

ERNESTO PRADO FERNANDEZ

TUCH. DEK
R 896 p m m
1950
C. 1

DE LAS PRESUNCIONES EN MATERIA PENAL

334671

(C)

Memoria de Prueba para optar al
grado de Licenciado de la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de Chile

000972

SANTIAGO DE CHILE
1950



INFORME

Santiago, Marzo 2 de 1949.

Señor Decano:

Informando la Memoria de Prueba de don Ernesto Prado Fernández, intitulada "De las presunciones en materia penal", me es grato manifestar a Ud. lo siguiente:

El trabajo del señor Prado constituye una monografía que se recomienda por la claridad y el método de la exposición, por la corrección del estilo y, muy particularmente, por la visión de conjunto que proporciona de la institución jurídica de que se ocupa, visión de conjunto que representa un encomiable esfuerzo de síntesis. Sin agotar el tema, el autor ha compuesto una obra de innegable mérito jurídico y de considerable valor práctico, pues suministra una base sólida para estudios de mayor profundización y contiene un material suficiente para la práctica judicial y para estudios que no supongan una mayor especialización.

Su autor se concretó al estudio de las presunciones en su aspecto doctrinal, de la legislación chilena y de la jurisprudencia de nuestros Tribunales, que revela conocer a fondo, con prescindencia total de la legislación y de la jurisprudencia extranjeras. Esta limitación, sensible sin lugar a dudas, no resta, sin embargo, mérito ni interés a la obra, sobradamente útil en lo que respecta a la legislación nacional.

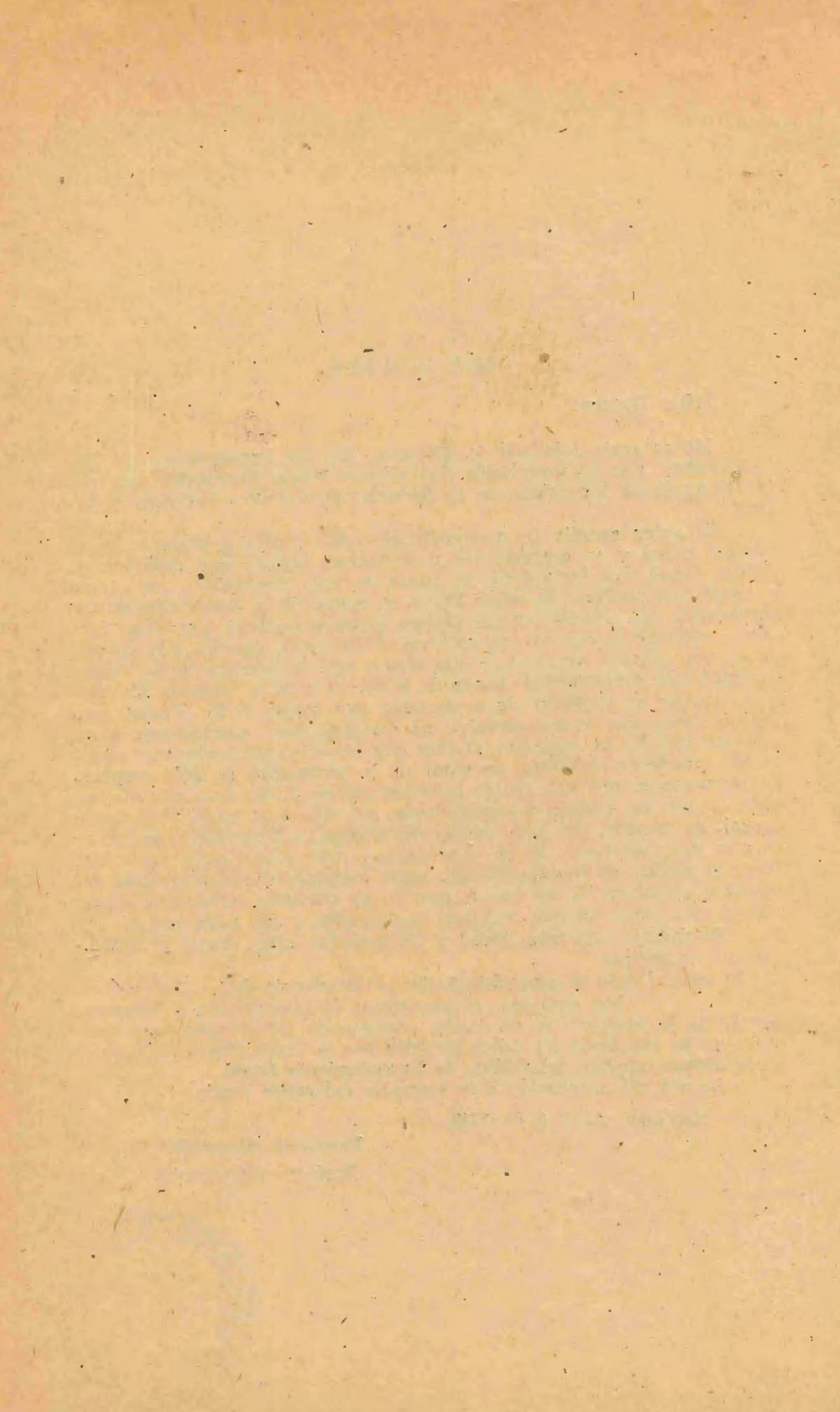
La Memoria consta de tres capítulos, destinados respectivamente, al estudio de las generalidades, al de las presunciones legales, dentro del cual se concede la debida importancia a las presunciones contenidas en el Código Penal, y a las presunciones judiciales.

Las opiniones personales que defiende el autor, frente a las sustentadas por eminentes tratadistas, y que apoya en sólidos fundamentos, unidas a las cualidades a que ya se ha hecho mención, deciden al Director que suscribe a aprobar la Memoria de don Ernesto Prado Fernández con nota de distinción.

Saluda atentamente al señor Decano,

Gustavo Labatut G.

Director del Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal.



INFORME

Señor Decano:

Me es grato informar la Memoria "De las Presunciones en Materia Penal" que ha presentado don Ernesto Prado Fernández para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

El autor estudia las presunciones, como medio probatorio en el proceso penal y en especial, las presunciones legales que establece el Código Penal. Las trata desde el punto de vista doctrinal y analizando la legislación positiva. El señor Prado, se ocupa de la presunción de voluntariedad del artículo 1.º del Código Penal y sostiene que dicho precepto, presume el dolo en las acciones u omisiones. Agrega que yo sostengo una opinión contraria y que estimo que la presunción de voluntariedad sólo comprende el hecho de la acción o de la omisión. Es efectivo, que yo no participo de la doctrina que acepta el Sr. Prado, pero las opiniones que él me atribuye no corresponden exactamente a mi pensamiento. En mi concepto, el juez que investiga un hecho que reviste los caracteres de delito, no parte de la presunción de dolo respecto de las personas que han tenido intervención en él. No creo que el juez deba ir, con sus propias investigaciones, del dolo a la culpa o al hecho casual. La posición del juez, dentro del Código de Procedimiento Penal, es otra muy diferente. El no sabe nada y debe investigarlo todo para tener la certeza de la culpabilidad. Debe comprobar la materialidad del hecho y establecer si ese hecho, que la ley presume libremente ejecutado o voluntario, ha sido realizado casualmente o con culpa o dolo.

El trabajo está bien hecho y las materias están claras y metódicamente expuestas.

El señor Prado ha aprovechado la jurisprudencia de los Tribunales

Sin embargo, al considerar la procedencia o improcedencia de la casación en el fondo, respecto de las presunciones judiciales no ha estudiado los fallos dictados por la Corte Suprema después de la última reforma del Código de Procedimiento Penal.

Le doy mi aprobación a la Memoria del señor Prado.

Santiago, Abril 9 de 1949.

Fernando Alessandri R.

Profesor Informante.



CAPITULO PRIMERO



NOCIONES PRELIMINARES

1.—**Concepto de “presunción”.**—Entre los medios probatorios admitidos en el juicio criminal figura la **presunción**.

Uno de los significados de esta palabra denota el hecho desconocido que se deduce de otro conocido; también se designa con ese vocablo, la operación mental que interviene para establecer el mencionado hecho. Y en este último sentido la presunción puede definirse como el juicio lógico mediante el cual se colige la verdad de un hecho que es desconocido, en consecuencia de otro hecho u otros hechos que son conocidos y que tienen relación indirecta con aquél.

2.—**Presunción e indicio.**—El **indicio** es el hecho conocido que, mediante un proceso intelectual, sirve para establecer la existencia del hecho desconocido que se investiga. Es el que proporciona la base para el razonamiento que permite llegar a la prueba del hecho presumido o **presunción**.

Esta última, en cambio, es la consecuencia a que se llega por el esfuerzo de la operación lógica que parte de los indicios.

Sin embargo, a menudo se confunden estas nociones. El mismo autor del Proyecto de Código de Procedimiento Penal, don Manuel Egidio Ballesteros, definía el indicio como presunción, pues decía que por ésta se entiende, en juicio, todo hecho o circunstancia conocido de que pueda racionalmente deducirse si un delito ha sido o no cometido y con qué circunstancias, o si cabe o no responsabilidad en el delito a una persona determinada (art. 500 del Proyecto).

Hay autores que hacen sinónimas las expresiones **presunción e indicio**. El célebre autor alemán Mittermaier, cuyo “Tratado de la prueba en materia criminal”, constituyó una de las principales fuentes de nuestro Código de Procedimiento Penal, en lo relativo a las presunciones, es uno de los que siguen esa corriente. Expresa que los indicios o las presunciones son los medios de hacer funcionar la prueba artificial, que es la que se establece por medio de las consecuencias que sucesivamente se deducen de los hechos. (1).

Posiblemente, la influencia de este tratadista explica la sinonimia que el Código de Procedimiento Penal emplea. Así, en el artículo 110 dispone que el delito se comprueba, entre otros medios, con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia; en el artículo 457 señala las presunciones o indicios entre los medios por los cuales se acreditan los hechos en un

(1) Página 366 de la sexta edición castellana (Madrid. 1906).

juicio criminal; en el artículo 480 preceptúa que el cotejo de letras o firmas formará una presunción o indicio de haber sido escrito o firmado un papel o documento por la persona a quien lo atribuyan los peritos que hayan practicado la diligencia; en el artículo 484 dice que la confesión que no se preste ante el juez de la causa y en presencia del secretario, no constituirá una prueba completa, sino un indicio o presunción.

Pero, como hemos dicho, presunción e indicio son conceptos diferentes. El último no es por sí mismo una presunción ni a ella se equipara; sólo constituye su base, la primera parte del razonamiento que implica.

3.—Ficción y presunción.—La **ficción** consiste en aceptar como verdadera una cosa que en realidad no lo es; la **presunción**, en cambio importa dar por verdadera una cosa dudosa, pero que probablemente es verdadera de acuerdo con el razonamiento lógico de la cual es fruto.

Toda **ficción** reposa en la arbitrariedad; toda **presunción** descansa en un razonamiento. La primera es un mandato del legislador y por eso mismo no admite réplica o discusión; y la segunda es una proposición lógica cuyo resultado puede ser destruido aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que el juez o la ley lo derivan. Las presunciones de derecho, que obstan a la prueba contraria, no se estiman científicamente presunciones, sino ficciones, o, al menos, zonas intermedias entre éstas y las presunciones propiamente tales.

El carácter arbitrario de la ficción no es, a nuestro juicio, motivo para menospreciarla. Estimamos, contra el decir ya popular de que "las ficciones son meras muletas de argumentaciones cojas", que desempeñan en el mundo del derecho un papel útil, cómodo o práctico, que sirve para articular la realidad con la técnica.

4.—Presunciones e inducciones que se confunden con la evidencia.—No deben confundirse las presunciones con las inducciones que se fundan en leyes constantes de la naturaleza. Así, dice Bonnier (2), no se permitiría a una mujer, que hubiera quedado embarazada durante la ausencia del marido, sostener, para defenderse de la acusación de adulterio, que su embarazo ha sido espontáneo, porque no se admiten en la práctica judicial los hechos milagrosos. Inducciones tan concluyentes, agrega ese autor, tienen más fuerza que el testimonio mismo, y se confunden en la práctica con la evidencia inmediata. La presunción, en cambio, supone que hay duda, que sólo es más o menos probable, aunque puede o no ser cierta, la relación de determinados efectos a determinadas causas.

5.—Las presunciones legales y las normas destinadas a evitar un mal.—Es preciso distinguir entre las presunciones legales y los precep-

(2) «Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal», traduc. castellana, Madrid, 1914, tomo II, página 426, número 808.

tos que consignan una regla, generalmente una prohibición, tendiente a evitar males que podría originar su inexistencia.

Cuando la ley declara nulo el matrimonio entre el raptor y la robada, o se opone al del guardador con la pupila mientras la cuenta de la administración no haya sido judicialmente aprobada, lo hace suponiendo que en estos casos habría violencia, engaño, fraude o perjuicio. Sin embargo, "no formula presunciones de tales consecuencias, sino que las acepta como **motivos** para el precepto legal, sentándolas como una regla absoluta. Estas diferencias pueden expresarse diciendo que hay presunciones legales cuando la ley declara la relación entre hechos; pero no cuando, sin declarar la relación, se prohíbe o se sanciona, aunque sea por consideración a esa relación, la realización de dichos actos". (3).

La distinción tiene importancia práctica; las presunciones simplemente legales pueden desvanecerse, pero no se puede argüir que los motivos probables de la norma establecida para evitar un mal no han concurrido en un caso determinado. Y así, demandada la nulidad del matrimonio de la robada con el raptor, no podría alegar éste en contrario que, a pesar de no haber recobrado aquélla la libertad al tiempo de celebrarse el contrato matrimonial, su consentimiento fué libre y espontáneo. Tampoco el guardador, que hallándose en el caso de no serle permitido casarse con su pupila, podría alegar que su matrimonio no era para encubrir un fraude o una administración dolosa; y aunque presentara pruebas en pro de la pureza de su actuación, no podría librarse de la sanción establecida en el artículo 387 del Código Penal, ni de la civil, consistente en la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda (C. Civil, art. 116, inciso 3.º).

La disposición más general de nuestra legislación, ejemplo de norma destinada a evitar un mal es el artículo 11 del Código Civil. Dice: "Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley".

6.—La presunción como prueba indirecta.—Aunque, como después veremos, se discute el carácter de prueba de las presunciones legales, en general se considera que las presunciones son pruebas indirectas.

Llámanse pruebas **directas** las que tienden a demostrar la exactitud del hecho jurídico que constituye el supuesto de la norma, y pruebas **indirectas** o **presunciones** las que se dirigen a demostrar, no este mismo hecho, sino otro —llamado indicio— que sirve para inferir la existencia del hecho principal.

7.—Naturaleza del proceso mental que implica la presunción.—En términos generales, el razonar es un procedimiento que consiste en

(3) Rafael de Pina, "Tratado de las pruebas civiles", Méjico, 1942, página 227.

extraer un juicio de otro u otros por medios puramente racionales, esto es, sin recurrir a comprobaciones experimentales. Comprende una serie coherente de operaciones intelectuales encaminadas a obtener una conclusión que se desprende necesariamente de juicios dados.

Los razonamientos, en esencia, pueden ser de dos clases: simples y complejos. Cuando de un juicio se infiere directamente otro, el proceso es simple y se llama razonamiento **inmediato** o **inferencia inmediata**; y cuando la conclusión no puede derivarse directamente de un juicio dado y el razonamiento para lograr aquella necesita recurrir a juicios intermedios, el razonamiento se denomina **complejo** o **mediato**.

Entre los razonamientos mediatos se cuentan la inducción y la deducción.

La **inducción** científica o baconiana es un método de investigación que parte de las verdades observadas y verificadas por la experiencia en ciertos hechos para luego afirmarlas respecto de todos los demás.

El razonamiento **deductivo**, que puede identificarse con el **silogismo**, va de lo general a lo particular, es decir, trata de justificar la verdad relativa a un hecho, apoyándose en la verdad de la afirmación relativa a todos los hechos de la misma especie.

Sentadas estas nociones previas para el metódico desarrollo de nuestra exposición, preciso es decir que los juristas están en desacuerdo sobre el proceso mental que envuelve la presunción. López Moreno sostiene reiteradamente que se trata de un razonamiento inductivo (4); Budant, por el contrario, afirma que la presunción es un razonamiento deductivo (5); Mittermaier (6) y Bonnier (7) hablan ya de inducción, ya de deducción.

Por nuestra parte, creemos que para resolver el problema hay que distinguir entre las presunciones legales y las judiciales.

a) A juicio del autor de esta Memoria, las presunciones legales se forman por inducción. Para comprobarlo tomemos, por ejemplo, la presunción que establece nuestro Código Penal, en orden a que es autor de tentativa de robo el que se introduce con forado en una casa (C. Penal, art. 444). El legislador ha sentado esta regla general, exacta en la mayoría de los casos, basándose en la observación de inúmeros acaecimientos en que se ha comprobado que el que emplea una de las formas del escalamiento para penetrar a una habitación es con el fin de robar y no con otros. Ha razonado así: X, Y, Z, etc., se introdujeron en casas, edificios habitados o destinados a la habitación, y todos ellos, en diver-

(4) «La prueba de indicios», Madrid, 1897, pág. 325.

(5) «Cours de Droit Civil Français». Les contrats et les obligations. París, 1906, pág. 673.

(6) Obra citada, páginas 357 y siguientes.

(7) Obra citada, páginas 425 y siguientes.

sas ocasiones, con el fin de robar; luego, debe presumirse autor de tentativa de robo al que se introdujere con forado en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias. De los casos particulares, comprobados en la práctica, el legislador ha extraído una regla general, y esto es inducción.

Se ha pretendido distinguir entre la formación y la aplicación de las presunciones legales, sosteniéndose que si bien éstas se **forman** por inducción, se **aplican** por deducción (8). Siguiendo con el ejemplo de más arriba, el juez para aplicar la presunción diría: "Los que se introducen con forado a una casa, se presumen autores de tentativa de robo; Juan ha penétrado con forado en una casa; luego, Juan es reputado autor de tentativa de robo".

Esta manera de ver las cosas nos parece errónea, porque el juez, en lo que respecta a la mera aplicación de las presunciones legales, ningún razonamiento hace y, por ende, ninguna deducción. El razonamiento aparece cristalizado en la ley, efectuado ya por el legislador; el juez se limita a hacer funcionar la presunción una vez comprobado el antecedente del cual la ley la deriva. El magistrado, en el ejemplo antedicho, dirá: "Juan entró con forado a una casa y, por tanto, de acuerdo con la ley, se presume autor de tentativa de robo". Desde este punto de vista, el juez por sí mismo no razona ni deduce nada; sencillamente aplica la presunción legal como aplica cualquiera otra disposición de la ley.

b) Las presunciones **judiciales**, en nuestro sentir, no se forman por inducción ni por deducción, sino por el razonamiento **analógico**. Y es tal el que consiste en afirmar un hecho sobre la base de algunas semejanzas observadas en otro u otros hechos. Por ejemplo, si se comprueba que una persona ha sido asesinada y desaparece la que con ella vivía en la misma casa, el juez presume que el fugado tiene relación con el crimen, porque en casos análogos así ha ocurrido.

En esta aseveración nos acompaña, aunque con reservas, el profesor Dellepiane. Manifiesta éste que, si bien en la **mayoría** de los casos la presunción es una inferencia **analógica**, es propiamente una deducción cuando la premisa mayor del silogismo correspondiente consiste en una ley científicamente comprobada y de un carácter necesario (9). Rechazamos la existencia de esta excepción, porque cuando la conclusión surge de una ley de esa naturaleza, ya no estamos dentro del terreno de la presunción. En efecto, la característica de ésta, como veremos más adelante, es la de formular juicios probables, esto es, que pueden o no ser ciertos, y los que se siguen de leyes científicas y necesarias son

(8) Roberto Canales G., «Las presunciones ante el Derecho Civil», Memoria de Licenciado, Concepción, 1942, página 9.

(9) Antonio Dellepiane, «Nueva teoría general de la prueba», Buenos Aires, 1939, páginas 71, 72 y 73.

siempre fatalmente ciertos. Y así, por ejemplo, ante una mujer embarazada, sería absurdo “presumir” la relación carnal previa; partiendo de la base de que se descarte la fecundación artificial, el contacto físico es un supuesto necesario y evidente que no requiere razonamiento alguno, porque es ley natural que el embarazo proviene de la relación sexual entre hombre y mujer.

8.—**Elementos formales de toda presunción. Característica de ésta.**—Toda presunción se infiere de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, que permiten al legislador o al juez construir sobre ellas el raciocinio lógico. Estos hechos conocidos se denominan en doctrina **supuestos**, y cuando se refieren específicamente a las presunciones judiciales reciben el nombre de **juicios** (10). El carácter de conocidos que deben tener lo analizaremos al estudiar las presunciones judiciales.

Si el primer elemento formal o externo de toda presunción son los **supuestos**, el segundo es el **juicio probable** que se enuncia después del raciocinio y como conclusión de éste.

Y precisamente la característica de la presunción como medio de prueba es esta probabilidad de la conclusión. Mientras en los demás medios de prueba de un hecho, dice un autor, se llega lógicamente a la **persuasión** de la existencia de otro hecho que debía demostrarse, con la presunción, en cambio, del hecho conocido se infiere, **no la certeza** del hecho cuestionado, sino sólo la **probabilidad** de que este hecho exista, según las normas usuales de la vida práctica (11).

9.—**Clasificación de las presunciones.**—Hemos dicho ya que la presunción es el fruto de un razonamiento lógico. Si tal razonamiento aparece realizado en la misma ley, la presunción se llama **legal**; si, por el contrario, es materia del trabajo intelectual del juez, recibe el nombre de presunción **humana, simple, judicial o de hecho (presunciones hominis o facti)**. A esta última se refiere la definición de nuestro Código de Procedimiento Penal, que dice: “**Presunción** en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona” (art. 485). Notemos de paso que el hecho de que el legislador chileno hable de **deducir** no significa que prejuzgue que la presunción judicial importa un razonamiento propiamente deductivo, porque tomó la palabra **deducir** en su acepción de **inferir**, esto es, sacar consecuencia o inducir una cosa de otra. Así lo probaría, por lo demás, la fuente del Código en materia de presunciones, que lo fué el Tratado de Mittermaier, y este autor, como dijimos anteriormente, habla de in-

(10) Hedeman, «Las presunciones en el Derecho», traducción de Luis Sancho Seral, Madrid, 1931, pág. 296.

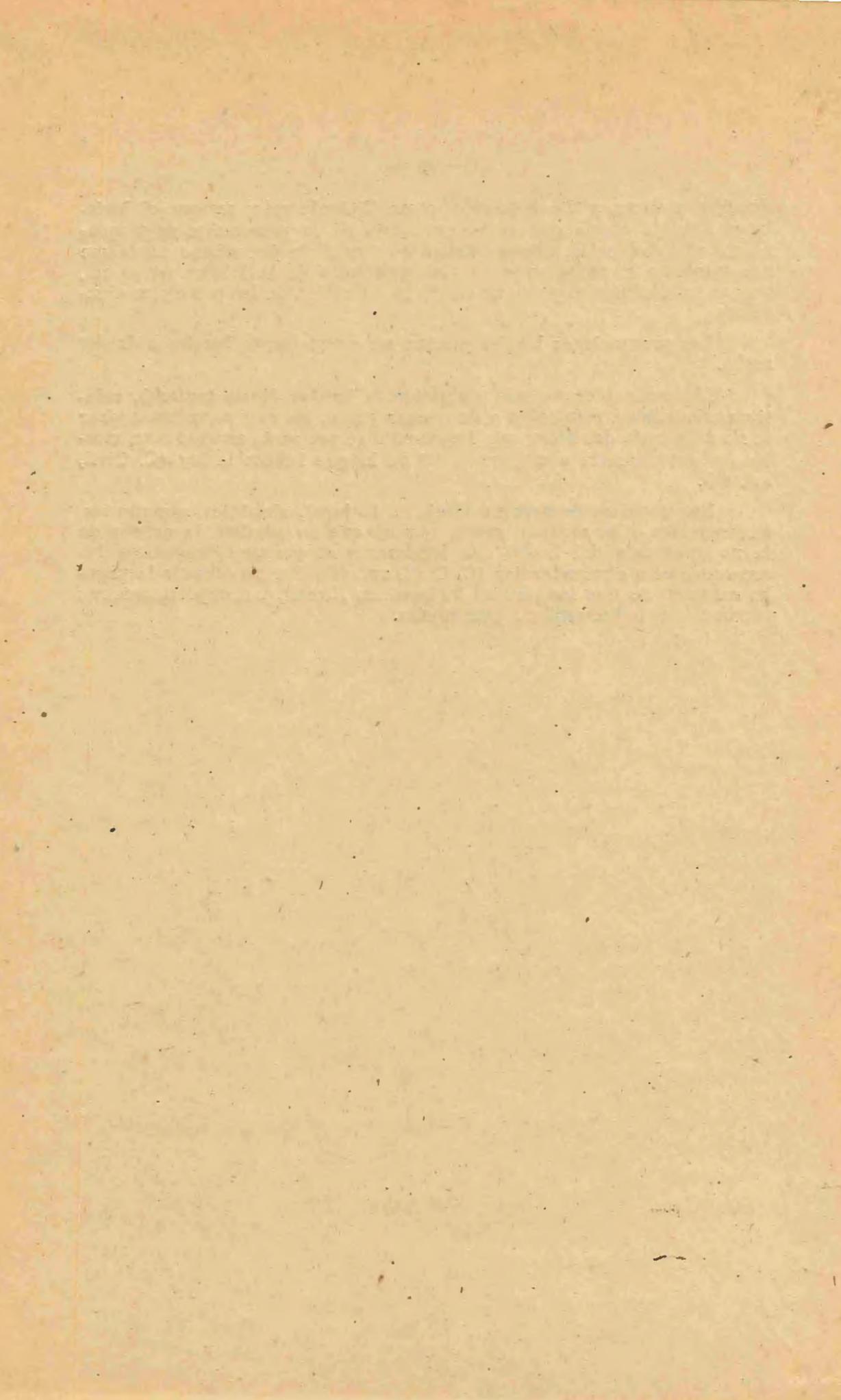
(11) Coviello, «Doctrina general del Derecho Civil», traducción castellana, Méjico, 1933, pág. 598, párrafo 180.

ducción, a veces, y de deducción, otras. Todavía más; aunque el legislador hubiera creído que el razonamiento de la presunción es propiamente una deducción, ello no obligaría a calificar del mismo modo ese razonamiento si de acuerdo con los principios de la Lógica no es tal, porque no cae bajo el poder de la ley la alteración de los principios científicos.

Las presunciones legales pueden ser simplemente legales o de derecho.

Llámanse presunciones **simplemente legales (juris tantum)**, relativas, discutibles, refutables o de primer grado, las que permiten probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de lo que infiere la ley (C. Civil, art. 47).

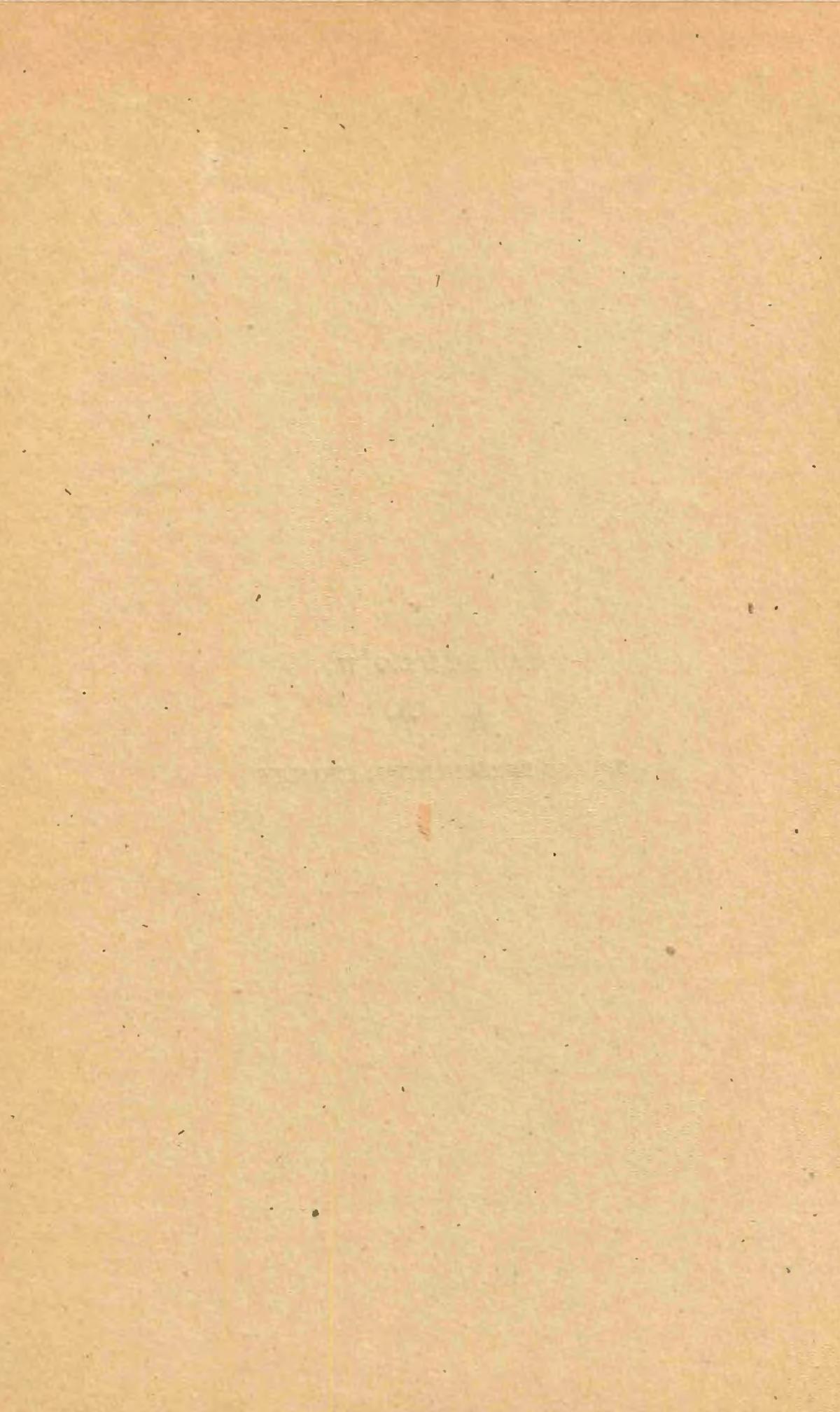
Presunciones **de derecho (juris et de jure)**, absolutas, perentorias, irrefragables o de segundo grado, son las que no admiten la prueba de la no existencia del hecho que legalmente se presume, supuestos los antecedentes o circunstancias (C. Civil, art. 47). Por no admitir la prueba contraria es que los juristas ingleses las llaman, tan expresivamente, presunciones **indiscutibles** o **perentorias**.



CAPITULO II



DE LAS PRESUNCIONES LEGALES



1. GENERALIDADES

1.—**Importancia de las presunciones legales en materia penal.**—Hubo autores de otras épocas que dentro del campo penal concedían mayor importancia a las presunciones legales que a las judiciales. Por ejemplo, Carlos Luis de Secondat, barón de Montesquieu, decía en el año 1748, en "El espíritu de las leyes" (Libro 29, Capítulo XVI), que la presunción del legislador vale mucho más que la del hombre, porque la primera da al juez una regla fija y, en cambio, la segunda puede conducir a la arbitrariedad de la sentencia.

Posteriormente ha llegado a imperar el criterio opuesto. Mittermaier afirma que "en materia criminal no puede haber presunción legal, porque siendo en este punto la voluntad de la ley la manifestación de la verdad absoluta, no se puede forzar al juez a tomar por base obligatoria, desde el momento en que existan, tales o cuales hechos, muchas veces equívocos, si se tiene en cuenta la multiplicidad infinita de los incidentes tan complejos de la vida humana; y por el contrario, establecer que probados previamente estos hechos, servirían necesariamente de comprobante del hecho principal, hubiera sido erigir en certeza probabilidades las más veces engañosas. En lo civil —agrega el autor alemán—, se concibe fácilmente que éste sea el modo de cortar el nudo gordiano: en una situación delicada, acaso vale más tomar por guía las analogías y la experiencia cotidiana de la vida; pero en el proceso criminal no puede ser así. Y no se diga que permitiendo al acusado la contraprueba, se le dan todas las garantías contra las presunciones legales; porque, con qué derecho se le impone también la obligación de la prueba de descargo? Obligación y cargo por otra parte peligroso, porque si no puede o no quiere hacerla completa, la presunción legal se dirige también contra él en todo su rigor".

"Sea de esto lo que quiera, algunos Códigos modernos la han admitido algunas veces, especialmente en lo que concierne a la criminalidad y a la gravedad de la intención y en materia de legítima defensa; pero el legislador, guiado por un conocimiento más recto de las cosas, ha extendido cuanto ha podido el círculo de la contraprueba, y declarando nula la presunción tan luego como existen probabilidades contrarias. Por otra parte, como el instructor tiene el deber de investigar de oficio las circunstancias favorables al acusado, la presunción legal así mitigada no podrá en la mayor parte de los casos ejercer una influencia perniciosa contra sus intereses" (12).

(12) Mittermaier. "Tratado de la prueba en materia criminal", traduc. castellana, sexta edición, Madrid, d. 1906, páginas 360 y 361.

Nuestro derecho, en materia penal, ha seguido este último camino. El Código del ramo, en las pocas presunciones legales que establece, permite desvanecerlas con la prueba contraria que el mismo determina. Sin embargo, como se verá, hay leyes especiales que establecen presunciones de derecho.

11.—Semejanzas de las presunciones legales y judiciales.—Todas las presunciones, simplemente legales, de derecho y judiciales, importan un razonamiento lógico; y todas sientan una conclusión probable. Además, todas exigen la comprobación o conocimiento de los supuestos, es decir, de los antecedentes o circunstancias de que derivan o son consecuencia. La jurisprudencia chilena ha declarado en más de una ocasión que las presunciones legales, lo mismo que todas las presunciones, deben fundarse en un hecho legalmente comprobado (13).

12.—Diferencias entre las presunciones legales y las judiciales. — Hemos visto ya (en el número 7 de este trabajo) que las presunciones legales difieren de las judiciales, en primer lugar, en cuanto a la naturaleza del proceso mental que implican. Si bien todas son producto del razonamiento, concluimos que las primeras entrañan una inducción y las segundas un procedimiento analógico.

En segundo lugar, las presunciones legales, absolutas o de derecho, no admiten la prueba contraria; pero sí las relativas o simplemente legales y las judiciales. De aquí despréndese otra diferencia relativa al carácter de prueba que tienen ciertas presunciones, pues la doctrina, en parte, niega tal carácter a las presunciones legales, al menos a las perentorias o de derecho.

Finalmente, en cuanto a la procedencia, necesario es decir que las presunciones legales, tanto las absolutas como las relativas, sólo por excepción existen en materia penal, cuando las establece la ley: no existen *sine lege*; las presunciones simples, del hombre o judiciales, no las establece especialmente en cada caso la ley; ésta simplemente las autoriza.

2.—LAS PRESUNCIONES DE DERECHO

13.—Naturaleza jurídica.—Los procesalistas modernos niegan que las presunciones de derecho, absolutas o invencibles, sean verdaderas presunciones y, por tanto, un medio probatorio. Técnicamente, dicen, toda presunción, para ser tal, debe dejar abierto el camino para la prueba de una probabilidad contraria a la que consagra, y esto no ocurre en las presunciones absolutas o de derecho. Son ellas extrañas a la materia de la prueba y al Derecho Procesal. Consisten puramente en un hecho jurídico-material al que la ley atribuye un efecto determinado. Y a este

(13) Véase, entre otras sentencias, la de la Corte de Tacna de 2 de julio de 1907, «Gaceta de los Tribunales», año 1907, tomo I, sentencia N.º 516, página 875.

fin, el legislador, sin motivo, da un rodeo inútil a través de una regla probatoria de carácter procesal. Tal es la síntesis del pensamiento de Chiovenda, Carnelutti, Goldschmidt, Lessona, Hedemann y otros.

Pero si en este punto fundamental dichos autores están de acuerdo, no sucede lo mismo en cuanto a la naturaleza jurídica que debe atribuirse a las normas legales que se califican de presunciones de derecho o irrefutables. Lessona se limita a decir que se trata de simples **disposiciones**, esto es, leyes imperativas creadoras de un hecho (14); Goldschmidt expresa que las presunciones de derecho son **cuasi ficciones**, diferenciándose de éstas sólo en que el legislador sabe que en las primeras el hecho por él establecido tiene probabilidades de no conformarse a la realidad, en tanto que en las segundas sabe que ese hecho es "inequivalente" al de la realidad, es decir, en la ficción ninguna probabilidad hay de que la disposición legal se conforme a la realidad (15); Hedemann sostiene decididamente que las presunciones de derecho son ficciones, entendiéndose por éstas la suplantación de la realidad con algún propósito diverso del de la mera comprobación estricta de esa realidad, importando poco que el hecho establecido no tenga ninguna probabilidad de conformarse a la realidad o tenga alguna (16); finalmente, algunos se contentan con decir que las presunciones absolutas son normas dispositivas, imperativas e irrefutables, creadas por el legislador (17).

Uno de los escasísimos autores modernos que ven en las presunciones de derecho un medio probatorio, es Dellepiane. "¿Qué es —se pregunta— una presunción, legal ya sea **juris et de jure**, ya sea **juris tantu**? No es otra cosa —se responde— que un mandato legislativo en el cual se ordena tener por establecido algún hecho, siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobado suficientemente. Por manera que una presunción cualquiera, no importa otra cosa que la prueba indiciaria impuesta por el legislador para la evidenciación judicial de ciertos hechos, siendo de notar todavía que, en casos tales, un solo hecho indicador, un solo indicio es considerado necesario y suficiente para dar por averiguado el hecho decisivo del proceso" (18). Y más adelante agrega el mismo autor: "Es difícil explicarse cómo no se ha advertido que las presunciones legales (sin distinción) atañen a la prueba... Así, se ordena perentoriamente que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el

(14) «Teoría general de la prueba en Derecho Civil», tomo V, Madrid, 1911, páginas 233 y 234.

(15) «Derecho Procesal Civil», traduc. castellana, Barcelona, 1936, pág. 260.

(16) Hedemann, obra citada, páginas 185 y siguientes.

(17) Pascal, «De las presunciones», Memoria de Prueba, Valparaíso, 1942, pág. 157, número 79.

(18) Obra citada, página 115 y 116.

día del nacimiento. Ahora bien, ¿qué importa el dar por probado un enjuicio? Entraña simplemente imponer la prueba indiciaria y obligar al juez a tener la certeza de un hecho con ayuda de un solo indicio. Ráchecho siempre que otro hecho con él relacionado haya sido evidenciado zón sobrada existe, pues, en afirmar que las presunciones legales constituyen, desde luego, preceptos que atañen a la prueba, —y aun más, a la prueba indiciaria, agregaremos por nuestra parte—, no obstante que ellos suelen estar contenidos en leyes de fondo” (19).

14.—Las presunciones de derecho ¿pertenecen al derecho sustantivo o al derecho procesal?—Relacionado con el problema de la naturaleza jurídica de la presunción de derecho está el de determinar si las presunciones de derecho pertenecen a las leyes sustantivas o a las leyes procesales. Las opiniones se dan en ambos sentidos, agregándose además un criterio ecléctico. Según éste, las presunciones de derecho son, a la vez que preceptos adjetivos, disposiciones sustantivas, pues, al mismo tiempo, crean derechos y obligaciones y establecen la forma de hacer valer derechos judicialmente e indican los medios de comprobarlos ante los tribunales. Este carácter híbrido explicaría por qué esas disposiciones se hallan casi siempre incorporadas a las leyes de fondo (20).

15.—Finalidad y fundamento de las presunciones de derecho.—La finalidad de toda presunción legal es dar seguridad a situaciones jurídicas que pueden con justicia y fundamento suponerse existentes. Y cuando la conveniencia de esta suposición atañe al orden público o al interés de la colectividad, la presunción legal se eleva a su máxima potencia, a la de irrefutable o de derecho. Este interés general, que sirve de fundamento a la presunción de derecho, justifica también las injusticias aisladas a que a veces conduce su aplicación.

16.—Las presunciones de derecho son de interpretación restringida.—Las presunciones legales, tanto las absolutas como las relativas, no admiten interpretación por analogía, por parecidos o semejantes que sean los supuestos con los que establece el legislador en un caso dado para derivar su presunción. Las razones jurídicas en pro de esta afirmación indiscutida son: que se trata de disposiciones excepcionales; y que la interpretación analógica importaría invadir facultades propias del legislador, pues la aplicación analógica equivale a crear una presunción legal, y éstas sólo pueden ser establecidas por el legislador.

Pero lo anterior no se opone a que el juez, cuando está autorizado para establecer presunciones, tome, en un caso dado, como criterio, modelo o pauta a seguir, una presunción legal. El hecho de que su inspira

(19) Dellepiane, obra citada, pág. 118.

(20) Ibidem, páginas 119 y 120.

ción, por así decirlo, sea una presunción legal no influye en la calificación de su propia conclusión, que siempre será presunción judicial.

17.—Las presunciones de derecho en materia penal.—Las presunciones indiscutibles o de derecho no se compadeoen con el espíritu de la legislación penal. En este campo, a juicio del autor alemán Ernesto Beling, son escandalosas porque pueden llegar a condenas injustas desconectadas de la realidad (21).

Con todo, hay situaciones excepcionalísimas en que son admitidas. Así, en nuestra legislación, se presume de derecho que la quiebra es *fraudulenta* (a) en los siguientes casos: 1) si el deudor hubiere ocultado bienes; 2) si hubiere reconocido deudas supuestas; 3) si hubiere supuesto enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores; 4) si hubiere comprometido en sus propios negocios los bienes que hubiere recibido en depósito, comisión o administración, o en el desempeño de un cargo de confianza; 5) si, posteriormente a la declaración de quiebra, hubiere percibido y aplicado a sus propios usos bienes de la masa; 6) si, después de la fecha asignada a la cesación de pagos, hubiere pagado a un acreedor, en perjuicio de los demás, anticipándose al vencimiento de una deuda; 7) si ocultare o inutilizare sus libros; 8) si se ausentare o fugare, llevándose una parte de sus haberes; y 9) en general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo (Ley de Quiebras, art. 190). También existe una presunción de derecho relativamente a la quiebra *culpable* (b): “Se presume de derecho que la quiebra es culpable cuando el deudor ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos”, (Ley de Quiebras, art. 188). Dos son, pues, los requisitos de esta presunción; a) que el deudor pague después de la cesación de pagos; y b) que este pago redunde en perjuicio de los demás acreedores. Por tanto, no funcionaría esta presunción si se paga, por ejemplo, a un acreedor hipotecario, pues este pago no perjudica a los demás.

3.—LAS PRESUNCIONES SIMPLEMENTE LEGALES

18.—Concepto y características.—Las presunciones legales son reglas jurídicas que obligan a inferir de un hecho conocido otros desconocido, mientras no se pruebe lo contrario.

Sus características son: a) ser creación del legislador; b) comprobar el hecho desconocido; y c) admitir la prueba contraria.

Mientras no se destruya la presunción, demostrándose su inapli-

(21) «Derecho Procesal Penal», traduc. castellana, Barcelona, 1943, pág. 217.

(a) Y ésta es un delito sancionado en el inciso 2.º del art. 199 de la Ley de Quiebras
(b) Que es un delito sancionado en el inciso 1.º del art. 199 de la citada ley

cabilidad al caso concreto, ella despliega sobre el mismo toda la eficacia probatoria que la ley le otorga.

19.—Eliminación de la presunción y destrucción de la misma.— Hemos dicho que la presunción legal puede destruirse por la prueba contraria. Incide aquí distinguir entre eliminación y destrucción de la presunción.

El raciocinio de la presunción parte de un hecho o supuesto jurídico conocido. Ahora bien, la **eliminación** tiende a demostrar que no existe en el caso concreto el supuesto de que se parte y, por lo tanto, que no puede existir la presunción. La **destrucción** se dirige a demostrar que la conclusión o el hecho que legalmente se presume no es real en el caso concreto, aunque sean ciertos los supuestos de que se infiere. Esto no implica que la consecuencia de la ley sea falsa, que el razonamiento del legislador esté viciado, sino simplemente que la presunción no es aplicable al caso determinado, en razón de haberse probado la realidad del hecho desconocido. En otros términos, como toda presunción legal envuelve dos probabilidades, lo que se demuestra por la destrucción de la presunción es que el hecho real está, no en el campo de la probabilidad que sienta el legislador si no se produce la prueba contraria, sino precisamente en el campo de la probabilidad que deja a ésta.

Veamos un ejemplo práctico. Se **elimina** la presunción de culpabilidad del conductor de un tranvía si se prueba que el accidente se produjo por tratar la víctima de subir al tranvía en movimiento, pues el supuesto de la presunción del artículo 492 del Código Penal es el **atropellamiento** por vehículos en circulación a personas que **transitan** por la vía pública. En consecuencia, como ha dicho la Corte Suprema (22), no corresponde aplicar esa presunción respecto de la persona que trata de subir a un tranvía en movimiento. Y, por el contrario, se **destruye** la presunción si, no obstante haberse producido el accidente en una esquina, se prueba que el peatón atravesó la calzada después que el carabnero que dirigía el tránsito dió el pase a los vehículos.

20.—Medios probatorios aptos para destruir las presunciones legales.— Por regla general, la presunción legal puede destruirse con cualquiera de los medios probatorios admitidos en la legislación, incluso las presunciones judiciales.

Este principio es evidente en nuestra legislación penal si se considera la doctrina que preside todo el sistema de la prueba en nuestro Código de Procedimiento Penal, y que está sintetizada en el artículo 456 del mismo. Establece dicha disposición que "nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido

(22) Cas. fondo.—8 de mayo de 1945, «Revista de Derecho y Jurisprudencia», tomo 4 segunda parte, sección 1.ª, página 10.

un hecho punible y que en él ha correspondido al reo una participación culpable y penada por la ley". Y, precisamente, de ordinaria ocurrencia será que el juez adquiera convicción a base de sus presunciones, y aun en contra de las del legislador. Más aún, la misma ley admite que sus presunciones sean destruídas por las del juez. Así, en el artículo 454 del Código Penal dice que la presunción de autor de robo o hurto que establece respecto de la persona en cuyo poder se encuentre la cosa hurtada o robada, puede destruirse con la justificación de su legítima adquisición o con la prueba de la buena conducta anterior de esa persona que establezca una **presunción en contrario**, y esta presunción debe ser necesariamente judicial, porque la derivará el juez de su raciocinio. Así lo ha entendido la Corte Suprema en más de un fallo, pues ha dicho que "el artículo 454 del Código Penal... no expresa que la prueba de la buena conducta anterior del reo, aunque revista la calidad de irreprochable, sea bastante por sí sola para desvanecer la presunción legal, sino que subordina su valor y eficacia a la condición de que establezca una presunción en contrario. En otros términos, que esa buena conducta sea un modo de convicción de tal entidad que, al estimarla los jueces del fondo, dentro de las facultades privativas que les corresponden en presencia de las circunstancias concurrentes en favor y en contra del reo, destruya ella la presunción legal de culpabilidad que afecta a la persona en cuyo poder se ha encontrado la cosa robada o hurtada" (23).

Sin embargo, hay presunciones legales que, por la gravedad que encierran, sólo pueden ser destruídas del modo o con los medios de prueba que el legislador expresamente señala. Por ejemplo, el comerciante en cuya casa o establecimiento tuvo su origen el incendio, sólo puede destruir la presunción de responsabilidad que sobre él pesa, demostrando que **no reportaba provecho alguno del siniestro**; pero este hecho puede justificarlo con diversos medios: libros de contabilidad, documentos u otra clase de prueba (C. Penal, art. 483, inc. 1.º).

Pero, como en todos los casos excepcionales, para que se entienda excluído un modo de destruir la presunción legal o un medio de prueba en contrario de la misma, es preciso que un texto expreso de la ley así lo disponga. Por lo demás, y en general, como lo ha dicho la Corte de La Serena, para excluir un medio de prueba en los juicios criminales, sé necesita que la misma ley lo declare inadmisibile (24).

21.—Quiénes pueden destruir la presunción legal.—Normalmente, la presunción legal será destruída por la persona en contra de la cual existe; pero también puede serlo, como hemos visto, por el juez y aun

(23) Sentencias de la Corte Suprema de 3 de agosto de 1919 (G. de los T., año 1918, 2.º semestre, sent. 287, pág. 894) y de 23 de marzo de 1916 (G. de los T., año 1916, 1.º semestre, sent. 97, pág. 311).

(24) Sentencia de 29 de abril de 1925. G. de los T., año 1925, 1.º semestre, sent. 77 pág. 563. Véase especialmente el considerando 9.º, que figura en la página 571.

por la persona beneficiada con ella, si emite, por ejemplo, una declaración que haga perder a la presunción legal todo su valor.

En una palabra, la presunción legal puede ser desvanecida por cualquiera persona que suministre la prueba de la realidad del hecho desconocido o presumido. De más está decir que quien verifica esa destrucción —y está obligado a hacerlo—, es el juez de la causa.

22.—Naturaleza probatoria de la presunción legal.—Algunos niegan que las presunciones legales constituyan un medio de prueba, pues sostienen que es característica de éstos exigir del juez un razonamiento más o menos rápido o inmediato para establecer el hecho que se pretende probar, y esto no ocurriría en las presunciones legales.

Pedro Garraud, en su monografía "La preuve par indices dans le proces pénale" (25), expresa que para comprender la diferencia profunda que separa la presunción legal de todos los otros medios de prueba, es preciso observar que el juez, para lograr convicción con la ayuda de un medio de prueba cualquiera, debe siempre entregarse a un trabajo intelectual, a un razonamiento, que lo lleva a establecer una relación lógica entre el hecho conocido y el hecho a probar. "Pero —prosigue— el trabajo del espíritu es según los casos, más o menos rápido e inmediato; a veces, tan maquinal que, por así decirlo, no aparece visible. En efecto, cuando se trata del testimonio oral o escrito el razonamiento es imponderable, instantáneo; se va o concluye inmediatamente del hecho conocido, la circunstancia revelada por el testimonio. Por ejemplo cuando el testigo ha visto al homicida asesinar a la víctima, el testimonio se presenta en condiciones que no dan margen para sospechar, pues la culpabilidad aparece cierta, evidente; por el contrario, si un testigo depone que ha visto, después de cometido el crimen, huir a determinado individuo, el juez admitirá inmediatamente la existencia del hecho verificado por el testigo, la huída del individuo, pero esta vez irá más lejos y en su espíritu se hará un nuevo razonamiento, y ahora en forma consciente y no puramente automática: sabe el juez por experiencia que la huída después de un crimen indica en el fugitivo una conciencia intranquila; en la mayor parte de los casos el fugitivo es culpable; de la huída hecho conocido, el juez va entonces a concluir la culpabilidad, hecho discutido; la huída, que al menos en cierta medida demuestra la culpabilidad, es un indicio, es decir, una prueba de ésta. Así, pues, siempre que se trate de una prueba, sea de aquellas que se llaman "directas", como el testimonio, o "indirectas" como los indicios, se produce en el espíritu del juez un razonamiento más o menos aparente. Ocurre de muy diversa manera cuando el juez se encuentra ante una presunción legal; ésta se impone a él sin que necesite realizar ninguna labor de pensamiento. Cuando, por ejemplo, la ley castiga al mendigo o vagabundo en cuyo poder se encuentran uno o varios efectos de un valor superior a 100 francos y sin que pueda justificar su procedencia, ella afir-

(25) París, 1913. páginas 7 a 16.

ma que hay en este caso una presunción de culpabilidad, transforma un hecho simplemente sospechoso en un delito; el ministerio público no tiene otra prueba que producir sino la existencia de las condiciones de hecho necesarias para que entre en juego la presunción, el vagabundaje y el llevar efectos de valor superior a 100 francos; está dispensado de toda otra prueba, ninguna necesidad tiene de demostrar que estos efectos derivan realmente de una procedencia ilícita; la condenación se impone al juez sin que tenga que apreciar lo bien fundado de la presunción legal. Toda prueba, al contrario, supone en el juez un razonamiento, y, por tanto, —concluye Garraud—, estamos en el derecho de destacar una diferencia esencial entre las presunciones legales y todos los medios de prueba y de rechazar las presunciones legales del cuadro de éstos.

En síntesis, todos los que afirman que la idea de las presunciones legales es ajena a la prueba, explican que el objeto de ésta es el de producir la convicción del juez acerca de la existencia de un hecho, caso bien distinto del objeto de la presunción legal: ésta libera o *exime* al favorecido por ella de la carga de la prueba del hecho a que se refiere. La disposición legal en este caso no se dirige a producir en el juez un grado más o menos elevado de convencimiento, y no vale como prueba sino como mandato del legislador que el juez debe acatar, teniendo por verdad lo que la ley presume.

A juicio de los que siguen esta corriente, la presunción legal y la prueba son cosas distintas: por su carácter, pues la generalidad de la primera es contraria al carácter singular del verdadero medio de prueba; por su objeto, porque el de la prueba es formar la convicción del juez y la presunción legal impone imperativamente tomar como cierta una inferencia general fundada en un mero cálculo de probabilidades, y porque las prohibiciones o limitaciones que las presunciones establecen con relación a las inferencias de la ley, exteriorizan, rigurosamente, su carácter extraprocesal y su pugna con los principios fundamentales que rigen la prueba (26).

Pero hay autores que sostienen que las presunciones legales son también verdaderos medios de prueba. Vimos ya (en el número 13 de esta Memoria) los argumentos que da Dellepiane, valederos para las presunciones simplemente legales y para las de derecho. Dicen fundamentalmente todos esos autores que la presunción legal no es una mera *exención* o *dispensa* de prueba, sino un alivio de la mismas, pues la presunción legal es prueba del hecho desconocido. Y todavía más, agregan, decir dispensa de prueba no significa exención de ésta, ya que el beneficiado cuenta con una, la presunción, que es de por sí un medio probatorio, cuyo efecto propio es demostrar la verdad de un hecho. Y por tanto, es-

(26) Véase en este sentido: Chiovenda, «Instituciones de Derecho Procesal Civil», vol. I, Madrid, 1936, pág. 102; Garssonet et Cesar Bru, «Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale», t. II, Paris, 1912, páginas 370-371; Rafael de Pina, obra citada, pág. 235.

tando probado el hecho desconocido, quién pretenda ir en su contra deberá demostrar lo contrario, situación ésta que es idéntica a cualquiera otra prueba producida (27).

23.—Las presunciones legales no se aplican por analogía.—Las presunciones legales relativas son, como las de derecho o absolutas, de interpretación estricta. Son creaciones de la ley que de ella extraen su fuerza y sólo para las situaciones que ella misma contempla. Valen en este lugar las mismas consideraciones que hicimos para las presunciones de derecho en el número 16 de este trabajo.

24.—Presunción legal civil y presunción legal penal.—Las presunciones legales civiles como las penales ofrecen los mismos caracteres esenciales; pero se diferencian en ciertos rasgos secundarios, relativos a sus condiciones de existencia y aplicación.

Estas diferencias son fundamentalmente dos: a) en las presunciones legales penales no aparece, como en las civiles, el aspecto relacionado con la carga de la prueba; y b) la actitud del juez en las primeras es diversa que en las segundas.

a) La primera diferencia es resultante de la diferencia general de que en el proceso penal la carga de la prueba no grava de la misma manera que en el proceso civil. En éste tal carga incumbe a las partes y para lo que respectivamente afirman; pero en el proceso penal, que tiene un interés eminentemente público, no se puede circunscribir a las partes la tarea de comprobar la verdad objetiva y material; en el proceso criminal, como dice Florián, “la carga de la prueba desaparece como institución procesal en el instante en que el juez puede suplir con su iniciativa la inercia de las partes o enfrentar la astucia de las mismas” (28). Si después, agrega Hedemann, “se produce el efecto de que el reo se vea obligado, en su propio interés, a aportar al proceso una circunstancia de descargo o a preocuparse de algún modo de buscar medios de aclaración, es cierto que ello recuerda la imposición de la carga de la prueba, pero es una consecuencia secundaria, ajena en todo caso al concepto de distribución de aquélla” (29).

En resumen, las presunciones legales, en el proceso contencioso civil, se relacionan tanto con la carga como con la apreciación de la prueba; en el proceso penal dicen relación con la apreciación antes que con la carga de la prueba.

(27) Hedemann, obra citada, pág. 110; Pascal, obra citada, páginas 71 y 72.

(28) «Elementos de Derecho Procesal Penal», traducción castellana, Barcelona, 1934, páginas 322 a 325; Rafael Fontecilla, «Derecho Procesal Penal», tomo I, Santiago, 1943, página 4 y nota 9.

(29) Obra citada, páginas 195 y 207.

b) La posición del juez frente a las presunciones legales es distinta en materia civil que en materia penal. En la primera, en que domina el principio de la pasividad judicial, el favorecido con la presunción está obligado a suministrar la prueba del supuesto jurídico de ésta. En el proceso penal, en que el juez es activo y tiene amplias facultades instructoras, los supuestos los establece el mismo juez o el ministerio público.

4.—PRESUNCIONES LEGALES DEL CODIGO PENAL CHILENO

25.—Enumeración.—Sabido es que el carácter de las disposiciones no está determinado por el Código en que se encuentran ubicadas. Hay presunciones legales de carácter penal, no sólo en el Código del ramo, sino también en otras leyes. Nosotros nos contentaremos con señalar las que aparecen en este Código; las otras se analizan en el estudio de la rama jurídica de que forman parte. Así, las presunciones legales de la Ley de Quiebras y que tienen carácter penal se estudian dentro del Derecho Comercial. Y si tratándose de las presunciones de derecho o absolutas aludimos a las que contempla esa misma Ley, lo hicimos sólo por poner un ejemplo práctico de ellas, ya que en materia penal, fuera de las señaladas, no existen otras porque se oponen al espíritu de la legislación penal.

Las presunciones simplemente legales que encontramos en el Código Penal están en los artículos 1.º, 10 N.º 4.º, inciso final, 131, 454, 483 y 492.

26.—a) Presunción de voluntariedad de los delitos.—El inciso 2.º del artículo 1.º de nuestro Código Penal, dispone: “Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”.

Se ha discutido en nuestro derecho sobre qué comprende la presunción de la voluntariedad de los delitos.

a) La opinión mayoritaria, seguida por los profesores Labatut (30) y Raimundo del Río (31), sostiene que dicha presunción envuelve la intención, el dolo y la malicia, es decir, la integridad del proceso psicológico de la voluntad.

b) La tesis minoritaria, encabezada por el ex-profesor de Derecho Penal y ex Ministro de la Corte de Apelaciones de Talca, Pedro Ortiz Muñoz (32) y seguida por el profesor de Derecho Procesal Fernando Alessandri Rodríguez, afirma que la presunción de voluntariedad sólo comprende el hecho de la acción o de la omisión.

(30) Manual de Derecho Penal, Santiago de Chile, 1946, páginas 106 a 110.

(31) Manual de Derecho Penal, Santiago de Chile, 1947, páginas 115 a 117.

(32) Véase el libro del señor Ortiz Muñoz: Naciones Generales de Derecho Penal, tomo I, Santiago 1933, páginas 206 y siguientes, como asimismo su artículo Voluntariedad y otras cuestiones, publicado en la Revista de Ciencias Penales, tomo V, Santiago, 1941, páginas 372 y siguientes.

La opinión del señor Alessandri puede verse en El Derecho Procesal Penal Chileno ante la Cátedra, Memoria de Prueba de Osvaldo López López, Santiago, 1946.

La Corte Suprema de Chile se ha pronunciado por la primera interpretación. En sentencia de 14 de enero de 1942 (33) dice nuestro más alto tribunal "que la presunción legal del inciso 2.º del artículo 1.º del Código Penal ahorra al juez una prueba imposible en todos los casos de negativa de la voluntad de parte del inculpado, ya que es de naturaleza íntimamente psicológica perteneciente a los actos internos del operante; que esa presunción legal establece para todos los casos la voluntariedad plena constituida por sus tres conocidos elementos de inteligencia, de libertad y de intención, y para ello, la constancia de lo contrario, que es la excepción, debe ser acreditada por los medios legales ordinarios; o sea, requiere que se establezcan los hechos que justifiquen la falta de voluntariedad plena sobre el mal causado, en cualquiera de las formas admitidas por el derecho, sea la concurrencia de concausas, sea la de ultraintencional o la del cuasidelito, sea el resultado imprevisible de la simple desgracia".

Numerosas sentencias establecen que la voluntad está constituida por los elementos de inteligencia, de libertad y de intención (34).

En el Proyecto del Libro I del nuevo Código Penal, que pende de la consideración del Congreso Chileno, se establece expresamente que la presunción de voluntariedad envuelve la intención, el dolo y la malicia. En esta forma quedará zanjada la querrela en la legislación positiva de nuestro país.

El Tribunal Supremo de España ha interpretado de la misma manera la disposición de su Código Penal que consagra la presunción de voluntariedad. Dicha disposición también constituye el inciso 2.º del artículo 1.º del Código Penal Español y nuestro legislador la reprodujo textualmente.

El más alto tribunal de la Península ha dicho, en sentencia de 26 de enero de 1934, "que el dolo o la conciencia de antijuridicidad se presume siempre en los hechos constitutivos de delito, salvo prueba en contrario...; las acciones u omisiones penadas por la ley se suponen siempre intencionales, porque la intención se presume en todo acto voluntario" (35). En otro fallo, de 18 de diciembre del mismo año, se establece que "basta que los hechos realizados constituyan objetivamente un tipo de infracción subsumible en un artículo determinado del Código Penal

(33) G. de los T., año 1942, 1.º semestre, sent. 21, página 165.

(34) C. de Santiago, 22 de Agosto de 1917 (G. de los T., año 1917, 2.º semestre, sent. 177, p. 531); C. de Concepción, 2 de Julio de 1918. (G. de los T., año 1918, 2.º semestre, sent. 376, pá. 1136); C. de La Serena, 6 de Agosto de 1928 (G. de los T., año 1928, 2.º semestre, sent. 158, p. 704); C. Suprema 22 de Octubre de 1937 (G. de los T., año 1937, 2.º semestre, sent. 126, p. 529); C. de Santiago, 6 de Agosto de 1945 (G. de los T., año 1945, 2.º semestre, sent. 51, p. 247, considerando 12, página 255).

(35) M. Rodríguez Navarro, Doctrina penal del Tribunal Supremo, tomo I, Madrid, 1947, página 50.

para que el dolo se presuma, sin que sea preciso hacer declaración alguna respecto del ánimo doloso" (36).

En considerable número de sentencias se sienta la doctrina de que la nota de voluntariedad del artículo 1.º del Código Penal abarca la voluntariedad dolosa, o intención, y la culposa, o imprudencia (37). Sin embargo, la jurisprudencia dominante identifica la voluntariedad, a que hace referencia el mencionado artículo, con la intención o la malicia (38). Un fallo de 6 de junio de 1945 dice que voluntariedad equivale a intención dolosa del agente (39). Y otro de 3 de julio de 1934 establece que no existe la presunción de culpa. Dice este último: "Si bien el dolo se presume siempre en virtud del párrafo 2.º del artículo 1.º del Código Penal, en las infracciones culposas o por negligencia no es lícito hacer análoga presunción, ya que han sido definidas como delito en particular, cuya nota fundamental es precisamente el grado de culpabilidad, por lo cual en el fallo condenatorio ha de expresarse el elemento de hecho, del que pueda desprenderse que el mal fué debido a la imprudencia" (40).

La Corte de Talca, repetidas veces (41), y la Corte Marcial, en una ocasión (42), se pronunciaron en el sentido de que la presunción de voluntariedad comprende sólo el hecho de la acción o de la omisión. Una de esas sentencias, redactada por don Pedro Ortiz Muñoz (43), dice: "La presunción del inciso 2.º del artículo 1.º del Código Penal se refiere a la voluntariedad de la acción y de la omisión solamente, o sea, a la voluntariedad en relación con el movimiento o con la falta de actividad de los nervios voluntarios, pero no puede referirse a la previsión del resultado de esa acción u omisión ni a la imprevisión que ha debido y podido

(36) E. Cuello Calón, Código Penal. Texto refundido de 1944 y leyes penales especiales. Madrid, 1946. página 7.

(37) Cuello Calón, obra citada, página 4.

(38) Cuello Calón, obra citada, página 4.

(39) *Ibidem*.

(40) Rodríguez Navarro, obra citada, tomo I, página 77.

(41) Sentencias de 17 de Junio de 1935. (<R. de C. Penales>), vol. II, pág. 409; de 21 de Junio de 1935 (G. de los T., año 1935, primer semestre, sent. 93, pág. 457); de 26 de Junio de 1935 (G. de los T., año 1935, 1.º semestre, sent. 94, pág. 464); y de 13 de Mayo de 1942 (R. de C. enales, t. v., pág. 434). Es de notar que, con anterioridad, la Corte de Talca, en sentencia de 30 de Octubre de 1931, declaró que el acto voluntario se equipara al acto doloso, o sea, estableció la misma doctrina que el Tribunal Supremo de España sentó en la sentencia de 6 de Junio de 1945 y que citamos en el texto. Don Pedro Ortiz, en voto disidente, se pronunció por la doctrina que siempre propugnó.

(42) Sentencia de 3 de Octubre de 1934, publicada en la G. de los T. del mismo año, 2.º semestre, sent. 150, pág. 627, y en la R. de Ciencias Penales, vol. I, pág. 67. En este mismo volumen, en la página 197, el profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer se pronuncia por la doctrina de que la voluntariedad comprende la intención.

(43) Sentencia de 25 de Junio de 1935 (G. de los T., año 1935, 1.º semestre, sent. 94, pág. 464).

evitarse, porque esa previsión es el dolo y la imprevisión la negligencia. Si se presumiera legalmente el dolo o malicia mientras no conste lo contrario, los tribunales jamás podrían condenar por cuasidelito, porque la negligencia culpable al igual que el dolo, es una situación íntima del espíritu del hechor que se conocerá por deducciones muy lógicas y razonables, pero nunca podrá constar para destruir la presunción de dolo. Por otra parte, si la presunción del artículo 1.º fuese presunción de malicia envolvería también la presunción del conocimiento de la ilicitud que es igual, del conocimiento de la ley, y en tal caso resultaría el absurdo de que la misma disposición legal admitiría prueba de que la ley no era conocida por el hechor, a pesar de que se presume conocida de todos”.

Los procesalistas, si bien prescindiendo de la presunción del artículo 1.º del Código Penal, tienden a inclinarse a esta última interpretación, porque el Código de Procedimiento Penal está dominado por la doctrina de que el juez del crimen debe investigar todo y, por ende, no puede partir de ninguna presunción de culpabilidad o intención dolosa (44).

En el Derecho Comparado las soluciones están divididas. Así, en tanto el Código de Derecho Canónico presume dolosos todos los delitos, el Código Penal Alemán consagra el criterio opuesto (45).

La falta de voluntariedad debe ser probada.—Como toda presunción legal, la de la voluntariedad puede ser desvirtuada con la prueba contraria de la involuntariedad. Basta que no conste la involuntariedad para que alcance plena eficacia la presunción legal de ser voluntaria la acción punible (46).

La intención del culpable (partiendo de la base de que está envuelta en la voluntariedad) se presume que es la que la naturaleza de la acción ejecutada revela mientras no existan datos que desvirtúen dicha presunción (47).

La presunción de la voluntariedad, según la jurisprudencia española, incumbe destruirla al que ejecutó el acto punible (48). Pero esto

(44) Véase O. López López, obra citada, página 82, núm. 105.

(45) Ernst Beling, obra citada, página 217, nota 3.

(46) Sent. del Trib. Supremo de España de 31 de Julio de 1939 (Cuello Calón, obra citada, pág. 8).

(47) Sent. del Trib. Supremo de 16 de Abril de 1903 (Cuello Calón, obra citada, pág. 8).

(48) Sent. del Trib. Supremo de 27 de Diciembre de 1919 y de 18 de Diciembre de 1934 (Cuello Calón, obra citada, pág. 8).

no se opone, naturalmente, a que dicha presunción quede desvanecida por pruebas aducidas por otras personas, incluso, como vimos anteriormente, por declaraciones del mismo beneficiado con la presunción.

27. b) Presunción de complicidad de los delitos particulares cometidos en una sublevación o con motivo de ella.—El Código Penal dispone que si no pueden descubrirse los autores de los delitos particulares cometidos en una sublevación o con motivo de ella, serán considerados y penados como cómplices de tales delitos los jefes principales o subalternos de los sublevados, que hallándose en la posibilidad de impedirlos, no lo hubieren hecho (artículo 131).

Es de notar en este punto una diferencia con la legislación española. Esta dispone que cuando no puedan descubrirse los autores de los delitos particulares cometidos en una rebelión o sedición (C. Penal refundido de 1944, artículo 227). De manera que en España la sanción recae sólo sobre los jefes principales y éstos son penados como autores de los referidos delitos particulares.

La razón de la disposición que analizamos es la de que si bien los jefes de una sublevación por lo general no cooperan a la ejecución de los delitos particulares, dan oportunidad a ella con la sedición o rebelión promovida.

Puede presentarse la dificultad en cuanto a la calificación de un hecho, relativo a si forma parte de la sublevación o es un delito particular cometido en ella o con motivo de la misma. Corresponde al juez determinarlo. El Tribunal Supremo de España declaró que la resistencia o el acometimiento de los sublevados a la fuerza pública constituye, en su caso, una circunstancia o accidente de la sublevación y no es un delito particular de los que se cometen en ella o con su motivo (49).

En nuestra jurisprudencia ningún fallo hemos encontrado que contenga propiamente doctrina sobre el artículo 131 del Código Penal.

28. c) Presunciones relacionadas con el robo y el hurto.—I. Se presume autor de tentativa de robo al que se introdujere con forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa o de llave verdadera sustraída o de ganzúa en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias (C. Penal, art. 444).

II. Se presume autor del robo o hurto de una cosa aquel en cuyo poder se encuentre, salvo que justifique su legítima adquisición o que la prueba de su buena conducta anterior establezca una presunción en contrario (C. Penal, art. 454, inc. 1.º).

La jurisprudencia ha declarado:

a) Que esta presunción se aplica a los poseedores y no a los sim-

(49) Sentencia de 23 de Mayo de 1890 (Rodríguez Navarro, obra citada, t. II, Madrid, 1947, pág. 24111).

(50) C. Suprema, 25 de Diciembre de 1911 (G. de los T., año 1911, tomo II, sent. 1386, pág. 11141) y 18 de Octubre de 1943 (R. de C. P., tomo VIII, pág. 128).

ples tenedores de cosas hurtadas (50). Nos parece lógica esta interpretación de los tribunales, porque una cosa está en poder de una persona cuando está sometida a su señorío y porque el delito que se supone a la persona, el robo o el hurto, está integrado por el elemento no de la simple tenencia, sino por el del apoderamiento de la cosa con ánimo de señor y dueño.

b) Que la presunción en análisis no comprende al hurto-falta (51). La interpretación contraria, fundada en precedentes históricos (Fuero Real, ley 17 del Título 14 del Libro IV y Leyes del Estilo, ley 109) que extendían la presunción de culpabilidad a todos los hurtos o robos, sin distinguir entre delitos o faltas, nos parece inaceptable. Razones: la derogación de todas esas leyes, consagrada por el último artículo del Código Penal; la inadmisibilidad de la interpretación analógica en materia penal, y en el caso, la interpretación es doblemente estricta, porque se trata de una disposición penal y porque es una presunción de la ley.

c) Que cabe aplicar la presunción legal del artículo 454 (inciso 1.º) del Código Penal a la persona en cuyo poder se encuentra parte del número de unidades de las mercaderías hurtadas (52). Este poseedor de la parcialidad de las unidades hurtadas, ¿debe estimarse como autor del delito por el todo o sólo por las partes encontradas en su poder? Estimamos lo último, pues, según los términos de la ley, la presunción sólo se da en cuanto a las cosas encontradas en poder del inculpado, no a más ni a menos. Naturalmente, si por las circunstancias puede suponerse que la persona ha hurtado no sólo las unidades que se encontraron en su poder, sino todas, nada impide que así el juez lo considere; pero en tal caso, entrará en juego, no la presunción legal del inciso 1.º del artículo 454 del Código Penal, sino una presunción judicial, obra del razonamiento del magistrado.

Si en vez de unidades independientes se encuentran en poder de una persona partes de un todo que ha sido robado, ¿la solución será la misma? Por ejemplo, supongamos que en manos del inculpado fué encontrada la tapa de un tintero de oro. ¿El inculpado se presumirá autor del robo del objeto todo o sólo de la tapa? A nuestro juicio, y dentro de la letra de la ley, la solución es la misma que en el caso anterior. Y se refuerza esta conclusión si miramos en el Código un poco más abajo, el inciso siguiente, que presume autor del robo de animales a aquel en cuyo poder se encuentren partes identificables de la especie robada (art. 454, inc. 2.º). El legislador, en forma especial para un caso particular, presumió autor del robo de toda la cosa al poseedor de sólo una parte de ella. Si existe, pues, una disposición especial es porque no se

(51) C. de Concepción, 8 de Enero de 1929 (G. de los T., año 1929, primer semestre, sent. 1114, pág. 528); C. de Concepción, 26 de Marzo de 1931 (G. de los T., año 1931, primer semestre, sent. 103, página 138).

(52) C. de Valparaíso, 30 de Septiembre de 1913 (G. de los T., año 1913, 2.º semestre, sent. 227, página 571).

considera comprendida en la disposición general. Y más se confirma nuestra idea si se considera que dicho inciso 2.º fué agregado mucho después de promulgado el Código, pues fué incorporado al texto de éste por el artículo 15 de la Ley N.º 6873, de 14 de abril de 1941. El legislador pudo extender la presunción a la posesión de una parte de cualquiera cosa robada, y no sólo a la de animales, con lo cual dejó, fuera de este caso reglamentado especialmente, todos los demás en la disposición general del inciso 1.º. Y por eso, no tratándose del robo o hurto de animales, el poseedor de parte de una cosa, sólo puede reputarse legalmente autor del robo o hurto de esa parte, pero no del todo. Por cierto, que si las circunstancias revelan que el poseedor de la parte de un todo con individualidad única, puede haber sido el autor del robo o hurto del todo, nada impide que el juez así lo presuma, pero, como en el caso anterior, ya se sale de la presunción de la ley y entra a la presunción judicial.

d) Que se presume autor de hurto a aquel en cuyo poder se encuentran boletos de empeño de las especies hurtadas, sin que logre acreditar su legítima adquisición ni su buena conducta anterior (53). Nos parece recta la interpretación jurisprudencial porque para conservar jurídicamente la cosa en el poder propio, no es preciso tenerla materialmente; y el que tiene el boleto de empeño en las condiciones referidas, revela que tiene la posesión de las cosas pignoradas, aunque la tenencia material se halle en manos del acreedor prendario.

e) Que aunque al instruirse el sumario ya el reo se haya desprendido de la especie hurtada, vendiéndola, le afecta siempre la presunción de culpabilidad del inciso 1.º del artículo 454 del Código Penal, porque por hecho propio y de mala fe la había enajenado y tal contrato no modifica la calidad de tenedor ilegítimo que tenía el reo (54).

f) Que para desvanecer la presunción del inciso 1.º del artículo 454 del Código Penal, no basta la prueba de la buena conducta anterior del reo, aunque revista la calidad de irreprochable, sino que es preciso que esa prueba establezca una presunción en contrario. Y esto quiere decir que ha de ser un modo de convicción de tal entidad que, al estimarla los jueces del fondo, dentro de la facultad privativa que les corresponde en presencia de las circunstancias procesales concurrentes en favor y en contra del reo, destruya ella la presunción legal de culpabilidad que

(53) C. de Valparaíso, 21 de Agosto de 1916 (G. de los T., año 1916, 2.º semestre, sent. 427, pág. 1099).

(54) C. Suprema, 5 de Abril de 1920 (G. de los T., año 1920, primer semestre, sent. 48, página 282).

afecta a la persona en cuyo poder se encuentra la cosa hurtada o robada (55).

La ley dice que la presunción que analizamos puede destruirse justificando la **legítima adquisición** de la cosa hurtada o robada por otro. Entendemos por **legítima adquisición** todo hecho o acto que por sí mismo y objetivamente considerado es apto para atribuir el dominio, aunque por las circunstancias, ajenas a él, no se llegue a adquirir. Por eso si se compra una cosa a sabiendas que es robada, hay **legítima adquisición**, porque la compraventa es un medio reconocido por la ley para adquirir el dominio con la tradición subsecuente; y si el dominio no se llega a adquirir es por razones que no atañen al hecho o acto en sí mismo. La adquisición legítima se opone a la **ilegítima**, que supone un acto o hecho que la ley penal prohíbe (robo, hurto). Si se estimara que la adquisición legítima implica la conciencia de adquirirse la cosa de su legítimo dueño, no se explicaría, a nuestro modo de ver, el inciso final del artículo 454 del Código Penal, que castiga como **encubridor** del robo o hurto al que compra o recibe a cualquier título la cosa sabiendo o no pudiendo menos de conocer que es hurtada o robada. De acuerdo con nuestro punto de vista, estimamos desacertada una sentencia de la Corte de Talca que declaró que no se estima legítima adquisición el haberse pagado por las especies sustraídas un precio irrisorio (56). El precio irrisorio indica, las más de las veces, que se sabía el origen delictual de la cosa comprada y, por ende, el comprador debe ser castigado como **encubridor** de robo o hurto y no ser reputado autor del mismo. Y en esta forma, en otra ocasión, entendió el problema la misma Corte de Talca, que sentó la siguiente doctrina: "La persona en cuyo poder se encuentra una cosa y que justifica haberla comprado, aunque sabiendo que era hurtada, destruye la presunción del inciso 1.º del art. 454 del Código Penal; pero cae en la sanción que castiga a los encubridores, establecida en el inciso final de dicho precepto" (57).

La presunción de autor de robo o hurto no se puede, lógicamente, aplicar a más de un individuo. Cuando procesadas dos personas como presuntos autores de hurto, se disculpa la una alegando que compró la cosa a la otra, venta que la última niega, no es aplicable a ambas la presunción citada (58).

(55) C. Suprema, sentencias de: 23 de Marzo de 1916 (G. de los T., año 1916, 1.º semestre, sent. 97, pág. 311); 3 de Agosto de 1918 (G. de los T., año 1918, 2.º semestre, sent. 287, pág. 894); 29 de Marzo de 1930 (G. de los T., año 1930, 1.º semestre, sent. 54, pág. 236, considerando 5.º, página 238); 22 de Julio de 1930 (G. de los T., año 1930, segundo semestre, sent. 63, página 260).

(56) Sentencia de 18 de Octubre de 1912 (G. de los T., año 1912, segundo semestre, sent. 927, pág. 317).

(57) Sent. de 11 de Noviembre de 1911 (G. de los T., año 1911, tomo II, sent. 115, pág. 722).

(58) C. de Talca, 12 de Julio de 1912 (G. de los T., año 1912, segundo semestre, sent. 472, pág. 734).

III. Se presume autor del robo de animales aquel en cuyo poder se encuentran partes identificables de la especie robada. La marca registrada puesta sobre el animal robado, constituye presunción de dominio a favor del dueño de la marca (C. Penal, artículo 454, inciso 2.º y 3.º)

IV. Sabido es que está exento de responsabilidad criminal el que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1.ª agresión ilegítima; 2.ª necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; 3.ª falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entiende que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechaza el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa o de un departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño que ocasione al agresor (C. Penal, artículo 10, número 4.º).

La jurisprudencia ha establecido que para que rija la presunción de la concurrencia de los tres requisitos de la legítima defensa respecto de aquel que durante la noche rechaza el escalamiento o fractura, es menester que tal rechazo sea coetáneo o inmediato al escalamiento o fractura; si es posterior, el que invoca la legítima defensa ya no puede ampararse en esa presunción, y si quiere eximirse de responsabilidad criminal, deberá entrar a probar cada una y todas las circunstancias mencionadas, pues la presunción sólo impera por el tiempo que dura el escalamiento o fractura mismos, y no por todo el lapso que el presunto atacante permanezca dentro de la propiedad violada (59).

29. Inaplicabilidad de la presunción de autor de hurto a pesar de encontrarse la cosa hurtada en poder de una persona.—Estando determinados por plena prueba los autores del hurto o robo, es inaplicable a otras personas la presunción del artículo 454 del Código Penal, que por su naturaleza es supletoria de aquella prueba. La conclusión contraria llevaría a la solución absurda de que, aun después de determinados los autores directos en los delitos de hurto y robo, tendrían también que ser considerados como tales, personas que el artículo 17 del mismo Código define como encubridores en sus números 1.º y 2.º, y estas disposiciones pasarían en realidad a no producir efecto alguno en esta clase de delitos. Así lo ha resuelto la Corte Suprema en sentencia de 22 de mayo de 1945 (60).

30. Aplicabilidad de la disposición que castiga como encubridor a la persona que adquiere o recibe la cosa hurtada o robada sabiendo su origen o no pudiendo menos de conocerlo.—Esta disposición, establecida en el artículo 454, en su inciso final, se aplica cuando no se le atribuye

(59) Sentencia publicada en la G. de los T., año 1945, primer semestre, sent. 30, página 153.

(60) C. Suprema, 12 de Marzo de 1927, (G. de los T., año 1927, primer semestre, sent. 33, página 225).

al que tiene la cosa en su poder la calidad de autor del robo o hurto o cuando atribuyéndosele, ha desvanecido la presunción legal, siempre, naturalmente, que, además, conozca el origen delictual de la especie o no pueda ignorarlo (61).

El establecer cuando no puede menos de conocerse el origen delictual de la cosa hurtada o robada que se tiene en el propio poder, es una cuestión de hecho que corresponde a los tribunales de la causa determinar.

31. d) Presunciones de responsabilidad del comerciante relacionadas con el delito de incendio.—I. Se presume responsable de un incendio al comerciante en cuya casa o establecimiento tiene origen aquél, si no justificare con sus libros, documentos u otra clase de pruebas, que no reportaba provecho alguno del siniestro (C. Penal, art. 483, inc. 1.º).

La jurisprudencia sobre este artículo establece que:

1) La presunción está circunscrita al establecimiento mismo de comercio o casa de comercio y no a la casa-habitación del comerciante (62). Adherimos a esta doctrina porque la presunción mira a la calidad de comerciante, que debe relacionarse con el bien adscrito a su actividad, y no con la casa-habitación, respecto de la cual debe considerarse como cualquier particular.

2) La presunción no distingue entre tentativa, incendio frustrado o delito consumado (63). Así lo estima la Corte Suprema. En cambio, la desaparecida Corte de Tacna declaró que la presunción sólo rige en el caso de delito consumado (64). Nosotros nos inclinamos a esta última interpretación, porque el legislador consideró para la presunción la posibilidad de provecho del siniestro, que sólo puede surgir cuando éste se ha consumado, y porque cuando ha querido presumir el legislador la tentativa, lo ha establecido especialmente, como en el caso del robo, que contempla el artículo 444 del Código Penal.

3) La palabra "provecho" empleada en el artículo 483 debe tomarse en su sentido natural y obvio, como sinónima de utilidad y ganancia

(61) C. Suprema, 28 de Julio de 1917 (G. de los T., año 1917, 2.º semestre, sent. 169, pág. 514); C. de Talca 29 de Mayo de 1922 (G. de los T., año 1922, 1.º semestre, sent. 187, pág. 718); C. de Santiago, 26 de Abril de 1934 (R. de C. Penales, volumen II, página 428).

(62) C. Suprema, sentencias de: 18 de Julio de 1917 (G. de los T., año 1917, 2.º semestre, sent. 166, pág. 508); 1.º de Octubre de 1917 (G. de los T., año 1917, 2.º semestre, sent. 188, pág. 551).

(63) Sentencia de 27 de Marzo de 1911 (G. de los T., año 1911, tomo I, sent. 211, pág. 331).

(64) C. Suprema, 26 de Junio de 1922 (G. de los T., año 1922, 1.º semestre, sent. 120ª pág. 485).

(65); pero la sola circunstancia de ser el valor de lo asegurado menor que el monto del seguro, no puede ser base para estimar que el siniestro reportó provecho al inculpaado (66).

Establecer cuando hay provecho es una cuestión de hecho que corresponde determinar a los tribunales del fondo.

II. Se presume también responsable de un incendio al comerciante cuyo seguro sea exageradamente superior al valor real del objeto asegurado en el momento de producirse el siniestro. En los casos de seguros con pólizas flotantes se presumirá responsable al comerciante que, en la declaración inmediatamente anterior al siniestro, declare valores manifiestamente superiores a sus existencias (C. Penal, art. 483, inciso 2.º).

Para bien entender la disposición en lo relativo a la póliza flotante, es preciso que recordemos que las pólizas pueden ser simples o flotantes. Las primeras son aquellas cuyo objeto queda netamente determinado, sin que pueda ser substituído posteriormente. Las pólizas flotantes, o de abono, son aquellas en que se asegura por una suma global objetos que pueden ser después, en distintas ocasiones substituídos por otros mientras dure el seguro. Su uso es muy frecuente en materia de seguros marítimos y también en seguros terrestres de mercaderías (sobre todo pólizas firmadas por los depositarios o comisionistas de transportes) (67).

Ahora bien, cuando existe una póliza flotante, es necesario determinar posteriormente el objeto del seguro, si las mercaderías que cubre este cambian, si son substituídas por otras; de ahí que el asegurado debe hacer al asegurador una declaración. La última declaración, la inmediatamente anterior al siniestro, es la que se considera para los efectos de la presunción de responsabilidad del comerciante que indica valores manifiestamente superiores a sus existencias, conforme al artículo 483, inciso 2.º, del Código Penal.

III. Asimismo, se presume responsable si en todo o en parte ha disminuído o retirado las cosas aseguradas del lugar señalado en la póliza respectiva, sin motivo justificado o sin dar previo aviso al asegurador (C. Penal, art. 483, inc. 3.º).

Las presunciones citadas no obstan a la apreciación de la prueba en conciencia (C. Penal, art. 483, inciso final).

32. Obligaciones especiales del juez cuando el incendio tiene lugar en el establecimiento de un comerciante o industrial.—En concordancia con la disposición del artículo 483 del Código Penal, la ley dispone que

(65) C. de Concepción, 25 de Junio de 1928 (G. de los T., año 1928, 1.º semestre, sent. 198, pág. 841).

(66) Cas. fondo.— 8 de Mayo de 1945 (R. de D. y J., tomo 43, segunda parte, sección primera, página 10).

(67) Manual de Derecho Penal, Santiago, 1947, páginas 398-399.

«cuando el incendio tuviere lugar en el establecimiento de un comerciante o industrial, el juez se incautará de los libros y papeles del siniestrado y asegurará su comparecencia ante el tribunal, procediendo su detención sólo en caso de que hubiere fundado temor de su fuga o que dicha medida fuere indispensable para el éxito de las investigaciones sobre el origen del siniestro. (D. F. L. sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, art. 31, inciso 1.º).

Por acuerdo de la Corte Suprema reunida en pleno, en 15 de abril de 1941, se resolvió comunicar a los jueces del crimen, a través de las respectivas Cortes de Apelaciones, que el precepto recién transcrito deberán aplicarlo en cada caso con toda discreción y apreciando las particularidades de que aparezca revestido y la calidad y antecedentes personales del comerciante o industrial en cuyo establecimiento ha tenido su origen el incendio.

33. e) Presunciones relacionadas con los accidentes del tránsito.—

I. Presunción de culpabilidad del conductor del vehículo.—En los accidentes ocasionados por vehículos de tracción mecánica o animal de que resultaren lesiones o muerte de un peatón, se presumirá, salvo prueba en contrario, la culpabilidad del conductor del vehículo, dentro del radio urbano de una ciudad, cuando el accidente hubiere ocurrido en el cruce de las calzadas o en la extensión de diez metros anterior a cada esquina; y, en todo caso, cuando el conductor del vehículo contravenga las ordenanzas municipales con respecto a la velocidad, o al lado de a calzada que debe tomar (C. Penal, art. 492, inciso 2.º).

Se entiende por cruce, el área comprendida por la intersección de dos calzadas (C. Penal, art. 492, inc. 3.º).

Obsérvese que, como lo ha recalcado la Corte Suprema (68), la presunción del inciso 2.º del artículo 492 del Código Penal, se refiere a las personas que transitan por la vía pública, y son atropelladas por algún vehículo en circulación y no corresponde aplicarla a la persona que trata de subir a un tranvía en movimiento.

II. Presunción de culpabilidad del peatón.—La ley presume la culpabilidad del peatón en cualquier sitio de las calzadas que no sea el cruce o la extensión de diez metros anterior a cada esquina (C. Penal, art. 492, inciso final).

34. Disposiciones que algunos califican de presunciones legales: refutación.—I. El artículo 445 del Código Penal, castiga a “el que fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expedición, adquisición o conservación”.

El distinguido penalista don J. Raimundo del Río, incluye esta dis-

(68) Sentencias de: 9 de Octubre de 1906, 15 de Diciembre de 1919 y 17 de Diciembre de 1923 (Cuello Calón, obra citada, página 475, jurisprudencia del artículo 500 del C. Penal Español, texto refundido de 1944).

posición entre las presunciones que la ley establece relacionadas con el delito de robo, y agrega que "sin duda, se funda en la presunción de mal uso que el agente se propone hacer con los elementos indicados" (69).

Discrepamos de esta opinión, respetuosá pero decididamente. Toda presunción legal se caracteriza (como dijimos en el número 5 de este trabajo) por la **declaración** que la ley hace de la relación entre dos hechos; y agregamos que no existe presunción legal cuando, sin declarar la relación se sanciona, aunque sea por consideración a esa relación, la ejecución de un acto. Y éste es precisamente, el caso del artículo 445 del Código Penal, que no consagra presunción alguna; se limita, simplemente, a establecer un delito, que está integrado, como ha dicho el Tribunal Supremo de España (70), por dos requisitos: 1) la fabricación, expedición o la tenencia de útiles para el robo; y 2) el no dar satisfactoria explicación de alguno de esos hechos.

Por otra parte, el motivo presunto de una disposición no convierte a ésta en presunción; de lo contrario, todos los preceptos legales serían presunciones, porque todos, en último término, se fundan en un motivo presunto.

Por fin, pensamos que tácitamente nos acompaña en el mismo pensamiento el profesor don Gustavo Labatut Gléna, porque si bien en su obra carece de explicaciones sobre el punto cuestionado, no enumera entre las presunciones legales relativas al robo la disposición del artículo 445 del Código Penal (71).

II. La ley dispone que se comete violación yaciendo, entre otros casos, con una mujer menor de doce años cumplidos, aun cuando no se use de fuerza o intimidación o no se halle la mujer privada de razón o de sentido por cualquier causa (C. Penal, art. 361, N.º 3.º).

La Corte de La Serena, en sentencia de 12 de noviembre de 1938 (72), califica esta disposición de ficción o presunción legal. Las mismas razones doctrinarias que dimos en el caso anterior, son valederas para refutar esta aseveración. La ley establece lisa y llanamente un delito, constituido por el hecho de yacer con mujer menor de doce años cumplidos.

35. Disposición sobre el delincuente flagrante.—El Código de Procedimiento Penal dispone que cualquiera persona puede detener a un delincuente a quien sorprenda infraganti, para el efecto de ponerlo inmediatamente a disposición de la autoridad o del juez a quien corresponda el conocimiento del negocio (art. 262). Y según el mismo Código, "se reputa delincuente flagrante: 1.º—al que actualmente está cometiendo un

(69) Manual de Derecho Penal, Santiago, 1948. Véanse las págs. 495 y 496.

(70) Sentencia publicada en la Revista de Ciencias Penales, vol. IV, pág. 425.

(71) Bonnier, obra citada, tomo II (Madrid, 1914), pág. 441, N.º 818.

(72) Pierre Garraud, La preuve par indices dans le procès pénal, arís, 1913, pág. 25

delito; 2.º—al que acaba de cometerlo; 3.º—al que en los momentos en que acaba de cometerse, huye del lugar en que se cometió y es designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice; 4.º—al que, en un tiempo inmediato a la perpetración del delito, es encontrado con objetos procedentes del delito o con señales en sí mismo o en sus vestidos que induzcan a sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que se emplearon para cometerlo; y 5.º—al que personas asaltadas o heridas, o víctimas de un robo o hurto, que reclamen auxilio, señalen como autor o cómplice de 'un delito que acaba de cometerse'".

De todos estos números el único que consagra una presunción es el número 4.º, que establece una imputabilidad **probable**; los otros números importan la afirmación de una imputabilidad **cierta**, es decir, el que hace la afirmación atribuye con certeza, el hecho delictivo a determinado individuo. En el número 4.º hay una imputabilidad **indirecta** del hecho criminoso; en los demás casos la imputabilidad del mismo hecho es **directa**.

36. Valor probatorio y destrucción de la presunción legal.—Las presunciones legales constituyen por sí mismas una prueba completa (C. de Procedimiento Penal, art. 486), o sea, son suficientes para condenar.

Pero la prueba de las presunciones legales puede ser desvanecida o destruída mediante la comprobación de los hechos determinados a este efecto por la misma ley (C. de Procedimiento Penal, art. 486).

Tales hechos están determinados por la ley, explícita o implícitamente. Por ejemplo, el inciso 1.º del artículo 454 del Código Penal, dice, expresa y claramente que la presunción de autor de robo o hurto que pesa sobre aquél en cuyo poder es encontrada la cosa robada o hurtada se desvanece con la comprobación de la legítima adquisición o de la buena conducta que establezca una presunción en contrario. En cambio, el artículo 444 del mismo Código no dice expresamente, cuál es el hecho que destruye la presunción que sienta; pero es obvio que ha de ser uno que en el caso concreto haga admisible una probabilidad contraria a la que establece la misma ley. Y así, se destruirá la presunción del artículo 444 del Código Penal si se prueba, pongamos por caso, que la introducción con fractura en una casa fué motivada por el deseo de prestar auxilio a una persona que lo pedía a gritos, encontrándose la casa cerrada.

Es útil recordar en este lugar, la diferencia entre eliminación y destrucción de la presunción. Nos remitimos a lo dicho sobre el particular en el número 19 de esta Memoria.

CAPITULO III



De las Presunciones Judiciales

CAPITULO IV

De los señores de la tierra

1. GENERALIDADES

37. Características.—Hemos dicho que, en general, la presunción judicial es el hecho desconocido que el juez saca como consecuencia de otro conocido, y, en el juicio criminal, de acuerdo con nuestra ley, es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal, ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona (C. de Procedimiento Penal, art. 485).

Son características de las presunciones judiciales:

a) Ser creaciones o inferencias del juez, como lo dice la misma definición legal: "consecuencia que... deduce el tribunal..."

b) Apoyarse en antecedentes que no están prefijados en la ley, sino determinados por el propio juez, en razón de ser conocidos o estar manifestados en el proceso.

c) Ser eminentemente particulares y no de alcance general, pues los pronunciamientos del juez sólo son obligatorios respecto de los casos particulares que resuelve (C. Civil, art. 3.º).

d) Constituir plena prueba, pero susceptible de ser desvirtuada.

38. Importancia.—Las presunciones tienen mayor importancia en materia penal que en la civil, porque, como se dice, por definición, el delito huye de la prueba. Cometiéndose los delitos frecuentemente sin testigos, dice Bonnier, es necesario atenerse a las pruebas circunstanciales, por inferiores que sean, a las pruebas directas (73).

39. Denominaciones.—El hecho conocido de que parte la presunción judicial para establecer el desconocido, se llama **indicio**, porque, como lo indica su etimología (index), es el dedo que señala un objeto, el hecho desconocido.

(73) Bentham: *Traité des preuves judiciaires*, 2.ª edición, t. I, libro 6, páginas 313 y siguientes.

Ahora bien, los autores dan diversas denominaciones a la prueba de las presunciones: prueba por indicios, prueba circunstancial, presunción del hombre, presunción de hecho, presunción simple y presunción muda.

a) La expresión **indicio, prueba por indicios**, hace alusión al aspecto hipotético, incierto de la prueba suministrada, pues el indicio es, según Littré, un "signo aparente que indica con probabilidad". Supóngase un robo de billetes de banco cuya numeración se conoce; "un hombre acaba de cambiar uno de esos billetes: he ahí, un indicio, ya que es probable que este individuo sea el ladrón, pero no es sino una hipótesis frágil; los billetes han podido ya pasar por varias manos; en cambio de aquéllos, sólo hay un hecho que en sí mismo nada prueba, su significación no se revela sino por un trabajo del espíritu, por una interpretación. La prueba por indicios es por excelencia, una prueba de probabilidad" (74).

b) La prueba de presunciones ha sido, a menudo, llamada, desde Bentham, **prueba circunstancial**, porque su base arranca de la acumulación e interpretación de todas las circunstancias de hecho que, por relación al delito, pueden conducir al descubrimiento de la verdad. Y según el filósofo inglés, puede llamarse circunstancia, en este sentido, todo hecho con relación a otro, siempre que se pueda considerar en lo que se refiere al hecho principal. Por eso, dice Bentham, "que el día en que se cometió un asesinato haya tronado o granizado, es un acontecimiento muy independiente del hecho principal, pero puede ser una circunstancia a observar y que conduzca a la prueba" (75).

c) La prueba de presunciones judiciales es llamada, por oposición a la de las presunciones legales, que la establece la ley, **presunción del hombre**, porque es éste, el juez, el que comprueba e interpreta la prueba por indicios. Queda al criterio del juez formar, sobre los indicios, su íntima convicción.

d) En los países anglosajones, la prueba de las presunciones judiciales es llamada prueba muda, en oposición a la prueba testimonial: los indicios demuestran sin hablar; los testigos prueban hablando.

e) No requiere explicaciones la denominación de presunciones de hecho, porque se refieren a la misma idea que la expresión prueba circunstancial; tampoco la requiere la denominación de presunciones simples, que se usa como sinónimo de presunciones del hombre y que es más particularmente empleada por los civilistas.

40. Las presunciones como prueba artificial.—Las presunciones judiciales se califican como pruebas artificiales frente a los demás medios probatorios, llamados pruebas naturales. La base de la distinción radica en que los testigos, los documentos, la confesión, etc., son medios materiales de prueba por su forma, pues existen con independencia del crite-

(74) Pierre Garraud, obra citada, páginas 35 y siguientes.

(75) Obra citada, página 156.

tencia de ciertas relaciones entre los hechos, y del grado de prueba que aquéllas constituyen en el caso especial (*in concretos*), bajo la forma de indicios (79).

Por su lado, el autor italiano Framarino, en su "Lógica de las pruebas en materia criminal" (80), dice que la distinción entre indicios comunes y propios, aun cuando se presta a una cierta clasificación material de los indicios abstractamente considerados, es completamente insignificante. Sólo puede servir como accesoria al lado de otra clasificación substancial, "para no perderse en los infinitos detalles de los indicios particulares, que en cada delito puedan verificarse". Pero en sí misma, agrega Framarino, la clasificación en examen no se funda en lo substancial del indicio; nace sólo de una consideración completamente extrínseca. "Su superficialidad aparece clara, con sólo tener en cuenta que un indicio no puede ser llamado a funcionar en concreto como prueba de un delito dado, si no se le considera como **propio** del mismo; y así es cómo el indicio se presenta por sus condiciones concretas de prueba. El soborno de los testigos, es, se dice, un indicio común, un indicio que puede presentarse como prueba indirecta respecto de cualquier delito. Verdad; pero consideración es ésta sin importancia para la substancia probatoria del indicio en concreto. Desde el momento en que el soborno se considera en concreto como indicio de delincuencia, quiere decir que se la considera respecto de los testigos de una causa dada, y del acusado que se encuentra *sub judice*; en otros términos, quiero decir que el soborno se considera como indicio propio; y no puede considerarse de otro modo, por las condiciones concretas bajo que se presente. Lo mismo pasa con los otros indicios comunes; no tienen sentido probatorio si no se les supone con aquellas determinaciones concretas en virtud de las cuales se hacen **propios**; un indicio que se siguiera considerando como **común** sin tales determinaciones concretas, no sería más que un hecho abstracto, sin eficacia alguna como prueba" (81).

49.—d) **Indicios vehementes, medianos y leves.**— Los indicios, según demuestren mayor o menor probabilidad de la existencia del hecho desconocido, pueden ser **vehementes, medianos y leves**. En consecuencia, el mayor o menor convencimiento de las presunciones dependerá de la clase de indicio de que se parta.

Juan de Sala, en su "Ilustración del Derecho Real de España" dice: "La presunción de hombre puede ser de tres maneras: leve o temeraria, que se funda en indicios muy ligeros, y ésta no prueba nada y debe ser repelida; mediana, que es la que nace de indicios verosímiles

(79) Obra citada, página 370.

(80) Tomo I, Madrid (sin fecha), página 263.

(81) Framarino, obra citada, t. I, páginas 263-264.



que regularmente están unidos a aquellos que se presume, y ésta produce una semiplena prueba, y antiguamente daba lugar al tormento; y y **vehemente** o **violenta**, que es la que resulta de indicios muy graves que obligan a creer, como la que tuvo Salomón para conocer cuál de las dos mujeres que disputaban por el niño era su madre; y ésta en opinión de algunos es prueba plena, y por ella pueden sentenciarse las causas civiles que no sean muy arduas” (82).

La presunción **violenta** o **vehemente** es, pues, la que resulta de indicios muy graves que permiten tener por verdad lo indicado por éstos. Nuestro legislador (que se refiere al indicio vehemente pero sin definirlo) así también lo ha entendido, según se desprende del artículo 110 del Código de Procedimiento Penal. Dicha disposición dice que el delito se comprueba, entre otros medios, con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia.

50.—**Sospechas y presunciones fundadas.**— Relacionado con la materia que tratamos está el problema de determinar el significado de las expresiones “sospechas fundadas” y “presunciones fundadas” que usa nuestro Código de Procedimiento Penal.

El artículo 255 expresa que el juez que instruye un sumario podrá decretar la detención de una persona, entre otros casos, cuando, estando establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, tenga el juez **fundadas sospechas** para reputar autor, cómplice o encubridor a aquel cuya detención se ordena.

El artículo 274 dispone que después que el juez haya interrogado al inculcado, lo declarará reo, sometiéndolo a proceso, si de los antecedentes resulta: 1.º, que está justificada la existencia del delito que se investiga; y 2.º, que aparezcan a lo menos **presunciones fundadas** de que el inculcado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

En el número 44 de esta Memoria dijimos que la sospecha se diferencia de la presunción en que es un juicio ligero que parte, no como la última, de un hecho conocido o comprobado, sino de uno impreciso o no verificado; y agregamos que es una indiferencia que deja lugar a dudas. Ahora bien, si se lee el Proyecto del actual Código, redactado por el señor Ballesteros, se nota de inmediato que la doctrina que sirvió de fuente a sus disposiciones no había logrado en ese tiempo una diferenciación tan nítida como la apuntada entre los conceptos de indicio, presunción y sospecha. Por consiguiente, la primera pregunta que surge es la relativa a si la palabra **sospecha** está otmada en los artículos 252 y 255 en su verdadera significación. A pesar del confucionismo aludido, pensamos que sí. En primer lugar, por la naturaleza de la detención, que es una medida de seguridad y, como tal, para justificarse no necesita de

(82) Juan de Sala, *Ilustración del Derecho Real de España*, Méjico, 1852, tomo II, página 142.

la rigurosidad de antecedentes que exige la presunción propiamente dicha. En segundo lugar, en la nota que el señor Ballesteros puso al ar-Código, aparece de manifiesto que el autor se percató de la diferencia entre el indicio, o sea, el hecho conocido de que parte la presunción, y la sospecha, que es un juicio que parte de un hecho vacilante. En efecto, se refiere a la "estimación de las sospechas o de los indicios", a "los motivos de sospecha" y "los indicios". Si los hubiera considerado como sinónimos, habría escrito simplemente: "estimación de las sospechas o indicios", "los motivos de sospecha o indicios".

De manera, pues, que para decretar la detención no son forzosas presunciones del juez; bastan las sospechas. Pero el legislador ha exigido que sean fundadas, esto es, de acuerdo con el léxico, apoyadas con motivos y razones eficaces. Y esto, como aparece de la misma nota del título 268 de su Proyecto, correspondiente al art. 255 (antiguo 277) del Proyecto, para evitar la arbitrariedad.

El artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, como vimos, exige, para la encargatoria de reo, que aparezcan a lo menos **presunciones fundadas**. . . ¿Qué deben entenderse por tales? Don Rafael Fontecilla, en su "Derecho Procesal Penal" (83), dice que las presunciones serán fundadas cuando "las deduzca el juez como consecuencia de hechos conocidos o manifestados en el proceso, para determinar la participación del inculpado en el hecho punible". No necesitamos de gran perspicacia para advertir el error en que incurre el distinguido magistrado y ex profesor de Derecho Penal, pues por definición, doctrinaria o legal (C. de Procedimiento Penal, art. 485), es requisito inherente a toda presunción judicial inferir de hechos conocidos o manifestados en el proceso.

Ateniéndonos a la letra de la ley y al significado natural y obvio de las palabras, creemos que lo único que el legislador ha querido decir en mencionado artículo 274, es que el auto encargatorio de reo, dada su trascendencia, debe dictarse, no por meras sospechas, sino a lo menos por presunciones apoyadas con motivos y razones eficaces.

No es forzoso, en consecuencia, que estas presunciones judiciales revistan todos los caracteres que señala la ley para que puedan constituir la prueba completa de un hecho (C. de Procedimiento Penal, art. 488), porque si tal fuera necesario el legislador no se habría limitado a hablar de presunciones fundadas. La Corte Suprema, sin embargo, no lo ha entendido así. En una sentencia de 9 de Junio de 1941 (84), dijo: "Aunque no se exige para el caso que estas presunciones judiciales constituyan prueba completa sino que, a lo menos, sean presunciones funda-

(83) Tomo I, Santiago de Chile, 1943, página 132, N.º 161.

(84) G. de los T., año 1941, 1.º semestre, sent. 38, página 201, considerando 8.º (pág. 203).

das de la participación que ha tenido e inculcado en el delito, evidentes que deben reunir todos los requisitos necesarios para tener las características de las presunciones judiciales que regla el artículo 488 (antiguo 516) del Código de Procedimiento Penal". Podemos observar que la Corte Suprema después de expresar que no se exige que las presunciones para la declaratoria de reo constituyan prueba completa, agrega que es evidente, sin embargo, que deben reunir los requisitos indicados en el artículo 488, y estos son, precisamente, los que hacen posible que una presunción judicial forme prueba completa.

Adhieren a la doctrina de la Corte Suprema los señores Fontecilla (85) y Osvaldo López (86); pero sus argumentos carecen de consistencia. El primero dice que son necesarios los requisitos del artículo 488 porque para resguardar las garantías ciudadanas es preciso un antecedente más serio y sólido que el de las meras sospechas. Y es verdad; pero esa exigencia "más seria y sólida" son las presunciones fundadas y no las presunciones revestidas de los caracteres para constituir prueba completa. El señor López, por su parte, dice que las presunciones fundadas deben reunir los requisitos del artículo 488, "porque ellos son regla de aplicación general" y porque el artículo 276 dispone que el auto encargatorio de reos debe contener, entre otras menciones, "los fundamentos en que se apoye la convicción del juz", y éstos serán, de preferencia, "los elementos que forman las presunciones fundadas". Pero puede replicarse que los requisitos del artículo 488 son reglas de general aplicación para las presunciones judiciales que pretendan constituir prueba completa de un hecho; pero no para las que nos ocupan, según lo dijo la misma Corte Suprema, no es necesario constituyan prueba completa. En cuanto al hecho de que el auto de reo deba contener los fundamentos en que se apoye la convicción del juez, no vemos qué prueba en favor de la tesis que combatimos. En realidad, es una razón sin razón.

Comparte nuestra opinión, el señor Alamos Santelices (87), quien dice: "Creemos que la Corte Suprema ha exagerado los fundamentos de las presunciones necesarias para encargar reo, ya que una valorización tan detallada y completa de los antecedentes acumulados no nos parece propia del auto en cuestión y sí solo de la sentencia definitiva. Es cierto que la encargatoria es de grande importancia para la persona del reo, más que por sus consecuencias procesales (ya que se trató de de una resolución tal vez transitoria y por naturaleza eminentemente inestable) por sus consecuencias morales. Y éstas parece que llevaron a la Corte a extremar las exigencias aludidas. Pero nos parece que, en términos generales, no puede sostenerse la necesidad de la concurren-

(85) Obra citada, tomo I, pág. 132, al final.

(86) El Derecho Procesal Penal en la Cátedra, Santiago 1946, pág. 125.

(87) La encargatoria de reo, Memoria de Prueba, Santiago, 1944, págs. 31-32.

cia de tal cúmulo de requisitos para la procedencia de la encargatoria de reo, ya que el exigirlos haría casi imposible el declarar roe por la dificultad evidente de que en la generalidad de los casos pudieran reunirse. Por tanto, estimamos que tal doctrina no debe prosperar y que debe dejarse a los magistrados mayor latitud en la apreciación de los fundamentos procesales de la encargatoria de reo”.

51.—**Clasificación de los indicios del autor Ellero.**— Pedro Ellero estudia separadamente una división sobre los indicios que le es propia. Nosotros nos limitaremos a enunciarla. Dicho tratadista analiza las siguientes categorías de indicios:

1) Indicio de la capacidad moral para delinquir o de la índole criminalosa, esto es, la cualidad del ánimo propia de algunos individuos y en virtud de la cual se inclinan o aparecen dispuestos a obrar mal.

2) Indicio del móvil para delinquir, esto es, el interés predominantemente que determina la voluntad criminalosa.

3) Indicio de la oportunidad para delinquir, entendiéndose por ésta la condición especial en que el acusado se encontraba, ya que por sus cualidades personales, ya por sus relaciones con las cosas, y merced a cual resulta para él más o menos fácil la perpetración de un delito.

4) Indicio de las huellas materiales del delito (impresiones digitales, huellas de pasos, huellas dentarias, manchas de sangre).

5) Indicio de las huellas morales del delito. Son los que se manifiestan por el recuerdo de la percepción del suceso, recuerdo que perturba al individuo y que lo hace mentir, pronunciar involuntariamente palabras relacionadas con el delito, etc.

6) Indicio de las manifestaciones anteriores al delito, como la amenaza.

7) Indicio de las manifestaciones posteriores al delito, como la fuga, la ocultación, cambio súbito de la situación económica, etc. (88).

3.—INDICIOS RESULTANTES DE LA IMPERFECCION DE OTRAS PRUEBAS

52.—a) **Confesión extrajudicial.**— La confesión que no se presta ante el juez de la causa y en presencia del secretario, no constituye una prueba completa, sino un indicio o presunción, más o menos grave según las circunstancias en que ha prestado y el mérito que pueda atribuirse a la declaración de aquellos que aseguren haberla presenciado. Igual mérito tiene la confesión prestada ante los jueces que practican las primeras diligencias del sumario (C. de Procedimiento Penal, art. 484).

La jurisprudencia ha dicho:

1). Que la sola confesión extrajudicial, sin otro antecedente o presunción que la confirme, no basta para condenar (89).

2). Que la confesión extrajudicial del reo constituye una presunción judicial; pero que ésta no puede subdividirse en tantas presunciones cuantos sean los hechos confesados, porque ello importaría inferir una presunción de otra, lo que no está permitido por la ley (90).

53.—b) **Declaraciones de testigos que no reúnen los requisitos legales.**— Las declaraciones de los testigos pueden ser estimadas por los tribunales como demostración suficiente de que ha existido el hecho sobre que deponen, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: 1) declaración de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar y tiempo en que acaeció; 2) que la declaración no sea contradicha por otro u otros testigos igualmente hábiles; 3) que la declaración se preste bajo juramento; 4) que el hecho sobre que declaran haya podido caer bajo la acción de los sentidos del testigo declarante; y 5) que éste dé razón

(89) C. de Valparaíso, 11 de Noviembre de 1912 (G. de los T., año 1912, t. II, sent. 1146, pág. 752).

(90) C. de Chillán, 3 de Junio de 1940 (G. de los T., año 1940, 1.er semestre, sent. 83, pág. 377).

suficiente, expresando por qué y de qué manera sabe lo que ha aseverado (C. de P. Penal, art. 459).

Los jueces deben apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones testimoniales que no reúnan los requisitos señalados, pudiendo éstas constituir presunciones judiciales, como también las declaraciones de los testigos de oídas, sea que declaren haber oído al reo o a otra persona (C. de P. P., art. 464).

Se ha cuestionado si la declaración de un testigo inhábil puede tener el valor de una presunción judicial. Nos parece evidente la afirmativa, no sólo porque el artículo 464 no excluye requisito alguno de los contenidos en el artículo 459, sino también porque el artículo 497 del mismo Código dispone que la declaración del testigo estimado inhábil por el juez, puede tener el valor de una presunción judicial.

La jurisprudencia ha dicho:

1) Que le las declaraciones de vario stestigos se pueden deducir correctamente presunciones judiciales suficientes para fundar una sentencia condenatoria (91).

2) Que no bastante, sí, para este efecto las declaraciones de los hijos del ofendido y de una sirviente de ellos (92).

54.—c) **Cotejo de letras o firmas.** — El cotejo de letras o firmas —dice el art. 480— formará una presunción o indicio de haber sido escrito o firmado un papel o documento por la persona a quien los atribuyan los peritos que hayan practicado la diligencia.

La disposición está basada en la consideración de que los peritos pueden equivocarse, sobre todo si se piensa que también hay peritos para imitar la letra ajena. Por eso la comparación de letras o firmas no puede producir sino un indicio; en ningún caso constituye una prueba legal.

55.—d) **Informe pericial imperfecto.** — El dictamen de dos peritos perfectamente aocrdes, que afirmen con seguridad la existencia de un hecho que han observado o deducido con arreglo a los principios de la ciencia, arte u oficio que profesan, puede ser considerado como prueba suficiente de la existencia de aquel hcho, si se dictamen no está contradicho por el de otro u otros peritos. Fuera de este caso, la fuerza probatoria del dictamen pericial puede ser estimada por el juez como una presunción más o menos grave, según sean la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios

(91) C. Suprema, 3 de Agosto de 1918 (G. de los T., año 1918, tomo II, sent. 307, pág. 953).

(92) C. Talca, 3 de Marzo de 1911 (G. de los T. año 1911, t. I, sent. 105, pág. 152)

científicos en que se apoyen, la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica y las demás pruebas y elementos de convicción que ofrezca el proceso (C. de P. Penal, art. 472 y 473).

Mittermaier explica la doctrina de estas disposiciones en los siguientes términos: "La prueba pericial descansa en un encadenamiento de probabilidades racionales que corresponde apreciar al juez antes de declararse convencido. En todos los casos tendrá, pues, que decidir si el informe envuelve en sí la convicción. Las leyes modernas consagran este principio, y disponen que el parecer del perito no puede ser obligatorio para el tribunal, mientras no esté fundado en razón y en verdad. Reconocen igualmente en el magistrado el derecho de preguntarse sobre si está convencido, y como nunca se le obliga a condnar si no lo está profundamente, claro es que no tiene obligación de seguir el parecer de los peritos, sino cuando vea demostrada la certeza" (93).

(93) Mittermaier, obra citada, pág. 200.

4.—ADMISIBILIDAD Y VAYOR PROBATORIO DE LAS PRESUN- CIONES JUDICIALES

56.—Admisibilidad.— Al revés de la presunción legal que no existe *sine lege*, la presunción judicial, cuando está autorizada por la ley, puede existir y es admisible siempre que la obtenga el juez. Para que una presunción judicial no sea admisible es preciso que expresamente el legislador prohíba su creación, le desconozca efecto probatorio o modifique su trascendencia jurídica. Es el caso de la pena de muerte, que no puede imponerse en mérito de la sola prueba de presunciones; y el reo o reos contra quienes obre dicha prueba, deben en ese caso ser condenados a la pena inmediatamente inferior (C. de Procedimiento Penal, art. 502, inciso 2.º)

57.—Valor probatorio.— Las presunciones judiciales forman prueba cuando convencen al juez; pero para que puedan constituir la prueba completa de un hecho, deben cumplir con ciertas condiciones.

1) Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales.

2) Que sean múltiples y graves.

3) Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas.

4) Que sean directas, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que de ella se deduzca.

4) Que las unas concuerden con las otras, le manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata.

58.—Prueba supletoria.— La presunción de hecho o judicial es considerada como prueba *supletoria* de prueba, y, por lo tanto, no debe acudirse a ella cuando el hecho dudoso pueda probarse con los otros medios.

5.—LAS PRESUNCIONES JUDICIALES Y LA CASACION

59.—**Imprudencia de la casación de fondo.**— No autorizan el recurso de casación en el fondo en materia penal, los errores de criterio en que hayan incurrido los jueces del fondo, al apreciar la culpabilidad del reo, ni la falta de enunciación detallada y motivada de las presunciones en que se funda el fallo (94). Tampoco autoriza dicho recurso el hecho de que el tribunal sentenciador, para declarar la irresponsabilidad criminal del reo, le haya dado la fuerza de plena prueba a algunas presunciones judiciales (95).

Todo esto es consecuencia del principio que establece el poder facultativo del magistrado para inferir o no las presunciones, que, por otra parte, envuelven cuestiones de hecho (96).

60.—**Las presunciones y la casación de forma.**—De acuerdo con el art. 502 del Código de Procedimiento Penal, si la prueba con que se haya acreditado la culpabilidad del reo consiste únicamente en presunciones, la sentencia las expondrá una a una.

Esta disposición tiende a evitar que los jueces se limiten a decir en sus sentencias que se han formado tal o cual convicción sin expresar los motivos de ella. Su infracción constituye causal de casación en la forma y no en el fondo, porque mira al modo de redactar las sentencias (97)

(94) C. Suprema, 27 de Septiembre de 1922 (G. de los T., año 1922, 2.º semestre, sent. 117, pág. 529).

(95) C. Suprema, 31 de Diciembre de 1921 (G. de los T., año 1921, 2.º semestre, sent. 148, pág. 645).

(96) C. Suprema, 13 de Enero de 1937 (G. de los T., año 1937, 1.º semestre, sent. 10, pág. 86); C. Suprema, 13 de Enero de 1920 (G. de los T., año 1920, sent. 38, pág. 249).

(97) C. Suprema, 7 de Octubre de 1911 (G. de los T., año 1911, t. III, sent. 1047, pág. 526).

Es nula la sentencia que se funda en presunciones sin establecer cuáles se basan en hechos probados y omite exponer una a una las que en su concepto establecen la culpabilidad del reo (98) (99).

Pero no es aceptable fundar un recurso de casación en la forma por no contener la sentencia las consideraciones sobre los medios probatorios y de los cuales, según el recurrente, debieron inferirse dichas presunciones. Y ello, porque es facultativo del juez inferirlas (100).

(98) C. Suprema, 5 de Septiembre de 1922 (G. de los T., año 1922, t. II, sent. 100, pág. 478).

(99) C. Suprema, 23 de Mayo de 1933 (G. de los T., año 1933, 1.er semestre, sent. 63, pág. 267).

(100) C. Suprema, 13 de Enero de 1937 (G. de los T., año 1937, G. 1937, 1.er semestre, sent. 10, pág. 86).

BIBLIOGRAFIA

1. BELING, "Derecho Procesal Penal", traduc. castellana, Barcelona, 1943.
2. BENTHAM, "Traité des preuves judiciaires", 2.^a edición.
3. BONNIER, "Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal", traduc. castellana, Madrid, 1914.
4. CANALES, "Las presunciones ante el Derecho Civil", Memoria de Prueba, Concepción, 1942.
5. CUELLO CALON, "Código Penal". Texto refundido en 1944 y Leyes penales especiales, Madrid, 1946.
6. CHIOVENDA, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", traduc. castellana, Madrid, 1936.
7. CARNELUTTI, "El nuevo proceso civil italiano", Barcelona, 1942.
8. DELLEPIANE, "Nueva teoría general de la prueba", Buenos Aires, 1939.
9. DE PINA, RAFAEL, "Tratado de las pruebas civiles", Méjico, 1942.
10. DEL RIO, RAIMUNDO, "Manual de Derecho Penal", Santiago, 1947.
11. ELLERO, PEDRÓ, "De la certidumbre en los juicios criminales".
12. FLORIAN, "Elementos de Derecho Procesal Penal", traduc. del italiano al castellano, Barcelona, 1934.
13. FONTECILLA, "Derecho Procesal Penal", tomo I, Santiago, 1953.
14. FRAMARINO, "Lógica de las pruebas en materia criminal", traduc. castellana, Madrid, s/f.
15. GARRAUD, PIERRE, "La preuve par indices dans le proces pénale", París, 1913.

16. GOLDSCHMIDT, "Derecho Procesal Civil", traduc. castellana, Barcelona, 1936.
17. HEDEMANN, "Las presunciones en el Derecho", traduc. castellana, Madrid, 1931.
18. LABATUT, GUSTAVO, "Manual de Derecho Penal", Santiago, 1948
19. LESSONA, "Teoría general de la prueba en Derecho Civil", traduc. castellana, tomo V, Madrid, 1911.
20. ORTIZ MUÑOZ, PEDRO, "Nociones generales de Derecho Penal", tomo I, Santiago, 1933.
21. LOPEZ, OSVALDO, "El Derecho Procesal Penal en la Cátedra", Memoria de Prueba, Santiago, 1946.
22. LOPEZ MORENO, "La prueba de indicios", Madrid, 1897.
23. PASCAL, ENRIQUE, "De las presunciones", Memoria de Prueba, Valparaíso, 1962.
24. RODRIGUEZ NAVARRO, "Doctrina Penal del Tribunal Supremo", 3 tomos, Madrid, 1947.
25. SALA, JUAN DE, "Ilustración del Derecho Real de España", Méjico, 1852.

JURISPRUDENCIA

26. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA.
27. REVISTA DE CIENCIAS PENALES.
28. GACETA DE LOS TRIBUNALES.
29. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (en el libro de Cuello Calón, señalado con el N.º 5 en esta Bibliografía).
30. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (en el libro de Rodríguez Navarro, señalado con el N.º 2b en esta Bibliografía).

INDICE

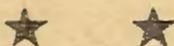
CAPITULO I



Nociones Preliminares

1. Aceptaciones de la palabra presunción	9
2. Presunción e indicio	9
3. Ficción y presunción	10
4. Presunciones e inducciones que se confunden con la evidencia	10
5. Las presunciones legales y las normas destinadas a evitar un mal	10
6. La presunción como prueba indirecta	11
7. Naturaleza del proceso mental que implica la presunción ..	11
8. Elementos formales de toda presunción. Características de ésta	14
9. Clasificación de las presunciones	14

CAPITULO II



De las Presunciones Legales

1.—GENERALIDADES

10	Importancia de las presunciones legales en materia penal	19
11.	Semejanzas de las presunciones legales y judiciales.....	20
12.	Diferencias entre las presunciones legales y las judiciales.....	20

2.—LAS PRESUNCIONES DE DERECHO

13.	Naturaleza jurídica	20
14.	Las presunciones de derecho, ¿pertenecen al derecho material o al derecho procesal?	22
15.	Finalidad y fundamento de las presunciones de derecho	22
16.	Las presunciones de derecho son de interpretación restringida	22
17.	Las presunciones de derecho en materia penal	23

3.—LAS PRESUNCIONES SIMPLEMENTE LEGALES

18.	Concepto y características	23
19.	Eliminación de la presunción y destrucción de la misma	24
20.	Medios probatorios aptos para destruir las presunciones legales	24
21.	Quienes pueden destruir la presunción legal	25
22.	Naturaleza probatoria de la presunción legal	26
23.	Las presunciones legales no se aplican [por analogía	28
24.	Presunción legal civil y presunción legal penal	28

4.—PRESUNCIONES LEGALES DEL CÓDIGO PENAL CHILENO

25.	Enumeración	29
26.	a) Presunción de voluntariedad de los delitos	29
	La falta de voluntariedad debe ser probada	32
27.	b) Presunción de complicidad de los delitos particulares cometidos en una sublevación o con motivo de ella	33
28.	c) Presunciones relacionadas con el robo y el hurto	33
29.	Inaplicabilidad de la presunción de autor de hurto a pesar de encontrarse la cosa hurtada en poder de una persona	37
30.	Aplicabilidad de la disposición que castiga como encubridor a la persona que adquiere o recibe la cosa hurtada o robada sabiendo su origen o no pudiendo menos de conocerlo	37
31.	d) Presunciones de responsabilidad del comerciante relacionadas con el delito de incendio	38
32.	Obligaciones especiales del juez cuando el incendio tiene lugar en el establecimiento de un comerciante o industrial ...	39

33.	e) Presunciones relacionadas con los accidentes del tránsito ...	40
	I. Presunción de culpabilidad del conductor del vehículo	40
	II. Presunción de culpabilidad del peatón	40
34.	Disposiciones que algunos califican de presunciones legales; refutación	40
35.	Disposición sobre el delincuente flagrante	41
36.	Valor probatorio y destrucción de la presunción legal	42

CAPITULO III



De las Presunciones Judiciales

I.—GENERALIDADES

37.	Características	45
38.	Importancia	45
39.	Denominaciones	45
40.	Las presunciones como prueba artificial	46
41.	Importancia de la prueba por indicios	47
42.	Concepto de indicio	47
43.	Diferencias del indicio, la presunción y la conjetura	48
44.	La sospecha	48

2.—CLASIFICACION DE LOS INDICIOS

45.	Escaso valor científico de las diversas clasificaciones	49
46.	a) Indicios manifiestos o urgentes, próximos y remotos	49

47.	b) Indicios antecedentes, concomitantes y subsiguientes	50
48.	c) Indicios generales o comunes e indicios particulares o especiales	50
49.	d) Indicios vehementes, medianos y leves	51
50.	Sospechas y presunciones fundadas	52
51.	Clasificación de los indicios del autor Ellero	55

3.—INDICIOS RESULTANTES DE LA IMPERFECCION DE OTRAS PRUEBAS

52.	a) Confesión extrajudicial	56
53.	b) Declaraciones de testigos que no reúnen los requisitos legales	56
54.	c) Cotejo de letras o firmas	57
55.	d) Informe pericial imperfecto	57

4 —ADMISIBILIDAD Y VALOR PROBATORIO DE LAS PRESUNCIONES JUDICIALES

56.	Admisibilidad	59
57.	Valor probatorio	59
58.	Prueba supletoria	59

5.—LAS PRESUNCIONES JUDICIALES Y LA CASACION

59.	Improcedencia de la casación de fondo	60
60.	Las presunciones y la casación de forma	60

BIBLIOGRAFIA	63
--------------------	----

