilidad de pedir ayuda⁶⁶". Ambos principios son relevantes, y aportan una solución a problemas discutidos en la legítima defensa⁶⁷.

En la legítima defensa, es posible distinguir dos aspectos: la situación de legítima defensa, y la defensa misma⁶⁸.

El artículo 10 Nro. 4 del Código Penal chileno, contempla la situación de legítima defensa.

⁶³ Bustos Ramírez, Juan - Hormazábal Malarée, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Volumen II. Editorial Trotta. Madrid. 1999. P. 121.

⁶⁴ Bustos Ramírez, Juan – Hormazábal Malarée, Hernán. Op. Cit. P. 132

⁶⁵ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Ed. Civitas. Madrid, 1997. P. 575

⁶⁶ Roxin, Claus. Op. Cit. P. 575.

⁶⁷ Para una ilustración de los problemas planteados en la doctrina, ver Roxin, Claus. Op. Cit. páginas 605 y siguientes.

⁶⁸ Bustos Ramírez, Juan – Hormazábal Malarée, Hernán. Op. Cit. P.122.

Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

4° El que obra en defensa de su persona o derechos siempre que concurran las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión ilegítima.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

A continuación desarrollaré las características de tales circunstancias, las cuales constituyen los elementos que deben ser probados al alegar la causal de justificación de legítima defensa⁶⁹.

i) Requisitos de la legítima defensa.

Primer requisito: La existencia de una agresión

“Cualquier bien jurídico puede ser objeto de una agresión, por lo tanto defendible”⁷⁰

- Es requisito que la agresión se trate de una conducta humana, la cual debe poner en peligro a la persona o derechos de la misma, caso contrario nos

⁶⁹ Bustos Ramírez, Juan – Hormazábal Malarée, Hernán. Op. Cit. P. 122-132. En cuanto a las circunstancias de legítima defensa, hago presente que corresponde a un resumen del texto, en los casos en cursiva corresponden a términos y ejemplos hallados entre las páginas referidas, reconociendo que los ejemplos son los mismos de esta obra.

⁷⁰ Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal Parte General. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1999. P.361.

encontramos ante un estado de necesidad. Es posible que concurra contra una agresión dolosa o imprudente, o incluso respecto de un inculpable porque ellas ponen en peligro el bien jurídico. Se ha discutido en torno de si acaso se configura una agresión en la situación de imprudencia, no obstante al invocar los principios de protección y mantenimiento del orden jurídico, es factible aceptar los casos de imprudencia como agresión ilegítima. Diverso a lo anterior, es la necesidad racional de la defensa, pues ante una agresión imprudente podría bastar un aviso, esquivar el golpe.

- Asimismo, la agresión debe ser actual o inminente: Bajo este aspecto, no se requiere necesariamente una tentativa, puesto que resulta suficiente que existan indicios claros de la proximidad de la agresión, y que una mayor espera importe un desmedro de las posibilidades de defensa. Por otra parte, una agresión sigue siendo tal mientras la lesión del bien jurídico no se haya consumado totalmente⁷¹. En consecuencia, es posible defenderse tratándose también de delitos permanentes, de tal manera que mientras siga existiendo la agresión, también existe la posibilidad de defenderse.
- La agresión debe ser ilegítima: En este sentido, no es necesario que la agresión constituya un delito, ya que se mira en relación a la antijuridicidad respecto a todo el ordenamiento jurídico.
- La agresión debe ser real: No es admitida la defensa en el caso de una agresión imaginaria, así cuando el imputado resulta ser esquizofrénico y ataca a la víctima creyendo que ésta lo va a atacar. Ya que en este caso debemos llegar hasta la etapa de culpabilidad para eximir de responsabilidad al enfermo

⁷¹ Bustos- Hormazábal. Op. Cit. P.124

mental, por ejemplo. También podemos encontrarnos en casos de defensa putativa⁷², como cuando hay error por parte del que se defiende. “En la doctrina, se ha sostenido que como la realidad de la agresión hay que apreciarla ex ante, esto es, situándose en el momento de la ejecución de la acción de defensa, bastaría entonces con una «creencia racional» para dar por existente la realidad de la agresión”.⁷³

Segundo requisito: Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler el ataque

“La necesidad de la defensa no está vinculada a la proporcionalidad entre el daño causado y el impedido”.⁷⁴

- Se entiende que la defensa es necesaria, sólo cuando es contemporánea a la agresión, y se mantiene mientras la agresión dura. Se relaciona con la característica de que la agresión debe ser actual e inminente, indicada en el punto anterior.
- En cuanto a la racionalidad del medio empleado por parte del que se defiende, exige que exista proporcionalidad, que sólo baste con repeler el ataque, pero que la respuesta a la agresión no sea excesiva. De modo que el acusado no cause un grado muy mayor a la víctima en pos de evitar el daño a su persona o a sus bienes jurídicos. Se debe hacer el ejercicio, de que el acusado empleando un medio racional, igual hubiera protegido sus derechos, pero causando menor daño a la víctima.

⁷² Ibid. P.125

⁷³ Ibid. P. 126.

⁷⁴ Roxin, Claus. Op. Cit. P.632.

Tercer Requisito: Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

“Hay provocación intencional cuando alguien provoca a otro a que realice una agresión, para poderle dañar bajo la protección de la legítima defensa”.⁷⁵

- Este requisito no debe ser interpretado de manera muy estricta, puesto que como la prueba de todos los requisitos analizados, también es difícil acreditarla.
- En todo caso, la falta de provocación tendría que entenderse como la ausencia de intención de provocar al otro, sin perjuicio que la víctima interprete que fue previamente provocada, y por eso atacó. En una revisión jurisprudencia, no encontramos casos, en que el Ministerio Público, esgrima que el acusado provocó previamente, cuando por parte del acusado se alegue legítima defensa, lo anterior, porque como hemos dicho, ante una causal de justificación, la actividad probatoria se espera sólo de la defensa del acusado

ii) Elementos subjetivo de la defensa:

En este aspecto, prevalece “La exigencia del que se defiende haya obrado conociendo las circunstancias de la agresión ilegítima de la que era objeto, y con la intención de defenderse”.⁷⁶

También se entiende como “conocimiento de la agresión o situación de defensa y el de intención de defensa”.⁷⁷

⁷⁵ Ibid. P. 639.

⁷⁶ Bacigalupo, Enrique. Op. Cit. P. 371.

En cuanto al conocimiento de la agresión o situación de defensa, no existe cuestionamiento ni discusión doctrinal. Pero el problema se origina, con la intención de defensa, esto es la necesidad de defensa, que también en circunstancias se puede relacionar con la proporcionalidad.

Dicho con gran claridad en la siguiente cita: “Si se analiza el problema partiendo de los fundamentos mismos de la legítima defensa, protección de la persona y mantenimiento del orden jurídico, pareciera que lo que interesa es que haya voluntad de salvaguardar a la persona o sus derechos y el mantenimiento del orden jurídico. Por eso, hoy con razón, la jurisprudencia, por faltar este elemento subjetivo, excluye la legítima defensa en la riña”.⁷⁸

Lo que se exige o trata de probar, es que el que se defiende o el acusado, conoce la situación de justificante, y actúa de manera voluntaria dentro de los límites autorizados.

iii) Legítima defensa de parientes

Para su procedencia, se exigen los requisitos de agresión ilegítima y la necesidad racional del medio empleado para repelerla, menos obviamente, la falta de provocación suficiente que puede exigirse al acusado, ya que en este caso, se reemplaza por la falta de provocación suficiente que debe ser exigida al defendido.

⁷⁷ Bustos- Hormazábal. Op. Cit. P. 132

⁷⁸ Ibid. P. 132.

El número 5 del Artículo 10 de Código Penal, regula la hipótesis de legítima defensa de parientes. Respecto al parentesco, debe hacerse presente, que de acuerdo a la ley número 19.585, no existe ninguna distinción entre el parentesco legítimo y el ilegítimo. Así, esta defensa de parientes, se entiende restringida a las categorías de parientes actualmente existentes en el Código Civil, esto es: cónyuge y parientes consanguíneos y afines en toda la línea recta y colateral hasta el segundo grado inclusive.

iv) Legítima defensa de terceros

Al igual que en la legítima defensa de parientes, se exige la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio empleado para repelerla, con la misma sustitución de la falta de provocación suficiente, indicada anteriormente.

Su regulación se encuentra en el número 6, inciso primero del Artículo 10 del Código Penal. Asimismo, presenta ciertas particularidades con respecto a la defensa propia, entre las principales, y de mayor discusión doctrinaria y jurisprudencial: En cuanto a la clase de bienes defendibles, así ¿es posible defender bienes jurídicos del fisco?, o también la conflictiva hipótesis de que un “particular tiene un derecho de legítima defensa ante agresiones al Estado como portador de la soberanía”.⁷⁹ Lo anterior, también debe relacionarse con el caso de concurrir provocación previa, en donde el defensor no debe haber estado en esta provocación.

⁷⁹ Roxin, Claus. Op. Cit. P. 627.

Por último, el defensor no puede ser impulsado por un motivo ilegítimo, su acción sólo debe encaminarse a defender, aunque si existe pleno conocimiento de la situación de defensa, resulta irrelevante que además el defensor tenga la intencionalidad de hacer daño, pues en este caso, lo que pesa es la proporcionalidad y racionalidad de la conducta.

v) Legítima defensa privilegiada

Está regulada en el inciso segundo del número 6 del Artículo 10 del Código Penal, y contempla, los siguientes supuestos:

1-Rechazo, de día o de noche, al escalamiento en una casa, departamento u oficina habitados

2-Rechazo de noche a un escalamiento, de un local comercial o industrial, esté o no habitado

3-Impedir la consumación, de noche, de alguno de los siguientes delitos: secuestro, sustracción de menores, violación, parricidio, homicidio, robo con violencia o intimidación en las personas y robo por sorpresa.

Esta figura, ha originado un intenso debate doctrinario, no obstante en nuestra jurisprudencia, no es posible encontrar fallos que presenten la intensidad de las discusiones doctrinales.

Así en principio se puede entender, según Sergio Politoff⁸⁰ y otros, como una presunción legal, que admite prueba en contrario. Así, en el caso de alegar la legítima defensa privilegiada, se presume que el acusado actuó en legítima defensa, y además de la labor de derribar la presunción de inocencia, el Ministerio Público, también debiera derribar esta presunción, si así fuere procedente. Sin embargo, siempre la carga de la prueba de una causal de justificación, se ha visto recaída en la defensa, sin que en nuestra jurisprudencia nacional, podamos apreciar fallos, en que la Fiscalía, asuma actividad probatoria frente a una causal de justificación, y específicamente, la legítima defensa.

En el caso de la legítima defensa privilegiada, la ley, intenta entregarle absoluta justificación, a las hipótesis de ésta. Es por eso que en la actividad probatoria, resulta indispensable acreditar la concurrencia de una agresión ilegítima y la falta de provocación suficiente, para no justificar una defensa que puede llegar a ser injustificada, tan sólo por el hecho de que concurre la hipótesis de legítima defensa privilegiada.

En fallo de fecha 3 de Noviembre de 2008, en causa Rit 1841-2008, proveniente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, se considera que para invocar la causal de legítima defensa privilegiada, deben presentarse los siguientes requisitos:

- 1.-Existencia de una agresión real e ilegítima, actual e inminente.
- 2.-Que referida agresión ilegítima, se dirija a impedir la consumación, de noche, de los delitos que describe la norma.

⁸⁰ Politoff, Sergio – otros autores. Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte general. Editorial Jurídica, Santiago, 2003.P. 226

3.-La falta de provocación por parte del que se defiende.

4. Que el defensor, en el caso de la legítima defensa de terceros no actuó impulsado por venganza u otro móvil ilegítimo.

Las consideraciones de este fallo, anularon el fallo recurrido, dictándose una sentencia de remplazo que absolvió al acusado. En principio el Tribunal Oral de Santiago, había condenado al imputado por homicidio simple, atenuado por concurrir legítima defensa incompleta, ya que su reacción no había sido proporcional a la agresión. El caso consistía en que tres menores irrumpen una farmacia, reducen al guardia con una pistola de fogueo, y el imputado funcionario policial de la PDI, extrae su arma de servicio y dispara contra uno de los agresores, ocasionándoles la muerte.

Las consideraciones de la Corte de Apelaciones, acogieron la hipótesis de la defensa, en el sentido que el fallo del Tribunal Oral, incurre en una errónea aplicación del derecho, al exigir proporcionalidad en la agresión.

Los considerandos del fallo, para acreditar que no es necesaria la proporcionalidad en contra del agresor, sólo consideran posturas doctrinarias que así lo justifican, sintetizando el análisis en que, no es exigencia que el acusado cause un daño mínimo, puesto que de acuerdo al artículo 10 número 6 del Código Penal, resulta relevante “cualquiera sea el daño que se ocasione al agresor” (considerando vigésimo primero).

Es evidente, que la legítima defensa incompleta es una figura compleja, sobre todo cuando no es una exigencia que el daño sea proporcional, ya que una fuerza excesiva puede ser desmesurada para repeler el ataque.

Con todo, y para lo que he venido sosteniendo en este trabajo, también la prueba de la alegación de la causal de justificación, recayó en la defensa.

vi) Exceso en la legítima defensa:

De acuerdo a lo expresado por Juan Bustos, “el exceso en la legítima defensa puede tener un doble carácter: puede ser extensivo e intensivo”.⁸¹

a).-Exceso extensivo: Se relaciona con que la agresión debe ser actual y no extemporánea, por lo que se excluye la defensa, cuando la agresión ha cesado, termina o ha sido repelida.

Excesiva también puede entenderse la legítima defensa preventiva, ya que “en efecto, los principios que rigen...son totalmente distintos de los de la legítima defensa: en tales casos habrá que pedir la ayuda de la autoridad, esquivar la agresión, soportar ciertos riesgos y sólo se podrá proceder preventivamente en casos extremos y dentro del marco de la proporcionalidad”.⁸² Por lo que en este caso, se puede afirmar que no existe legítima defensa.

b).- Exceso intensivo: Se vincula al requisito de la racionalidad del medio empleado; con la falta de proporcionalidad en la reacción defensiva respecto a la agresión. En estos casos, nos encontramos con la hipótesis de legítima defensa incompleta que se desarrollará a continuación.

⁸¹ Bustos- Hotmazábal. Op. Cit. P. 135

⁸² Roxin, Claus. Op. Cit. P. 621

vii) La legítima defensa incompleta

Esta hipótesis se regula en los artículos 11 número 1 y 73 del Código Penal. Procede cuándo se demuestra que falta uno o más requisitos de la legítima defensa propia.

Con todo, siempre es indispensable, la existencia de una agresión, de lo contrario no se podría hablar de legítima defensa.

De todos modos, no basta para que se dé legítima defensa incompleta la sola existencia de la agresión ilegítima, sino que es necesario que se dé, además, atendiendo al carácter privilegiado de la atenuante, algún otro requisito no indispensable, como la falta de provocación o la necesidad racional del medio empleado⁸³.

Establecida una panorámica general respecto a la legítima defensa, enunciando sus requisitos y tipos existentes, es preciso ahora analizar en el capítulo siguiente la problemática central que me convoca. Lo siguiente, se debe analizar en consideración a lo expuesto a lo largo de todo este trabajo, para aportar con una perspectiva en torno a dar una solución a la problemática de la carga de la prueba en la legítima defensa, que corresponde absolutamente a lo contrario que nuestra jurisprudencia le ha exigido a la defensa del imputado.

⁸³ Bustos Hormazábal. Op. Cit. P.136

V. Prueba en la Legítima Defensa

El argumento de la defensa respecto a la concurrencia de una causa de justificación, en el proceso penal, implica una serie de consecuencias en materia probatoria. Específicamente, importa responder la pregunta que ya se ha planteado, relativa a quien debe soportar la carga de la prueba de una causa de justificación.

Entonces, es necesario analizar cómo el argumento de la defensa respecto a la eventual concurrencia de una legítima defensa, afecta al proceso penal en materia probatoria.

En principio, es posible pensar dos modelos diferenciados de respuesta a esta pregunta, vinculados a una distinta comprensión de la naturaleza del proceso penal, y su diferencia con el proceso civil. Pero, desde la propia perspectiva del proceso penal, ¿es también relevante la diferencia entre un sistema inquisitivo y uno acusatorio? Como ya lo analizamos, la diferencia entre ambos sistemas, es del todo relevante, considerando que además la presente memoria y su propuesta, se enmarca dentro de las características del sistema acusatorio.

En principio, el problema se puede presentar del siguiente modo: en un proceso penal, la defensa del imputado alega la concurrencia de una causa de justificación, específicamente, la legítima defensa. La pregunta es: ¿debe el imputado probar la concurrencia de la justificante?, ¿o es carga de la fiscalía probar su no concurrencia, bajo el estándar de más allá de toda duda razonable?

En el primer caso, George P. Fletcher habla de *transformación de la prueba*, esto es, cuando el acusado debe soportar la carga de probar cuestiones tales como el consentimiento, la legítima defensa, las situaciones de necesidad, o de enajenación mental, entre otras que menciona.⁸⁴

En el segundo caso, bastaría con que la defensa del imputado alegue la concurrencia de una legítima defensa, siendo carga del fiscal desacreditar tal posible justificación de la conducta típica.⁸⁵

Para responder a esta pregunta, existen dos posibles caminos explicativos: uno, es comprender la diferencia de dos modelos distintos probatorios vinculados a estructuras alternativas de procesos en relación a los sistemas inquisitivo y acusatorio. Por otro lado, se puede entender la prohibición de transferir la prueba de ciertas circunstancias al acusado, como una exigencia vinculada a principios de justicia política dentro del proceso penal.

i) El problema de la transferencia de la prueba

La primera explicación, pretende resolver el problema de la transferencia de la carga de la prueba en función de estructuras alternativas de procesos vinculadas por un lado al sistema inquisitivo y por otro al sistema acusatorio.

⁸⁴ Fletcher, George P. Conceptos básicos de derecho Penal. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997. p. 147.

⁸⁵ No deja de ser útil revisar el análisis práctico que hace George Fletcher del caso Goetz, en su libro "En defensa propia". Aquí se observa de manera didáctica el actuar de la defensa y de la fiscalía en la aportación de pruebas, que se dirigen por una parte en demostrar las circunstancias justificantes, y por el lado de la fiscalía en probar que estas circunstancias no obedecen a los requisitos de la legítima defensa.

Para entender mejor este punto, es necesario revisar previamente algunas características del sistema del *common law*. La idea fundamental del derecho anglosajón, es la distinción entre *offenses* (elementos del delito) y *defenses* (eximentes de responsabilidad criminal), donde las primeras se utilizan para incriminar y las segundas para excluir la responsabilidad penal.⁸⁶

Lo anterior tiene también consecuencias procesales. Desde un punto de vista estratégico, el fiscal debe alegar que concurren todos los elementos de la punibilidad y que no concurre ninguna defensa. La contraparte debe negar que concorra un elemento de la ofensa (elemento del delito) o afirmar que concurre una defensa (eximentes).

La pregunta es si esta distinción entre ofensas y excusas tiene también consecuencias relativas a la carga de la prueba. Si la respuesta es afirmativa, es decir, si la distinción es relevante para la decisión de quien debe probar los hechos vinculados a la legítima defensa, entonces, deberíamos concluir que en el sistema del *common law*, la distinción entre *defenses* y *offenses* es decisiva para atribuir al imputado la carga de probar circunstancias eximentes de responsabilidad, como es el caso de la legítima defensa.

Señala Fletcher, que lo relevante en este análisis del derecho anglo-norteamericano, es que la acusación debe probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. La pregunta que plantea Fletcher, es si debemos entender por

⁸⁶ Ibid. p. 145-146.

culpabilidad todos los elementos que determinan la responsabilidad penal, o sólo los elementos del delito (*offenses*).⁸⁷

Si estamos en el segundo caso, entonces corresponde a la defensa probar la legítima defensa. Esta distinción entre *offenses* y *defenses*, se vincularía al carácter adversativo del proceso penal anglosajón, en contraste, con el carácter inquisitivo del proceso penal europeo continental. En un proceso adversativo es plausible la consideración de que ciertas alegaciones por parte del acusado están asociadas a una transferencia de la carga de la prueba. En cambio, señala Fletcher, en la cultura jurídica continental, “los tribunales son más propenso a interpretar el concepto de culpabilidad en un sentido amplio incluyendo en él todos los problemas sustantivos que tienen que ver con la responsabilidad. Una vez alcanzada esta posición, como sucedió con claridad en Alemania, la distinción entre elementos del delito y eximentes desaparece del vocabulario de los penalistas”.⁸⁸

¿Hasta dónde esta explicación es satisfactoria?; ¿Es posible explicar con esta distinción la tendencia del derecho anglosajón de situar en el acusado la carga de la prueba de las eximentes?. “Se presume que el proceso acusatorio tiende a establecer un equilibrio entre las dos partes competidoras, acusación y defensa, y que ello implica también que la defensa esté obligada a probar los hechos que favorecen al acusado”.⁸⁹

Según Fletcher, esta explicación desconoce la historia común que tienen tanto el sistema acusatorio como el sistema inquisitivo en esta materia. La transferencia de la carga de la prueba al acusado, es un fenómeno común en el siglo XIX a ambos

⁸⁷ Ibid. 147.

⁸⁸ Ibid. p. 148.

⁸⁹ Ibid. p. 149.

sistemas. De hecho la Ordenanza Criminal de Prusia de 1805 impuso la carga al acusado, aunque el sistema procesal era inquisitivo, al señalar que “una vez obtenida la prueba de un acto contra un acusado, éste queda sujeto a la ley penal, salvo que pruebe que en esas circunstancias el acto no era delictivo”.⁹⁰

La conclusión de Fletcher, es que la explicación desconoce el dato histórico que durante el siglo XIX, ambos sistemas consideraban que los problemas relacionados con la inculpación debían ser probados por la acusación, y los problemas relativos a las eximente debían ser probadas por la defensa. Es aquí donde Fletcher propone su planteamiento vinculado a principios de legitimidad procesal.

ii) La opinión de Fletcher

La tesis de Fletcher, es que “la transformación en la praxis de la carga de la prueba se produjo como resultado de un *replanteamiento de la naturaleza de la responsabilidad penal y de las proposiciones básicas que se utilizan para aplicar los criterios sobre la carga de la prueba*”⁹¹. Este cambio es explicado por el autor, tanto en los países de Europa continental, como en el derecho anglosajón, como una tendencia general del derecho penal desde su comprensión como *reglas derrotables a reglas comprensivas*, distinción elaborada por H.L.A. Hart.

El esquema de análisis de la distinción entre elementos de la ofensa y de las defensas afirmativas, está basado según Fletcher, en la idea de reglas derrotables.

⁹⁰ Ibid. p. 148

⁹¹ Ibid. p. 150

Una regla derrotable es aquella que una vez afirmada, provee una razón suficiente para justificar una decisión, pero que se le asume como susceptible de ser contrarrestada por otras consideraciones normativas. Estas otras consideraciones no son entendidas como excepciones a la regla, sino que como argumentos normativos que pueden contrarrestarla. Siempre está abierta la posibilidad de invocar un argumento contrario que contrarreste la fuerza de esa regla y que por lo tanto, la derrote.

El sistema entonces está abierto a argumentos que hagan contrapeso a la aseveración de la concurrencia de todos los elementos de la ofensa. Y la derrota de la posición del fiscal, es un asunto naturalmente de cargo del acusado. “El acusado debe confesar la verdad de aquello de lo que se le acusa y no obstante, evade la implicaciones de su conducta presentando una excepción”⁹² (*confession and aviodance*).

En cambio, una regla comprensiva es una formulación normativa que describe de modo exhaustivo todas las condiciones relevantes para la justificación de la decisión de adjudicación de la responsabilidad penal. La idea de una regla comprensiva naturalmente lo que busca es brindar una pauta exhaustiva en función de la efectiva concurrencia de todos los presupuestos del sistema punitivo. “No admiten la posibilidad de confesión y evasión, la única forma de atacar estas reglas es negar alguna de sus premisas fácticas.”⁹³

“La noción de una eximente es producto de las reglas elusivas (derrotables). Una eximente admite el delito, y no obstante, pretende evitar la responsabilidad. Las reglas

⁹² Ibid. p.151.

⁹³ Ibid. p. 151.

globales (comprendivas) no admiten eximentes, por lo que la única forma de anularlas es negar su aplicabilidad".⁹⁴

Para Fletcher, la distinción entre *offenses* y *defenses* en el sistema anglosajón no implica necesariamente que deba existir la transferencia de la carga de la prueba de las eximentes al acusado. Al contrario, se constata que la tendencia general del derecho penal, tanto en el derecho continental y anglosajón, es el cambio de reglas derrotables a reglas comprendivas, por factores que exceden las estructuras alternativas de los sistemas acusatorio e inquisitivo. Los dos factores más relevantes para este cambio son el argumento de la presunción de inocencia y la teoría moral de la culpabilidad.

iii) La presunción de inocencia ⁹⁵

Se basa en la mayor exigencia que tiene la parte acusadora para destruir la culpabilidad del acusado, esta exigencia es *más allá de toda duda razonable*. Se colige del principio de presunción de inocencia, inocencia que debe ser destruida. El artículo 297 del CPP al hablar de la valoración de la prueba, coloca como idea general la libertad de apreciación, limitada por la sana crítica. En nuestro tema en comento, esto quiere decir que el tribunal al encontrarse frente a un caso de legítima defensa, debe

⁹⁴ Ibid. p. 151.

⁹⁵ No me detendré a explicar esta presunción, pues creo que a lo largo de este trabajo ya ha sido manifestada su importancia en el tema. Un desarrollo más extenso de la presunción de inocencia, desvirtuaría la atención principal del planteamiento de la tesis de Fletcher.

hallar el convencimiento de la no concurrencia de la justificante, con un estándar de exigibilidad mayor, que el requerido para convencerse de que concurren los requisitos estructurales de la legítima defensa. Esto se vincula insoslayablemente al principio *in dubio pro reo*.⁹⁶

Fletcher señala que la “simple declaración de no culpabilidad que hace el acusado al comienzo del juicio incide ya en la atribución de la carga de la prueba”⁹⁷ Con esto se desprende la responsabilidad que tiene el órgano acusador de probar de una manera excesivamente más contundente los hechos de su acusación. Vásquez Sotelo, explica la mecánica de esta presunción y la obligatoriedad que tiene el órgano persecutor de destruirla aportando las pruebas para ello, la inocencia es el hecho conocido, base de la presunción, del mismo, no se podría deducir la culpabilidad como segundo hecho, ni cabría pensar que entre la inocencia inicial y la inocencia o la culpabilidad que finalmente se declare medie un enlace lógico basado en la lógica o en la experiencia “⁹⁸

⁹⁶ De una manera más directa, la problemática analizada se conecta con la presunción de inocencia, pero al exponer que el estándar de valoración es más reducido o menos exigente en prueba de la justificante, la conexión se forma con el principio *in dubio pro reo*, y en consecuencia, se falla a favor del acusado. Es una diferencia que establezco entre ambos principios, teniendo en consideración todas las otras que a mi parecer han sido muy bien expuestas por Miguel Angel Montañes Pardo en “La presunción de inocencia análisis doctrinal y jurisprudencial”. P. 45-49

⁹⁷ Fletcher, Op.Cit. P. 154

⁹⁸ Huertas San Martín. Op. Cit. P46

iv) La teoría moral de la culpabilidad

Significa que el derecho penal castiga únicamente al culpable de la comisión de un delito, tiene que ser el “legalmente responsable del delito cometido”. Cuando Fletcher habla de culpabilidad prefiere que se entienda en un sentido moral más que descriptivo, éste último obedece al estado mental que requiere el delito para su comisión. Un sentido moral es más amplio y atiende a la idea de culpabilidad por el hecho ilícito realizado.

Este autor constata que en el derecho penal alemán ha existido una tendencia progresiva a desplazar los riesgos de la carga de la prueba hacia la acusación.⁹⁹

Lo definitorio es lograr un sistema de carga de la prueba exclusivo del proceso penal. La cuestión todavía no se resuelve claramente, mas es preciso tener en consideración las propuestas de Fletcher vinculadas a que la culpabilidad deviene de una destrucción de la inocencia del imputado, respaldada por pruebas que son cargas de la parte acusadora, admitidas más allá de toda duda razonable. En la práctica todo esto se resuelve en la actividad del Tribunal y los criterios que irá adoptando para evaluar los requisitos de la legítima defensa, por ejemplo.

Así se disuelve la distinción entre ofensa y defensa: bajo el principio de la presunción de inocencia y la teoría moral de la culpabilidad, hay una tendencia a impedir que la carga de la prueba se desplace del fiscal al acusado, por la división entre *offenses* y *defenses*. La tesis de Fletcher, es que respecto a la carga de la prueba no debe haber diferencia entre elementos del delito y eximentes, y bajo la

⁹⁹ Fletcher, G.M, Op.Cit. P. 155

presunción de inocencia y una teoría moral de la culpabilidad, corresponde a la acusación probar todos los factores determinantes de la responsabilidad penal.

Lo descrito, es totalmente aplicable a nuestro sistema procesal penal, si se considera adicionalmente, el principio de objetividad del Ministerio Público, del cual ya hemos expuesto.

CAPÍTULO IV. BREVE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

I.- Generalidades

En este capítulo, a la luz de las sentencias que se revisarán, se podrá apreciar la tendencia jurisprudencial en esta materia. En consecuencia, representa una constatación empírica, lo cual constituirá un buen complemento en relación al marco teórico propiciado a lo largo de este trabajo, avalado principalmente por el capítulo anterior que plantea el aporte doctrinario de George Fletcher.

Luego de analizar la legítima defensa en el capítulo III, deteniéndome especialmente en la circunstancias que deben ser acreditadas para que se verifique la causal de justificación, en el presente apartado me centraré en exponer algunos fallos de jurisprudencia nacional, en donde se aprecia la postura predominante.

Con todo, el aporte de los fallos será una herramienta útil para apreciar que en la práctica, es la propia defensa del imputado el que debe velar por el esclarecimiento de los hechos, pese que tal función sea la encomendada también el Ministerio Público.

En relación con lo anterior, y al haber analizado en un capítulo anterior la facultad de dirigir la investigación que tiene el Ministerio Público, cabe analizar que dentro del espectro de sus atribuciones, es mayormente exigible un alto estándar probatorio, por cuanto puede dar órdenes directas a la policía, teniendo por tanto mayores facilidades en la investigación, como además negar la proposición de diligencias probatorias.

Debo hacer presente, que la jurisprudencia seleccionada, no pretende ser un catálogo sistematizado de fallos existentes sobre esta materia, ya que esta memoria no tiene como objetivo ser un trabajo de revisión jurisprudencial, sino que la expresión de principios doctrinarios hallados en nuestra legislación vigente, y de qué manera se aplican en la realidad.

La intención de esta memoria, es entregar las herramientas necesarias para exigir del Ministerio Público un rol activo de acuerdo a sus funciones, para aportar en la acreditación o desacreditación si así fuere, de legítima defensa, así como en cualquier otra causal de justificación, todo virtud de la función de esclarecimiento de los hechos de que ha sido investido.

Si bien este trabajo, se pudo haber centrado en torno a la carga de la prueba frente a cualquier causal de justificación, escogí la legítima defensa, porque como figura, me interesa la cantidad y variables de elementos a probar, y porque en ella es posible encontrar diversas hipótesis que aportan una interesante labor probatoria. Adicionalmente, considero que la legítima defensa importa una de las causas de justificación que representan un mayor interés mediático, siendo asimismo la más frecuente y con una enorme jurisprudencia al respecto.

En consecuencia, la cantidad de material que se puede consultar es basto, reiterando que las sentencias que serán expuestas a continuación, representan aquellas que de mejor manera se puede apreciar la tendencia jurisprudencial en torno al tema analizado.

En alguno de estos fallos, se puede encontrar claramente que se produce una “inversión en la carga de la prueba”, ya que la prueba de la eximente recae totalmente en la defensa, siendo por ende la eximente desechada, si es que la defensa no logra acreditar que se actuó conforme a los requisitos exigidos por ley.

Además de aquella inversión de la prueba, objeto de crítica como se ha venido planteando, se analizarán otros presupuestos que podrían exigirse en nuestra jurisprudencia, y que han llegado a reflejarse en algunos de los fallos analizados.

i) La Inversión de la Prueba

En principio, se cree que ante la concurrencia de una causal de justificación, debe ser el imputado y su defensa quien debe soportar la carga de acreditar la eximente.

Sin embargo, de acuerdo a lo señalado a lo largo de esta investigación, es posible exigir al órgano investigador que como interviniente imparcial, dirija además sus esfuerzos en acreditar la inocencia del imputado, con lo cual se vería en la obligación de aportar prueba para tales efectos, siempre teniendo como principios rectores el de presunción de inocencia, y el principio de objetividad del Ministerio Público.

No obstante, en el siguiente desglose de fallos seleccionados, se puede apreciar que en la práctica, la jurisprudencia ha exigido a la defensa aportar la carga probatoria de la causal de justificación, de tal manera que la exclusión de

responsabilidad ha sido desechada por considerarse que la prueba de la defensa para acreditar los presupuestos de la legítima defensa, ha sido insuficiente.

En derecho comparado, y bajo el criterio del Tribunal Supremo Español¹⁰⁰, existe un criterio estricto para la prueba de las eximentes, así en STS 2.11.98 (A. 1998/ 898), se establece que “las bases fácticas de las circunstancias eximentes y atenuantes deben estar tan acreditadas como el hecho mismo”.¹⁰¹ No obstante, la exigencia de dicha acreditación, conlleva también a transgredir lo que antes hemos expuesto, esto es el principio de presunción de inocencia. Bajo este aspecto, la opinión del Tribunal Supremo ha entendido en STS 336 / 2009, de 2 de abril, FJ único (A. 2009/ 411), que: “corresponde a quien lo alega, y su defensa, exponer las condiciones que hacen que en el sujeto concreto concurre el supuesto de exclusión de la responsabilidad penal, o su atenuación, por la concurrencia del error (de prohibición), y su razonabilidad deberá ser extraída de condicionamientos particulares que concurren en el sujeto”.

Con una argumentación similar a la anterior, se encuentra la STS 31/2007, de 18 de junio, Fj 1.8 (A.2007/ 3462), que expresa lo siguiente: “Cuando se trata de circunstancias eximentes o atenuantes la regla de juicio halla su presupuesto en el principio general que late en nuestro código Penal al estructurar las causas de imputabilidad de forma negativa, de modo que debemos siempre entender, que una persona disfruta de las facultades mínimas de comprender y querer, salvo que se

¹⁰⁰ Cuerdo Riezu, Antonio. La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?. In Dret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Abril de 2014. Artículo extraído del sitio web. www.indret.com. P. 6 a 9.

¹⁰¹ Ibid. P. 6

pruebe lo contrario, esto es, las causas de exención o restricción de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad deben hallarse tan acreditadas como el hecho principal mismo sobre el que inciden. La carga de la prueba en nuestro caso, en el que se postula la estimación de una atenuante cualificada, compete a la defensa que la alega, que no ha probado la base fáctica que propiciaría su acogimiento”

En nuestra jurisprudencia nacional es recurrente, sin que existan a la fecha fallos que indiquen lo contrario, el exigir al imputado y a su defensa que pruebe todos los elementos que configuran la causal de justificación.

Si bien no toda la jurisprudencia es explícita en requerir que la defensa aporte la prueba necesaria, es una práctica habitual que sea de tal manera, actuando siempre el Ministerio Público como un ente adversarial que se enfrenta y contrapone a los argumentos de la defensa. Lo anterior, como hemos planteado a lo largo de este trabajo, contraviene el principio de presunción de inocencia y el principio de objetividad del cual está investido el Ministerio Público, lo cual fue abordado en un capítulo anterior.

Con la argumentación expuesta, no es normal esperar que sea siempre la defensa quien acredite la inocencia del imputado, demostrando la confluencia de todos los elementos configuradores de la legítima defensa. Asimismo, tampoco resulta plausible que sea un fundamento del fallo rechazar la causal de justificación por no acreditarse por la defensa los elementos exigidos ya sea de manera completa o incompleta a fin de que opere como eximente o como atenuante.

Un ejemplo de jurisprudencia que rechaza la atenuante por no ser probada debidamente por la defensa, corresponde al fallo del Tribunal de Juicio Oral de Antofagasta, de fecha 23.07.2008, causa Rit 113-2008, que en su considerando décimo sexto dispone: “Que en armonía con lo resuelto en los motivos que preceden, se ha desestimado la teoría del caso de la defensa que pretendió establecer como exculpatoria la eximente de legítima defensa, tanto personal como de terceros, por no haberse acreditado el requisito basal de la agresión ilegítima por parte del occiso, elemento sustancial para su concurrencia. En efecto, siendo la causal de justificación una excepcional autorización para verificar conductas típicas, la carga de la prueba corresponde a quien la invoca”.

A su vez, la misma exigencia de prueba referida en la sentencia anterior, se encuentra en el fallo del Tribunal de Juicio Oral de San Antonio, de fecha 28.03.2007, Rit 12-2007, que en su considerando décimo tercero prescribe: “Que la defensa de la encartada Saldía invocó la eximente de responsabilidad penal del N° 4 del artículo 10 del Código Penal, consistente obrar en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera. Agresión ilegítima. Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla. Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Esta causal de justificación, requiere doctrinariamente de la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos para su aplicación dado que, como todo actor humano, este debe ser analizado según el sentido de la actividad realizada. En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta que la defensa legítima requiere que subjetivamente se haya reaccionado por el agredido con la voluntad de repeler el

ataque a su persona, derechos o los de un tercero. Autores como Welzel, Jescheck, Cobo, Vives, Mir Puig, Cerezo Mir, Bacigalupo, Bustos, entre muchos otros, concuerdan en que la persona que se defiende debe cometer el acto típico con la voluntad de repeler la agresión (Mario Garrido, op. Cit. Tomo II, pag. 134). De esta forma, es un requisito necesario que la actuación desplegada por el agente tienda a defenderse, concepto que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su primera acepción define como “amparar y proteger” a la vez que el concepto de repeler, dado por la doctrina, revela la idea de rechazar o echar de sí algo con impulso o violencia, lo que apreciado en su conjunto, da una clara cuenta que el concepto que nos convoca no ampara situaciones de ataque, más que cuando esta es la condición necesaria para protegerse o proteger, en el caso que corresponda. En otras palabras, los ataques solamente se encuentran justificados cuando son el único medio necesario para restaurar de facto el imperio del derecho.

Hecha la aclaración anterior, procede revisar cual es el fundamento fáctico en el cual la defensa asienta su pretensión de concurrencia de esta causal, toda vez que es la parte que la invoca quien se encuentra cargado con el peso de la prueba para acreditar las circunstancias alegadas”.

Otro fallo explícito en dejar por sentado que corresponde probar las causas de justificación a quien las invoca, es la sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Concepción, de fecha 7.09.2008, Rit 290-2008, que expone en su considerando décimo quinto, lo siguiente:

“Que, como es sabido, respecto de las causales de justificación atendido su carácter de excepcionales, la carga de la prueba corresponde a quien las invoca y en este juicio penal no se ha rendido prueba suficiente que permita a los sentenciadores estimar más allá de toda duda razonable que efectivamente ha existido una agresión ilegítima en contra del autor de homicidio, la cual le haya permitido verificar una conducta típica y luego quedar exento de sanción penal. Que al faltar el elemento agresión ilegítima, su inconcurrencia acarrea la imposibilidad de alegar legítima defensa sea completa o incompleta”.

Como expresé anteriormente, la cantidad de fallos que son explícitos en lo que hemos analizado en este apartado no son su mayoría, pues la gran cantidad de jurisprudencia que existe al respecto incorpora de manera tácita la exigencia de la defensa de hacerse cargo de la prueba de la eximente, cuestión que se encuentra radicada en la práctica de los tribunales, sin que se pueda encontrar una sentencia que a la fecha formule lo contrario.

En consecuencia, no existe a la fecha jurisprudencia que explicita la función entregada por ley al Ministerio Público, la cual se encuentra plenamente reflejada en “velar a favor del imputado, porque se obtenga todo el material de descargo y porque ninguno de sus derechos procesales se vea menoscabado”.¹⁰²

¹⁰² Roxin, Claus "et al", “El Ministerio público y el proceso penal”. Ed. Ad - Hoc, Buenos Aires, 1993.P 40-41

ii) Rigurosidad en la prueba de las eximentes debe ser equivalente a la prueba del hecho mismo:

De la revisión de fallos, y esto a su vez acreditado por la tesis del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Chile, que se cita en nota al pie¹⁰³, llama la atención el reducido grupo de sentencias que acogen la causal de justificación de legítima defensa.

El fundamento de lo anterior, se basa en la exigencia y rigurosidad en que se le requiere a la defensa para acreditar la causal. De la estadística propiciada por la memoria antedicha, se puede constatar que de un universo de 180 fallos revisados, sólo el 10,5 % acoge la eximente de legítima defensa; el 15,5 % acoge la atenuante incompleta; y el 74 % rechaza la invocación de la eximente¹⁰⁴.

De la constatación anterior, surge la duda fundada en que si referida tendencia jurisprudencial, inclinada a rechazar la causal de legítima defensa, tendría que ver con la exigencia ya sea tácita como explícita que se le ha entregado a la defensa de asumir la carga de la prueba, y en consecuencia probar la inocencia del imputado. Lo anterior, porque es sabido que la defensa no cuenta con los medios necesarios porque por ley no está investido de ellos, para contar con las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la búsqueda de la verdad.

¹⁰³ Chahuán Chuahuán, Guillermo y Letelier Cibié, Pablo. "Revisión Jurisprudencial de la causal de justificación de la legítima defensa en el nuevo sistema procesal penal". Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2010

¹⁰⁴ Ibid. P. 38-41

En la revisión de algunos fallos que acogen la causal de justificación, se puede constatar que el rol de la defensa en la aportación de prueba es lo suficientemente activa, en este sentido el rol del Ministerio Público se caracteriza por acreditar el hecho que sostiene la acusación, y en rebatir la prueba de la defensa tendiente a acreditar la legítima defensa.

En relación a la rigurosidad, lo que se espera es que el Ministerio Público cuente con la misma concentración de esfuerzos tanto como para acreditar la prueba de la eximente, así como el hecho mismo. No basta con que la Fiscalía investigue el delito de manera parcial, sin ponderar todas las circunstancias que lo rodean, lo que incluye las circunstancias eximentes.

En fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, de fecha 9.09.2008, Rit 164-2007, se puede apreciar que la labor en la aportación de prueba por parte de la defensa es bastante exigente y completa, caracterizándose la labor del Ministerio Público en rebatir las pruebas presentadas por la defensa para acreditar la eximente.

En este fallo no existe contravención relevante de la defensa respecto a los hechos, dándose en consecuencia por acreditados. La función probatoria se basa entonces en determinar si concurren todos los elementos de la legítima defensa. La defensa acredita una a uno los elementos de la causal de justificación, analizando primero la concurrencia de la agresión ilegítima, la cual fue acreditada en la parte resolutive del fallo que en su considerando noveno establece que “resultó claro que la circunstancia de verse expuesta a fuertes tirones y zamarrones, como expresó la acusada, más golpes en su rostro -dos expuso aclarando a las preguntas del fiscal- no pudo sino tenerse como una agresión del todo ilegítima, máxime si provenían de un

hombre bajo los efectos del alcohol y con una envergadura notoriamente superior a la mujer que recibía los impactos.”

En relación al requisito de la necesidad racional del medio empleado, en mérito de la prueba presentada por la defensa, el fallo considera que dicha agresión se repelió de la única manera posible para repelerla. El rol del Ministerio Público para estos efectos, se basó en rebatir este presupuesto, indicando que existían otros medios posibles para repeler el ataque; no obstante lo anterior, fue rechazado por los sentenciadores.

Finalmente, en cuanto al requisito de la falta de provocación suficiente, este quedó suficientemente acreditado, también en virtud de la prueba presentada por la defensa en el juicio.

Quizás no es coincidencia que esta actitud activa de la defensa en la aportación de pruebas, haya logrado la convicción del Tribunal, y el resultado del juicio fuere la absolución del acusado.

iii) La culpabilidad es lo que se debe demostrar, no la inocencia

En nuestra jurisprudencia, y a propósito de la exigencia y rigurosidad en que se desestima la invocación de la eximente de legítima defensa, es posible colegir que el imputado queda en una posición de demostrar fehacientemente su inocencia, pasando quizás a un segundo plano la acreditación del hecho punible.

En la gran cantidad de fallos respecto a la legítima defensa, llama la atención el esfuerzo y análisis probatorio respecto a los requisitos para la confluencia de la causal de justificación. Adicionalmente, pareciera que ante la invocación de legítima defensa, el hecho punible se encontrara totalmente acreditado, pasando de inmediato a la revisión de si se cumplen o no los requisitos de la eximente.

En concordancia con lo anterior, se puede apreciar que lo que se busca en consecuencia, son pruebas suficientes para acreditar la inocencia, es decir, el imputado y su defensa, deben centrar sus esfuerzos en demostrarla. A este respecto, llama la atención el voto particular en la STC 169/ 2004, de 16 de octubre:

“Cuando se trata de sentencias absolutorias, exigir exteriorizar los motivos que avalen la existencia de pruebas suficientes para declarar la inocencia supone invertir el entendimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es la culpabilidad la que debe demostrarse, no la inocencia y, mientras no se haga, el acusado, se le presume inocente, correspondiendo a la acusación la carga constitucional de aportar pruebas de la culpabilidad del imputado y bastándole al juzgador para absolver con dudar razonablemente sobre la suficiencia de la prueba de cargo para la condena. Ni la constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado, exigen la existencia de pruebas suficientes que justifiquen la inocencia del acusado”.

Con todo, los fallos analizados en nuestra jurisprudencia nacional no se pronuncian de manera explícita en torno al principio de presunción de inocencia, ni en el momento de rechazar o aceptar la concurrencia de la justificante. Por ende, no existe un análisis detallado de la presunción, pasando ésta a un segundo plano, pues lo relevante siempre se traduce a un análisis detallado de los requisitos de la

justificante, es decir el imputado debe realizar todos los esfuerzos por demostrar su inocencia.

Por ejemplo, en fallo que acoge la causal de justificación de legítima defensa, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, de fecha 19.12.2006. Rit, 26-2006, al sostenerse por la defensa que la conducta de los imputados es típica, pero no antijurídica, puesto que concurren todos los elementos de la legítima defensa, la prueba es aportada absolutamente por la defensa del imputado. En efecto, la defensa acreditó uno a uno los elementos de la causal de justificación, por lo que el rol de Ministerio Público sólo se fundamentó en la acusación y en el hecho mismo de la acción típica, que fue confirmada por la tesis de la defensa.

El Tribunal analiza cada uno de los requisitos de la legítima esgrimidos, para llegar a una conclusión final expresada en el Considerando Décimo "pues ha resultado acreditado en estrados que fue este quien en compañía de un tercero, con quien circulaba en su camioneta, procedieron a agredir a los acusados, a mayor abundamiento no se encuentra acreditado en estrados que en los hechos haya obrado provocación suficiente de parte del acusado, de tal forma que los requisitos previstos en la norma legal concurren en su totalidad respecto del hecho sublite, si bien típico, carece de antijuridicidad por las razones anteriormente esbozadas."

iv) Valoración de la prueba más allá de toda duda razonable

El modelo de valoración de la prueba que se establece en nuestro Código Procesal Penal en su Artículo 297, corresponde al de libre valoración o sana crítica. Esta valoración con libertad, no significa que un medio de prueba sea valorado sobre otro, pues todas las partes puedan valerse de los medios necesarios para probar sus afirmaciones sin ceñirse a un sistema de prueba legal.

La problemática es que en el hecho, no todos los intervinientes en el proceso penal se encuentran en igualdad de condiciones para contar con elementos necesarios para aportar la defensa en juicio. En este caso, el Ministerio Público obviamente tiene una posición más aventajada respecto a los otros intervinientes en virtud, como ya sea reiterado, de sus funciones encomendadas por ley.

En este sentido, es del todo procedente, que el Tribunal exigiera por parte de la acusación un estándar riguroso y elevado, como asimismo exigiera todas las diligencias que conllevaran a esclarecer los hechos, lo que también involucraría la prueba de la eximente.

El sistema de valoración de prueba se relaciona obligatoriamente a la presunción de inocencia, y al estándar para acreditar la culpabilidad en un hecho punible, destruyendo por ende el principio de presunción de inocencia. Referido estándar probatorio, se encuentra contenido en el artículo 340 del Código Procesal Penal, que establece: “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que

realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

En consecuencia, no debe caber duda alguna en el contenido de la acusación, por lo que no resulta atendible, por ejemplo, que del examen que realice el tribunal comparece que parte propicio mejor prueba que otra, sino que debe ponderar la prueba que logre llegar a la convicción más allá de toda duda razonable, siendo por ende sumamente exigible el grado de certeza que se debes esperar del sentenciador en sede penal.

En principio, se puede entender que el estándar probatorio de más allá de toda duda razonable, sólo se puede invocar cuando se quiere acreditar la comisión de un hecho punible, lo que me parece lógico, pues toda persona es inocente siempre que no se acredite lo contrario.

Sin embargo, en un fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, de fecha 3.09.2010, causa Rit. 236-2010, que asimismo se refiere a la situación anómala de la inversión de la carga de la prueba, se puede encontrar en su considerando noveno que el estándar probatorio debe ser tan riguroso como el utilizado para acreditar lo hechos punibles, argumento que ya analizamos en un punto anterior. Cita el referido considerando noveno: “ la carga de la prueba, en consecuencia, ya no era para el ente persecutor –que cumplió su obligación acreditando los delitos- sino que era precisamente para el encartado, quien debía demostrar que su actuar, en principio constitutivo de delito, podía estar exento de antijuridicidad, lo que requería de la acreditación, en resumidas cuentas, de una actuación previa del o los ofendidos y de su propio actuar, con un estándar probatorio

tan estricto como el que se tuvo para probar los hechos punibles, esto es, más allá de toda duda razonable. En autos no se ha logrado y, por consiguiente, dicha petición absolutoria forzosamente ha sido rechazada.”

Este fallo en consecuencia, al analizar cada uno de los elementos de la legítima defensa, comienza a descartarlos, para rechazar la causal de justificación esgrimida, toda vez que en primer término, no se encuentra acreditado por parte de la víctima la concurrencia de la agresión ilegítima.

V.CONCLUSIÓN

El desarrollo de este trabajo fue analizar separadamente, los diversos elementos que configurarían el tema expuesto. El haber desarrollado resumidamente la materia sobre la carga de la prueba, y luego lo concerniente a la legítima defensa, sirvió para entregarle un marco teórico a lo que supuso ser una toma de posición final, expuesta en el capítulo III, y amparada en la solución que ha intentado realizar George Fletcher al problema.

Estimo convincentes los argumentos otorgados por este autor, relativos al deber de la parte acusadora de probar todos los factores determinantes de la responsabilidad penal. Lo fundamental de esta proposición confluye en la valoración que en nuestro sistema realizaría el tribunal oral en lo penal de la prueba rendida por la fiscalía, valoración que quedaría supeditada a estándares mucho más exigentes que los previstos para la prueba rendida por la defensa. Todo porque desde un principio, rige la presunción de inocencia, que enarbola la idea de que el acusado nada tiene que hacer para probar su inocencia, no obstante lo que la defensa pruebe o alegue en su beneficio.

Además, en la exposición realizada, obtuvo un rol preponderante, en el contexto general de lo planteado, ciertas consideraciones en torno al principio de objetividad, correlacionado con el principio de oportunidad del Ministerio Público. Adicionando además, la preponderancia en el rol de dirigir la investigación de la Fiscalía, lo que podrá permitir asimismo, el esclarecimiento de los hechos que acrediten la inocencia del imputado.

Bajo todas esas consideraciones se formula el cuestionamiento en torno a las repetidas inversiones de la carga de la prueba, que podemos hallar en la jurisprudencia procesal penal. Así, haciendo una revisión de varios fallos de nuestros tribunales, no fue posible encontrar uno, que no le exigiera a la defensa el deber de probar la justificante.

Finalmente, el desarrollo teórico sobre carga de la prueba, constituye un marco teórico a lo que supone ser una toma de posición final, expuesta en la solución que ha intentado realizar George Fletcher al problema. Estimo plausibles los argumentos otorgados por este autor, relativos al deber de la parte acusadora de probar todos los factores determinantes de la responsabilidad penal. Lo fundamental de esta proposición confluye en la valoración que en nuestro sistema realizaría el Tribunal Oral en lo Penal de la prueba rendida por la fiscalía, valoración que quedaría supeditada a estándares mucho más exigentes que los previstos para la prueba rendida por la defensa. Todo porque desde un principio rige la presunción de inocencia, que enarbola la idea de que el acusado nada tiene que hacer para probar su inocencia; no obstante lo que la defensa pruebe o alegue en su beneficio.

En ese contexto, y reiterando lo planteado por George Fletcher, la prueba debe provenir de la parte acusadora, quien debe acreditar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, y en ese aspecto, sus esfuerzos probatorios se deben destinar tanto a la prueba de los elementos del delito como sus eximentes. En el evento que se alegue la causal de justificación, el Fiscal bien puede impetrar diligencias para desacreditarlas o bien apoyarlas, si es que a través de la búsqueda por el esclarecimiento de los hechos, no ha logrado destruir la presunción de inocencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: "Legítima defensa y proceso". Bilbao : [Deusto], 1965.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R, MUERZA ESPARZA, J., OLIVA SANTOS, A y TOMÉ GARCÍA, J. "Derecho procesal penal", 8ª Edición. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2007.

BACIGALUPO, Enrique. "Derecho Penal Parte General". Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1999.

BAUMANN, Jürgen. "Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales; introducción sobre la base de casos", trad. de la 3ra ed. Alemana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires, Depalma, 1986.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan - HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal". Volumen II. Editorial Trotta. Madrid. 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal Parte General". 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1987.

CAROCCA PÉREZ, Alex. "Manual de Derecho Procesal". Lexis Nexis, Santiago, 2003.

CAROCCA PEREZ, Alex "Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno". Revista Ius et Praxis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Año 3, N° 2. 1997.

Código Procesal Penal. Anotado y concordado. Emilio Pfeffer. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. "Funciones del Derecho Procesal Constitucional". Revista *Ius et Praxis* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Año 8, N° 2. 2002.

COUTURE, Eduardo. "Estudio de Derecho Procesal Civil". Ediar, Buenos Aires, 1948-1950.

COUTURE Eduardo, "Fundamentos de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires, Editorial Depalma 3era. edición 1978.

CUERDA RIEZU, Antonio. "La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?". Revista para el análisis del Derecho, INDRET. Extraído del sitio web www.indret.com.

CHAHUÁN CHUAHUÁN, Guillermo y LETELIER CIBIÉ, Pablo. "Revisión Jurisprudencial de la causal de justificación de la legítima defensa en el nuevo sistema procesal penal". Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile 2010.

CHAHUÁN SARRAS, Sabas. "Manual del Nuevo Procedimiento Penal". 6ª Ed. Legal Publishing, Santiago, 2009.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Principios Fundamentales del Derecho Procesal". Editorial A B C, Bogotá, 1981.

Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Dpto de publicaciones. "Las garantías procesales penales: Enfoque histórico comparado". Edmundo S. Hendler Compilaciones. 1º reimpresión, Editores del Puerto S.A. 2004

FLETCHER, George. "Conceptos básicos de Derecho Penal". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

FLETCHER, George. "En defensa propia: sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

GOLDSCHMIDT.J. "Derecho Procesal Civil". Trad, Leonardo Prieto Castro, Labor. Barcelona, 1936.

GOLDSCHMIDT. J."Principios Generales del Proceso. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961, Tomo I.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. "El proceso penal alemán: introducción y normas básicas". Primera edición. Barcelona, Bosch casa editorial, 1985.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. Acusación y defensa en el proceso penal. Editorial Bosch. Barcelona. 2004.

HORVITZ LENNON María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián. "Derecho Procesal Penal chileno". Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 2002.

HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. "El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba". José María Bosch Editor. Barcelona, 1999.

IGLESIAS DEL RÍO, Miguel Angel. “Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa”. Editorial Comares. Granada, 1999.

JAÉN VALLEJO, Manuel:”Los principios de la prueba en el proceso penal español”. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Documento obtenido del sitioweb:http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_16.pdf

JAUCHEN, E.M. “Tratado de la prueba en materia penal”. Rubinzal-Culzoni Editores.

JIMÉNEZ BLANCO, A., JIMÉNEZ BLANCO G ., MAYOR MENÉNDEZ, P., OSORIO ITURMENDI, L. “Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.

LUZÓN CUESTA, J.M. “La presunción de inocencia ante la casación”. Editorial Colex, 1991.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Instituciones de Derecho Procesal Penal”. Mendoza, Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2001.

LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando, MOIS, Martín, PRAETORIUS, Daniel y RAMÍREZ, José Miguel. coord. MATORANA MIQUEL, Cristian. “Reforma Procesal Penal, Génesis Historia Sistematizada y concordancias”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003.

MAGRO SERVET. “La prueba en el proceso penal: entre el hipergarantismo y la victimización secundaria”. La Ley Penal, 2008.

MAIER, Julio. “Derecho Procesal Penal”. Primera Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

MARTÍNEZ ARRIETA, A. “La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio. Editorial Comares.

MATURANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl. “Derecho procesal penal” Santiago, Chile : Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.

MATURANA MIQUEL, Cristián, “El Ministerio Público”, “Revista de Derecho Procesal N° 20, 2005.

MATURANA MIQUEL, Cristián. “Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Procesal. Santiago. 2004.

MICHELI, G.A. “La carga de la prueba”. Trad, Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961.

MITTERMAIER, C.J.A. “Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc”. Editorial Reus. Madrid. 1929. P. 112.

MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. “La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencial.” Arazandi Editorial, Pamplona. 1999.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo “La carga de la prueba y sociedad de riesgo” Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2004.

OVEJERO PUENTE. “Constitución y derecho a la presunción de inocencia”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. "Introducción a la Reforma Procesal Penal". Editorial Fallos del mes. Santiago. 2000.

POLITOFF, Sergio – otros autores. Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte general. Editorial Jurídica, Santiago. 2003.

ROSENBERG, Leo. "La carga de la prueba". Trad. Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956.

ROXIN Claus. "Derecho Penal Parte General" Ed. Civitas. Madrid. 1997

ROXIN, Claus. "Derecho Procesal Penal." Trad, de la 25ª edición alemana de G.Córdoba y Daniel R.Pastor. Ediciones del Puerto. Buenos Aires-2000

ROXIN, Claus "et al", El Ministerio Público y el Proceso Penal, Ed. Ad - Hoc, Buenos Aires, 1993.

RUIZ VADILLO, E. "El Derecho Penal sustantivo y el Procesal Penal, Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia". Editorial Colex. Madrid, 1997

SCHLUCHTER, Ellen. "Derecho Procesal Penal", con la colaboración de Jörg Knuper y Matthias Terbach; revisión de la trad. de Iñaki Esparza y Andrea Planchadell, 2da ed. Reelaborada. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

Seminario de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. "Justificación y exculpación en el Derecho Penal: Coloquio hispano-alemán de Derecho Penal. Albin Esen, Enrique Gumbertat, Walter Perron, Editores. Madrid, 1995.

URIARTE VALIENTE, Luis y FARTO PIAY, Tomás. El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada. Madrid, La Ley Wolters Kluwer España, S.A., 2007.

ZAPATA GARCÍA, María Francisca. "La Prueba ilícita". Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004.