

CLARINA MAUREIRA GAETE

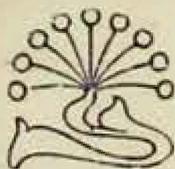
nº 32

1928

v.4

Leyes Reguladora:s, d'e,  
p,rue1ba e o m o cauls,al  
de Casac,ió n de Fondo  
en ~~M~~ateria P,enaL

TESIS PARA OPTAR AL GRADO  
DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
:: JURIDICAS Y SOCIALES ::



Santiago de Chile  
IMP. Y ENC. "ATENAS"  
San Pedro 143

1928

21179

Agosto 25

**CATALOGADO**

85115

NOMINA DE LOS PROFESORES QUE, FORMARON LA COMISION, Y CATEDRA QUE DESEMPEÑAN.

---

Don J. ANTONIO IRIBARREN, Historia General del Derecho y Derecho Administrativo.

Don FEDERICO DUNKER, Derecho Internacional Privado.

Don HUBERTO TRUCCO, Derecho Procesal

Don LUIS BARCELO LIRA, Derecho Comercial.

Don JUVENAL HERNANDEZ, Derecho Romano y Derecho Civil

Don FRANCISCO NOGUERA, Economía Política.

Don CARLOS VALDOVINOS, Derecho Penal.

---

ESTA MEMORIA FUE APROBADA POR UNANIMIDAD





## PROLOGO

---

Una investigación paciente que nos permitiera darnos cuenta cabal del verdadero rol que desempeña nuestra Corte Suprema, nos ha llevado a la conclusión que desde antiguo ha seguido este alto tribunal, un camino, que se aparta de los trazos que dió el legislador, para que sirvieran de normas de conducta que guiaran las resoluciones judiciales que, interpretando la ley, consigan garantizar los derechos y asegurar la paz y tranquilidad social.

En efecto, nuestra Corte de Casación ha consagrado el principio de que el recurso de fondo, en materia penal, es diverso al que estableció el legislador en materia civil, porque en el primero las falsas apreciaciones, de los medios de prueba no autorizan la petición de nulidad de la sentencia.

Con el fin de demostrar que esa doctrina no es la fiel expresión de la ley, ni tampoco la consagración del espíritu del legislador, presentamos como tesis a la licenciatura el presente trabajo, que versa sobre "LAS LEYES DE LA PRUEBA COMO CAUSALES DE CASACION EN EL FONDO, EN MATERIA PENAL".

Nuestro propósito fue agotar la investigación y traer como prueba de la doctrina que defendemos la propia jurisprudencia española.

por desgracia no encontramos en nuestras bibliotecas jurisprudencia de ese país que se refiera a la época en que en España los tribunales, en materia penal, tuvieron como nosotros, leyes que los obligaran a fallar como jueces de derecho y no como jurados.

Aguilera de Paz y Amat, que hacen presente esos hechos, no citan en su libro un caso concreto, de tal manera que pudiera comprobarnos la teoría.

Dicha jurisprudencia que se refiere a los años anteriores a la última reforma del Código Español es decir, anterior al año 1888, no ha llegado hasta nosotros y hemos debido conformarnos con la palabra de los referidos comentaristas, que la dan por establecida y la citan como algo que ya no se considera en los tribunales, por el hecho de haberse constituido el jurado.

Restanos hacer presente que nuestro trabajo no se refiere a la casación en general, que muchas veces se ha investigado, sino únicamente como el título lo expresa, nos limitamos a las leyes de la prueba como causas de recurso de fondo en materia penal.

---



## PRIMERA PARTE

---

### GENERALIDADES SOBRE EL RECURSO DE CASACION

---

La justicia según los romanos, es una facultad otorgada a los hombres, para que de acuerdo con las leyes dictadas por la colectividad, se dé a cada cual lo que le corresponde.

La justicia es una ciencia y es un arte ciencia porque permite el conocimiento, de lo justo y de lo injusto y porque es una emanación del poder jurisdiccional del Estado, que entra de lleno en la rama de la Ciencia Política, es un arte, porque pretende la felicidad social y el desarrollo y la actividad de los individuos en mutua paz y armonía".

Desde otro punto de vista, la justicia es una virtud (1) y como tal debería esperarse que la sentada - manera de materializar la justicia - dé a cada uno lo que le pertenece. Las leyes, ordenadas en códigos, y los tribunales encaminan sus pasos hacia la realización de este ideal de bien público; pero por múltiples circunstancias no se consigue, este fin y no siempre la sentencia es la expresión de la verdad jurídica, ni mucho menos, es la consagración de lo más justo.

La imposibilidad de consignar en la ley todos los casos que puedan suscitarse, dificulta su aplicación en forma tal que el fallo del litigante, resuelva la equidad.

Por otra parte, la diversidad de criterios es un obstáculo para el establecimiento de una misma doctrina; y por eso, a causa de la obscuridad e imperfección de las leyes, algunas veces, y a causa del error, ignorancia o malicia en otras, se ve a diario resolver unas mismas cuestiones en forma diversa.

---

Dalloz, "La cassation".

Se comprende, entonces, que el legislador ha debido tomar garantías que, si bien no, anulen la función judicial, no permiten tampoco tal elasticidad que puedan los tribunales apartarse del tenor expreso de la ley. Estos principios los defendió Carlo Magno, al decir: "Que los jueces se eñan ex-  
trictamente a la ley escrita y que no cedan a la fantasía de su espíritu".

El juriseonsulto francés D'Aguesseau, por su parte, defendía la misma doctrina en la eomision redactora del Código Francés, diciendo: "La ley ha hablado; no nos resta sino acatarla".

Nuestro Código Civil ha consagrado un párrafo especial a la interpretación de la ley, Hmitando con ello la facuHad judicial: el tenor expreso, claramente manifestado, prima sobre el sentido que se le quiera dar a pretexto de eonsultar su espíritu, a menos que la obscuridad en los terminos se ex-  
cjaresCa co:11 la historia fidedigna de su establecimiento o con los dictados de otras leyes.

Todas estas garantías no podri an hacerse efectivas sino se hubieran creado los recursos legales, estableciéndose tribunales de diversas jerarquías, a fin de dejar a unos bajo la vigilancia y corrección de otros que, por su mayor conotici-  
miento de la ley y mayor prestigio, ganado en el ejerckio de una larga carrera de magistrado, sean tenidos como los verdaderos guardadores de la Justicia.

En los pueblos antiguos era el consejo de los ancianos el exponente más sabio y más desinteresado; en los pueblos modernos, son los tribunales colegiados, eompuestos de jueces cuyos conocimientos y criterios reposados, son dignos de fe. (1)

El recurso de casación ha sido el medio procesal, creado) pt: el legislador — y cuyo origen se debe al movimiento habido en Francia con motivo de la gran Revolución — para que un tribunal superior corrija los defectos legales que leve con:11go una sentencia, en los casos y modo establecidos en la ley.

El reconocimiento de los recursos es actualmente, una necesidad prácticamente inprescindible porque como, lo expresa un profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile...: "La convicción en los fallos es fundamental en el orden social. El interés de la sociedad exige que se corrijan los errores y las injusticias que los jueces puedan cometer en

---

(1) Sobre la evolución del poder judicial, véase los apuntes de Historia General del Derecho, tomados en clase de don Juan Antonio Irribarren.

el ejercicio de su ministerio. Todo error judicial, toda injusticia en la dictación de un fallo no sólo perjudica al litigante que es víctima de él; tiene ulterior trascendencia, extiende sus efectos fuera del pleito, sienta precedentes, lleva a la confusión, a la incertidumbre.

"De aquí la necesidad de los recursos legales, como medio de evitar los errores e iniquidades de los jueces. Median-tes ellos se contiene a los tribunales en la estricta observancia de la ley, se impide su torcida aplicación y consecuentemente se prestigia la administración de justicia.

Los recursos legales existen pues, más bien en interés de la sociedad que en beneficio de los litigantes".

Cualquiera cuestión llevada a un tribunal colegiado presenta dos aspectos: el uno que interesa directamente al agraviado, ya sea por quebrantamiento de la ley o por falta de trámites esenciales y el otro que viene a ser la esencia misma del derecho: la jurisprudencia o doctrina legal.

Las resoluciones del Tribunal Supremo constituyen un valor científico inapreciable, porque son la resultante de la aplicación del criterio al servicio de las leyes, amoldando las anticuadas al progreso que imprime el tiempo.

La palabra "casar" y la denominación de casación dada al recurso, traen su origen del verbo latino "casare" que significa quebrantar o anular, y en sentido figurado, abrogar, derogar; pero la significación concreta que en la actualidad se dá a dicha denominación, se refiere especialmente al auto o al recurso autorizado por la ley, para dejar sin efecto determinadas resoluciones de los tribunales cuando hubieren sido dictadas contra la ley, por indebida aplicación de la misma, o por errónea inteligencia de sus preceptos o cuando se hubieren infringido los trámites o procedimientos substanciales del juicio.

La casación como venimos es el remedio concedido para anular, mas bien dicho para dejar sin efecto una sentencia, que adolezca de algún vicio contemplado por la ley como causal. Es un recurso extraordinario que no constituye una instancia como la apelación por ejemplo y sólo procede contra las resoluciones definitivas o que tengan el carácter de tal.

Este recurso puede invocarse por error de derecho padecido al aplicar la ley o por defecto de procedimiento en que se hubiere incurrido durante su tramitación.

De aquí la distinción hecha desde su origen tanto en el orden civil como en el penal, entre recursos de casación por infracción de la ley y los motivados por quebrantamiento de forma, o sea recurso de fondo y de forma, como ordinariamente se les llama, porque los primeros se refieren siempre

al fondo, y reconocen por causa el error padecido en la sentencia; y los segundos se contraen al procedimiento, como su nombre lo indica y tiene por causa el quebrantamiento de los requisitos substanciales del pleito. De esta distinción se desprende la diferencia de sus efectos y la diferencia del tribunal ante el cual se deben interponer.

Por sus efectos se diferencian estos recursos según su clase, pues los interpuestos por infracción a la ley, una vez admitida y casada la sentencia recurrida, el tribunal de casación tiene que dictar otra en cuanto al fondo para que ponga término al proceso *con* arreglo a derecho, subsanando el error padecido por el tribunal sentenciador; y por el contrario, los recursos en la forma limitan su objeto a la subsanación de la falta en que se hubiere incurrido, anulando todo lo actuado con posterioridad y devolviéndose la causa al tribunal a quo para que la reponga al estado que tenía cuando se cometió la falta.

Ninguna ley es perfecta, y al ser aplicada a las relaciones de la vida jurídica hay necesidad de interpretarla, de dar amplitud y desarrollo a su precepto. Esta es, como sabemos, la labor de los Tribunales.

Un comentarista español dice: "Sería una ilusión deplorable creer que porque tengamos codificado el derecho, hubiera desaparecido la razón de ser de la jurisprudencia. Aún por bueno que se le suponga dista mucho de ser perfecto o siquiera suficiente para todas las necesidades prácticas. Querer encerrar dentro de los moldes siempre estrechos de aquel, la vida jurídica nacional, esterilizarla, equivaldría a estacionar esa misma vida en cuyas manifestaciones ejerce aunque indirectamente un poderoso influjo. La jurisprudencia sirve de lazo de unión entre la vida real y la legislación. Así pues, al lado de la ley ha de subsistir la doctrina legal: al lado del Código la jurisprudencia del Tribunal Supremo".

Precisamente la labor de los jueces es interpretar la ley al aplicarla a los casos prácticos en la sentencia; que no sólo resuelve los hechos controvertidos, sino que además tienen un valor doctrinal apreciable.

La jurisprudencia de los tribunales debe ser uniforme, puesto que la ley es igual para todos; si así no fuere, el régimen jurídico sería un verdadero caos.

La necesidad de que haya un Tribunal Supremo único, es pues manifiesta, para que sus sentencias establezcan la uniformidad y fijeza de la ley. Este tribunal único está establecido en casi todos los países del mundo (menos en Italia, donde por razones de carácter histórico, existen cinco tribunales de

casación; la jurisprudencia en este país se resiente de la falta de uniformidad, constituyendo la subsistencia de los cinco tribunales un defecto gravísimo, tanto en la organización política como judicial de ese pueblo.

La casación como sabemos cumple dos fines: 1.—Anular las sentencias injustas dictadas en un pleito, y 2.— Crear la jurisprudencia.

Entre nosotros se ha establecido el recurso tanto en materia civil como penal para anular sentencias, que hayan infringido la ley dándose al mismo tiempo a los jueces del crimen una mayor facultad de apreciación como lo establece el mensaje en beneficio del reo.

Los orígenes del recurso en materia civil se encuentran en la casación francesa que siguió de cerca la teoría de Bouvier sobre la apreciación de la prueba y de los hechos.

En materia penal según lo dice el mensaje: "Se ha procurado conformarlo al procedimiento observado en aquellos países que tienen completa su legislación procesal; y se armoniza en lo posible con el mismo recurso creado para las causas civiles en el proyecto de Código de Procedimiento Civil".

Consta el proyecto del Sr. Ballesteros, que sirvió de base para redactar el actual Código, que más que cualquier otro derecho se tomó por base la legislación española, tanto por ser los países de América hijos de España, como por imperar en ellos las leyes españolas hasta mucho después de la independencia. No obstante, como veremos en el curso de este trabajo, nuestro legislador se apartó considerablemente de la doctrina española, porque aquella se desarrolla bajo el imperio del jurado.





## SEGUNDA PARTE

### LAS LEYES DE LA PRUEBA CONSTITUYEN UNA CAUSAL DE CASACION EN EL FONDO

#### Generalidades

Nuestra Corte de Casación ha considerado que no es de su incumbencia resolver sobre la recta apreciación de las leyes de la prueba en el proceso, en materia penal porque según esta se transformaría su labor en la de un Tribunal de Tercera Instancia y debería volver a analizar los hechos del pleito.

Se ha querido explicar esta doctrina dándose como razones dos argumentos fundamentales.

1.º Que la apreciación de la prueba en materia penal se encuentra entregada a la voluntad del juez sentenciador y no puede por esto recurrirse de fondo contra el fallo que viola las mismas leyes.

2.º Que el Código de Procedimiento Penal ha enumerado taxativamente las únicas causales que autorizan el recurso y en ellas no aparecen las leyes de la prueba.

De estos dos argumentos se desprende la estrecha vinculación que hay entre esta materia y la teoría de las pruebas y por tanto, la íntima relación con los hechos del pleito.

Analizaremos el primer argumento, tomando en consideración la forma de proceder en materia civil ya que una y otra casación tienen por objeto resolver el derecho.

Para destruir la aparente verdad de esta argumentación debemos considerar dos puntos.

dgo " É. p " kf gt ct " r wp q "

- a) Los hechos ante la Corte Suprema y
- b) Manera de apreciar la prueba.

### PRIMER ARGUMENTO. Reúntación

#### a) Los hechos ante la Corte Suprema

Se ha dicho que el recurso de casación tiene por objeto exclusivo resolver si se ha o no violado la ley por cuya razón es un recurso de puro derecho. Tal aseveración parece que pretendiera establecer un límite preciso entre los hechos y el derecho, como si estas dos situaciones fueran fácilmente separables y pudiera decirse un caso concreto: Hasta aquí llegan los hechos y aquí comienza el derecho.

Pero a tales argumentos no puede dárseles una precisión matemática, porque hay tan íntima relación entre los hechos y el derecho que su separación es prácticamente imposible determinarla con exactitud, porque sin derecho no hay necesidad de considerar los hechos jurídicos, como algo diferente de un simple hecho material, y sin hechos, no hay manera de apreciar la ley, de materializarla en el juicio, sacándola de su esfera simple principio jurídico.

Don Tomás Ramírez Frías dice en su artículo de la revista de Derecho: "La discordia ha provenido de lo difícil que suele ser el separar los hechos del derecho, o sea de indicar el término preciso que distingue a aquéllos, de éste. Según el concepto que de uno y otro se forme, así es el resultado a que se arriba: la exageración en uno y en otro sentido conduce o a convertir la casación en el fondo en una nueva instancia del litigio, o a restringir de tal modo su esfera de acción, que, prácticamente queda reducida a la impotencia". (1)

Todo proceso tiene, necesariamente, que fundarse en hechos y la única forma de concebir los efectos de la ley, es llevándola a los hechos y sólo cuando estos son susceptibles de ser considerados por la ley, es decir de entrar en su esfera, tienen importancia para el derecho y se llaman hechos o actos jurídicos, los que quedan fuera de ese arco, no pierden su carácter de hechos; pero no siendo motivo de apreciación legal, tienen sólo un valor de hechos materiales, pero no de hechos jurídicos.

Esta diferencia es necesaria hacerla para determinar los hechos que jamás pueden llegar a ser considerados por la Corte de Casación y cuáles, en todo caso deben ir juntos a la ley.

Los hechos materiales no son susceptibles de crear vincu-

(1) Revista de Derecho, Año 1903-1904, página 257.

los de derecho a menos de convertirse en un hecho jurídico, así por ejemplo: una persona declara en un proceso: aquí hay un hecho material que puede o no transformarse en un hecho jurídico, según tenga o no valor para los efectos de investigar la verdad de lo sucedido. Si se discute sobre la efectividad de haber Pedro muerto, a Juan, y José declara que nada sabe y que no conoce a las partes; y el juez considera esta declaración como prueba testimonial de lo que se investiga, ha creado un hecho jurídico, ha aplicado erróneamente la ley, porque no toda declaración de una persona importa declaración de testigos, ya que son tales, (únicamente las "personas fidedignas de uno u otro sexo, a quienes le consten los hechos").

(Definición del Código Peruano y Uruguayo).

Como puede apreciarse, el hecho material original una deducción o inducción y una conclusión a virtud de haberse aplicado los preceptos legales. Y se comprende que darán un resultado falso, si hay error, y verdadero si se considera legalmente su aplicación. Por eso don Tomás Ramírez Frías hace, para los efectos de la casación, una diferencia entre los hechos materiales del proceso y los que podrían llamarse actos psicológicos del tribunal, o sea el valor jurídico que el juez le da a esos hechos, o la manera de apreciarlos en sus relaciones con los antecedentes del juicio. "Esta apreciación dice el Sr. Tomás Ramírez Frías cede el paso al criterio superior de la Corte Suprema. ✓

Agrega en seguida:

"Si así no fuese y hubieran de considerarse como hechos del Juicio las declaraciones del juez de fondo relativas al valor o calificación legal de los hechos por él comprobados y sus consecuencias legales, se llegaba a la conclusión de que jamás podría darse lugar a una casación en el fondo. La ley se habría destruido a sí misma.

Y es lógico que así sea, porque, para darle el juez un carácter legal al hecho, ha debido aplicar la ley y ella pudo ser aplicada erróneamente. Así por ejemplo, si un reo dice: "Yo no he tomado el dinero a que se refiere la acusación ni he intervenido en ningún negocio ilícito, nada sé del asunto que se investiga, y el juez de esta declaración concluye que el reo ha confesado el delito y agrega que reuniendo la confesión", los antecedentes que exige el art. 509 del C. de P. Penal debe tomarse por acreditado el delito y la responsabilidad del reo, se llega indudablemente a una conclusión falsa se determina un acto psicológico erróneo, es decir, se crea un falso valor a un hecho material considerado en forma errónea por el juez. Ante este ejemplo, podría sostenerse que la Corte Suprema no puede

revisar el fallo por la casación porque el tribunal sentenciador es soberano en la apreciación de los hechos? ¿Podría el rigor de los principios llegar hasta la condena de un inocente por un simple error judicial? Es demasiado fuerte sostener la infalibilidad de un tribunal, en la apreciación de los hechos, y aún va contra toda ley, pues en nuestro sistema los Jueces son de derecho y si no lo aplican correctamente, su fallo puede ser anulado por el Tribunal Supremo.

Tal proceder sólo es admisible en el jurado, en donde se condena o se absuelve dándose por establecida la responsabilidad y efectividad de los delitos en conciencia, sin sujeción a otros dictados que los del espíritu, entre nosotros no hay ni mucho menos un sistema parecido.

El problema de la determinación de los hechos ha sido hondamente considerado en las Pandectas francesas, desarrollándose la doctrina del tratadista M. Bonvillier, según el cual en toda controversia jurídica deben examinarse tres puntos capitales:

1.º Si los hechos que sirven de base al proceso existen o no.

2.º Establecida la existencia del hecho material, que valor jurídico tiene ante la ley.

3.º Que consecuencias jurídicas resultan de estos hechos materiales comprobados y avaluados por el juez.

El primer punto, por regla general es intocable ante la Corte Suprema, porque el juez establece los hechos de acuerdo con su convicción. Sin embargo, en nuestro derecho y esto es corriente en materia civil, pueden los hechos materiales ser atacados por la casación, cuando el juez los establece basado en un error de derecho o en violación de la leyes reguladoras de la prueba. Por eso el art. 484 del Código de Procedimiento Penal estatuye que **la convicción debe producirse por los medios de prueba legal.**

Refiriéndose a este punto las pandectas francesas dicen: "908. Todo lo que corresponde a la calificación legal de los hechos todo lo concerniente a las consecuencias de esta calificación legal bajo el punto de vista de la aplicación de la ley, es del dominio de la Corte de Casación.

909. Por el contrario, sobre la comprobación de la existencia de los hechos, los tribunales de fondo tienen un poder soberano pero es necesario aún que este poder de comprobación haya sido ejercido conforme a la ley y a los **MEDIOS DE PRUEBA** establecidos por ella, y si el juez se ha apartado de esta regla, la vía del recurso de casación queda expedita contra su fallo

910 La jurisprudencia de la Corte de Casacion ha consagrado esta distinción”.

El segundo y tercer punto a que se refiere Bouvier, son siempre casables, porque importan la determinación y efectos jurídicos de un hecho, para lo cual es necesario una correcta aplicación de la ley.

Los hechos materiales se transforman pues en hechos jurídicos, en virtud de la apreciación que haga el juez, la cual debe ser legal, porque es el legislador quien crea los hechos jurídicos, pues como dice don Valentín Letelier “no hay actos jurídicos que lo sean por naturaleza: es la sanción legislativa la que les da este carácter y, si no hay ley que le dé a un hecho el carácter de jurídico, no puede hablarse de hechos o actos de esta naturaleza, y en consecuencia no puede hablarse de responsabilidad ni de efectos jurídicos de tal hecho.

Y debe entenderse que no hay ley que atribuya carácter jurídico a un hecho, cuando el juez lo establece erróneamente, porque en tal caso no es el legislador quien crea el hecho, sino el juez, transformando su labor en legislativa, cuando, sólo debe concretarse a interpretar la ley.

Pongamos un ejemplo: Una persona declara en un proceso y dice: “soy hijo legítimo de Pedro, y por lo tanto no hay estafa por el hecho de haberle tomado su dinero, con engaño”. Ante esta declaración el juez absuelve al acusado, dando por establecida la calidad de hijo legítimo que alega el reo, respecto del queriente. ¿Podría decirse que el juez ha fallado de acuerdo con la ley? ¿Podría sostenerse, que los hechos están comprobados? Indudablemente no, porque el juez ha incurrido en un error de derecho al apreciar la prueba, dando por establecida una excepción, por un medio probatorio que la ley no autoriza: se ha violado la ley y se ha creado un hecho falso. Ante este ejemplo no puede sostenerse en buena doctrina, que esa sentencia es inatacable, ante la Corte Suprema, porque el juez sentenciador es soberano en la determinación de los hechos. Tal criterio, es profundamente equivocado y falso de la más elemental filosofía.

Por otra parte, el valor de este argumento no ha sido considerado por la Corte Suprema como algo decisivo, pues en materia civil son innumerables las casaciones que se han acogido por este capítulo, sosteniéndose al respecto por magistrados y profesores, que, precisamente, el único medio de atacar los hechos del pleito ante la Corte Suprema, es probando que se han violado las leyes probatorias.

Los tratadistas han estado de acuerdo en considerar que no es fácil demarcar el campo de los hechos y del derecho, por

el contrario, la encuentran de lo más obstrusa y difícil de determinar. Veamos si no, como se expresa de la Gerona sobre el particular: “La materia referente a las cuestiones de hecho y de derecho es la más ardua, confusa y contradictoria de que pueden ocuparse los modernos legisladores de la casación. No sería posible reunir en algunos volúmenes en folio, cuanto sobre este asunto se ha escrito hoy en la vecina Francia, Bélgica e Italia. Fácil, facilísima cosa es estampar, en el libro, que la apreciación o el error sobre un hecho no infringe ley alguna, ni es por consiguiente susceptible de casación. Lo que no es fácil, lo que por el contrario es difícilísimo, lo que a veces toca a las regiones de lo imposible moral, es distinguir clara y precisamente el hecho del derecho; cuando se juzga o se legisla”. (1)

La opinión de este autor, que es un resumen de lo dicho por los tratadistas franceses, italianos, belgas y españoles, confirma nuestro aserto, que se explica con mayor evidencia, si consideramos que para deducir consecuencias jurídicas de un hecho es necesario una doble labor legal: probar los hechos y en seguida, darles fisonomía o valor ante la ley.

De nada sirve sostener una acción si no se prueban los hechos que la originan, y como para ello debe aplicarse la ley, se comprende con cuanta facilidad se puede incurrir en un error, que traiga a veces atroces consecuencias.

En las actas de nuestro Código de Procedimiento Civil se debatió ampliamente la cuestión y en el proyecto de 1893 se lee, en el artículo 920, que el recurso de casación “tiene lugar cuando la infracción consiste en admitir en la sentencia una prueba que la ley rechaza, o rechazar una prueba que la ley admite.

Además estableció que el recurso se admitía por la infracción de las leyes que establecen la validez o ineficacia de las pruebas y “como éste también es el parecer unánime de la Comisión, se desea que quede a lo menos en las Actas constancia de estos pareceres”. (2)

Esta doctrina adoptada en nuestro Código ha quedado expresamente consignada en las Pandectas Francesas, que en el N.º 108, dicen: “Del conjunto de sentencias que acabamos de citar, resulta esta regla que preside de una manera invariable la jurisprudencia de la Corte de Casación: los jueces de [undo tienen siempre el derecho de comprobar soberanamente los hechos, de apreciar soberanamente su ca-

(1) La Gerona.....

(2) Actas del Cód. de Proc. Civil. Véase Lazo. Cód. de P. C. Art. 941.

rácter, su extensión y sus consecuencias. Pero la Corte de Casación se reserva el derecho de apreciar legalmente los hechos. El dominio de la aplicación de la ley a los hechos, le pertenece incontestablemente, y sobre este punto, los jueces del fondo están siempre sometidos a su fiscalización y a su censura. (1)

### MANERA DE APRECIAR LAS PRUEBAS.

#### a). En materia civil.

La doctrina de nuestro Código de Procedimiento Civil es que las leyes de la prueba deben ser aplicadas por el juez estrictamente, sin que éste tenga la menor facultad de apreciación. Aunque el juez esté íntimamente convencido de la falsedad o verdad de los hechos que se alegan, no puede fallar en forma diversa a la que se revela en el proceso, su conciencia, su espíritu no tienen ninguna actividad, porque la realidad objetiva de los hechos impera a toda intención o resolución que se quiera dar por conocimientos personales del juicio que no consten en el proceso: el Art. 167 puso un atajo a la libertad judicial en este sentido, disponiendo que debe fallarse con el mérito del proceso. Nuestro sistema procesal ha creado la casación para sancionar el art. 167 y una de sus consecuencias es la causal conocida con el nombre de ultra-petita.

Esa cuestión no se ha puesto en duda jamás en nuestros tribunales y las casaciones deducidas, cuando se cometen tales infracciones son de fácil resultado.

#### b). En materia penal.

En materia penal el sistema probatorio está condensado en un artículo que ha sido desvirtuado en absoluto, para los que sostienen el dogma que venimos refutando y que, no obstante, en el espíritu del legislador, esta disposición es la mejor garantía que puede encontrarse para cuando el juez quiera excederse en su poder.

Sobre el particular, el Mensaje al Código no deja las más

(1) Loc. citada. Rev. de Derecho. T. 1.º, p. 265.

(3) El decreto-ley de Menor Cuantía (N.º 363), dió a estos jueces la facultad de fallar en conciencia en casos muy calificados, y en ciertos negocios de los que especialmente somete a su conocimiento ese decreto-ley.

leve duda, porque dice explícitamente que el juez, para condenar debe acreditar que se ha cumplido con la ley. (1)

El temor, pues, de abrir paso a la injusticia, hizo al legislador consagrar en el artículo 484, en forma terminante, la única forma de conseguir la convicción legal de haberse cometido un delito y de haber recaído responsabilidad en el acusado.

Dice este artículo:

“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 un hecho punible, y que en él ha correspondido al reo una participación culpable y penada por la ley”.

En la dictación de este artículo encontró el legislador la mejor garantía de que el juzgamiento sería en forma legal, puesto que el único medio de convencerse de un delito es “por los medios de prueba legal”. (2)

De este artículo fluyen las siguientes condiciones para que pueda condenarse al inculcado:

- 1.º Que lo juzgue un tribunal con jurisdicción.
- 2.º Que el tribunal haya adquirido la convicción de que realmente se ha cometido el hecho punible;
- 3.º Que se tenga también la convicción de que al inculcado le ha correspondido una participación culpable y penada por la ley; y
- 4.º Que esta convicción se adquiera, **POR LOS MEDIOS DE PRUEBA LEGAL**.

## ANALIZAREMOS POR SEPARADO ESTOS PUNTOS

### 1.º.- Que los juzgue el tribunal

En cuanto al primer punto no hay discusión posible, puesto que según el artículo 1.º de la Ley Orgánica: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar el juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”.

Podría, sin embargo, presentarse cuestión, cuando el proceso ha nacido como producto de un juzgamiento administrativo, en el sentido de determinar qué valor probatorio pueda dársele a un fallo de una comisión de esta naturaleza que declare la responsabilidad de una persona. A nuestro

(1) Véase el Mensaje. Lazo, ob. cit., pág. XXVII.

(2) Véase el Mensaje. Lazo, pág.

juicio, la cuestión debe hacerse caber en las pruebas documentales, se trataría de un documento, ya que por tal se tiene todo escrito en que se deje constancia de un hecho: "pero tal escrito no puede tener valor probatorio de instrumento, ya sea público o privado, porque en él no se contienen declaraciones de voluntad suscritas por el inculpado, bajo su firma, sino declaraciones de un tribunal administrativo, sin la facultad de juzgar, (en los casos en que no lo tengan por ley), efectuadas a conciencia de que no siendo mandatarios judiciales del estado, como son los jueces, no puede responsabilizarse a éste por sus actos. Sería un instrumento sin valor. Por eso es indispensable, que el tribunal tenga jurisdicción".

La ley ha sido tan estricta en esto, que ha determinado que lo resuelto en un juicio civil no puede considerarse como un antecedente cierto para condenar en juicio criminal, en donde deberá juzgarse de acuerdo con la ley. Tan es así que en el juicio de quiebra, aunque el juez civil declare que la quiebra no es fortuita, puede el juez del crimen declarar que *qu* ha habido delito.

Si se aceptara lo contrario, sería inútil plantear un juicio criminal, porque habría ya un prejuzgamiento en la sentencia civil. Esto sucede respecto de tribunales con jurisdicción, es decir jueces representantes del poder jurisdiccional del Estado, con mayor razón no puede tenerse ni siquiera como indicio resuelto por individuo sin representación ninguna.

**2.º—Que el tribunal haya adquirido la convicción de que**

2. -Que <sup>1 trib</sup> al <sup>u o</sup> **realmente se ha cometido el hecho punible.**  
 real te,

Bien sabido es que todo proceso se reduce a la cuestión de hechos, los cuales deben ser acreditados en el juicio en la forma establecida por la ley.

En materia criminal hay dos oportunidades para acreditar los hechos: el sumario y el plenario. En el sumario ha dispuesto el Código en forma clara que "La existencia del delito, o sea el hecho punible, es el fundamento de todo juicio criminal; su comprobación por los medios que determina la ley, es el primer objeto a que deben atender las investigaciones del sumario". En el plenario el artículo 484 ya citado sustenta el mismo principio al decir que la convicción debe producirse por los medios de prueba legal. Para que se produzca el convencimiento del juzgador es requisito indispensable que se produzca la prueba y que ella tenga valor probatorio legal.

...Pero, basta que se diga, por ejemplo, que con tales testigos se acredita el hecho? Ciertamente no, porque es preciso considerar si los declarantes son o no testigos, para lo cual hay que ver si concurren en ellos las condiciones establecidas por la ley.

Pocas veces los jueces, más bien nunca, hacen un análisis sobre esta cuestión y se limitan a decir, con la declaración de tales testigos se acredita el hecho, sin que hagan primero un examen para determinar que en realidad, en el concepto jurídico de la palabra los declarantes son testigos. Para esto el juez debiera decir, primero; las declaraciones de tales personas tienen el valor de declaraciones de testigos, porque según consta por tales o cuales antecedentes (deben enumerarlos) dan razón de sus dichos (explicará el juez como dan esa razón) y son fidedignos por tales y cuales circunstancias. (1)

Los jueces no hacen este examen y creen que es el testigo todo el que declara, nuestro Código no dice lo que es testigo, pero otras legislaciones, como la peruana y uruguaya, establecen que tienen el valor de tal "las personas fidedignas de uno y otro sexo a quienes les consten los hechos". (2)

Se comprende que en tal definición se hace necesario exigirle al presunto testigo explicación de lo por qué le consta, y en que circunstancias.

El artículo 487 establece que la declaración de dos testigos hábiles, concordes en el hecho, lugar y tiempo en que acaeció, y no contradicha por otra u otras igualmente hábiles, podrá ser estimada por los Tribunales como demostración suficiente de que haya existido el hecho, siempre que dicha declaración se haya prestado bajo juramento; que el hecho haya podido caer directamente bajo la acción de los sentidos del testigo que declara y de que manera sabe lo que ha observado.

Como puede verse, la ley dejó al Juez la facultad de darle valor probatorio a la declaración de dos personas, no le impuso la obligación de apreciarla como prueba, y no podría hacerlo, porque antes que todo, el tribunal debe compro-

---

(1) Las Pandectas Francesas, refiriéndose a esta materia, dice: "Carece de base legal y debe ser anulada, la razón de que coloca a la Corte de Casación en la imposibilidad de ejercer su derecho de fiscalización, la sentencia que se limita a declarar que el principio de la responsabilidad de una parte se encuentra actualmente establecido de una manera incontestable, sin especificar de que circunstancia deduce este principio (N.º 1065).

(2) Es por lo tanto de la esencia de esta prueba la constancia del hecho que se declara, la cual debe acreditar "dando, razón de sus dichos".

bar que los declarantes tienen la calidad de testigos, para lo cual se requiere que sean hábiles, estén contestes en los hechos, lugar y tiempo, no estén contradichos por prueba contraria. (1)

Lógicamente se deduce que, si el juez puede o podrá — como dice el Código — darle valor a una declaración de esta naturaleza, sólo cuando concurren todas las circunstancias determinadas en la ley; **no podrá hacerlo no concurriendo estas circunstancias.**

Y aun a pesar de concurrir todos los requisitos establecidos en la ley, no está obligado el juez a considerar esta declaración de testigos como una prueba, porque fácilmente ha podido ser simulada y confeccionada **ad hoc**; de aquí que sea facultativo para el juez apreciar su valor. Tales medidas han sido tomadas en beneficio de los inculcados y por eso, si el juez puede apartarse de una prueba testimonial con todos los requisitos, **no puede, en cambio, darle valor de prueba a una que no contenga los requisitos.**

El mensaje lo deja claramente establecido. (2)

Esta consideración hecha sobre la prueba testimonial, se puede hacer respecto de cualquier otro medio probatorio.

Queda, pues, demostrado que no basta que el juez dé valor de prueba a la que se produzca en el juicio, sino que es necesario que se esclarezca primero la concurrencia, en cada medio probatorio, de los elementos que la ley ha exigido para darlos por tal. (3)

### 3.°—Que el tribunal haya adquirido la convicción de que al inculcado le ha cabido participación en el delito.

No basta que se acredite la existencia del hecho punible por los medios que determina la ley, sino que es necesario que la responsabilidad del inculcado esté acreditada de la misma manera, comprobación que es posterior a la constatación de los hechos, pudiendo darse el caso que se acredite el hecho punible, y no se acredite la responsabilidad del delincuente. Por ejemplo, se comete el delito de lesiones y se comprueba el delito con la lesión misma; el culpable puede quedar en el misterio y en tal caso, a pesar de haberse cometido un delito, no haber condena.

(1) En cuanto a la declaración de un testigo se adoptó el principio romano: *Unus testis, nullus testis*, Ballesteros, art. 469. (Véase Lazo fs. 317, art. 407, origen).

(2) Véase Lazo, pág. XXVII, Mensaje.

(3) Recuérdese el N.º 1065 de las Pandectas, ya citadas.

4.º— Que esta convicción se adquiriera por los medios de prueba legal.

La redacción del artículo 484 no deja lugar a dudas que el único medio de obtener la convicción es en virtud de prueba legal. La frase: **por los medios de prueba legal**, está entre comillas, es una frase EXPLICATIVA QUE, al no ser la intención del legislador producir la convicción por ese medio, se podría suprimir fácilmente sin cambiar el sentido a la frase.

Pero si la redacción de la frase dejara alguna duda, ésta se apartaría con la nota del señor Ballesteros al artículo 466 de su proyecto, que pasó a ser el 484 del Código actual, que dice: "He aquí, condensado en pocas palabras, el sistema de aplicación de la prueba que el presente proyecto consagra. No habiendo llegado todavía para Chile el momento de establecer el jurado, no era tampoco posible ni científico dar este carácter a los jueces de derecho. Pero sin ir tan lejos, no creemos razonable en cerrar la conciencia del juez dentro de un círculo de hierro, - del cual no pudiera salir sin violación de la ley. La prueba de los hechos criminales no puede estar sometida a reglas fijas e inflexibles; señaladas las bases generales a que debe sujetarse su apreciación, es indispensable dejar cierta latitud al criterio judicial para apreciar cada caso y formarse su convicción. La prueba medida y fraccionada que señalaban las antiguas leyes no es en manera alguna la demostración incontestable de la existencia de un hecho.... Este proyecto, partiendo de semejante doctrina hoy universalmente aceptada se aleja tanto del jurado como de las minuciosas reglas que los antiguos daban para saber cuando una prueba debía estimarse como plena, cuando semi plena, cuando como indicio poderoso, como sospecha vehemente o como presunción débil, pero susceptible de adquirir mayor valor si se unía a otra semejante. Nosotros fijamos reglas para la manera de estimar la prueba y consignamos los casos en que debe considerarse como bastante para acreditar la existencia de un hecho; pero al mismo tiempo dejamos al juez la libertad de criterio necesaria para hacer sus inducciones o deducciones a fin de que pueda decir: la prueba rendida no es deficiente, y ha traído a mi ánimo la convicción íntima y la convicción legal; el hecho existe o ha existido. La ley da reglas para encausar este criterio; pero deja al juez la decisión final. El jurado no da razón de los motivos en que se apoya su juicio ni nadie puede exigir que la dé. El juez de derecho deberá explicar este mo-

tivo y Justificar ante todos como es que ellos, han sido bastante poderosos para arrastrar su convicción.

“He aquí la diferencia capital entre el jurado y el juez de derecho tal como lo establece este proyecto. El juez fundará su sentencia y explicará las razones de su convencimiento, el jurado no debe sino a Dios la explicación de los motivos de su veredicto”.

Esta explicación del Sr. Ballesteros no puede ser más clara y más de acuerdo con el sistema establecido en el Código.

Los que piensan que los jueces de fondo son soberanos en la apreciación de los hechos, al punto de no poderse atacar ante la Corte Suprema sus fallos, sólo consideran la explicación del Sr. Ballesteros, en la parte que se refiere a la decisión final del juez, diciendo para esa decisión se deja la conciencia del juez; pero olvidan que antes de llegar a esa decisión debe seguirse el camino de raciocinios determinados en la ley y que el ilustre redactor del Código sintetiza diciendo: “La ley da reglas para encaminar ese criterio”. Si el juez se aparta de esas reglas, no puede apelar a su conciencia para dar la decisión final, porque esto sólo es posible cuando se ha seguido el verdadero camino, indicado por las “reglas legales”.

Decidir de otro modo es pretender que el juez puede indagar la forma de llegar a la decisión final, cuando su papel se reduce a decidir la contienda una vez que ha sido puesto en el sendero de las reglas legales.

Pero aún nos queda otro argumento que refuerza los anteriores en favor de la doctrina que sustentamos: el art. 11 de la Constitución Política del año 1925. Dice ese artículo, que **“Nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente”**...

Si comparamos este artículo con el 484 del Código de Procedimiento Penal, vemos que ambos comienzan en la misma forma y sintetizan la doctrina que el legislador desarrolló en el Código respectivo.

El artículo 11 de la Constitución, habla de ser “juzgado en forma legal”. ¿Cuál es esta forma? No cabe duda que la única manera de juzgar legalmente es la establecida en el Código de Procedimiento Penal, y como éste indicó en forma breve y precisa que para condenar es necesario que el juez ataquiera el convencimiento “por los medios de prueba legal”, se concluye con evidente lógica que el modo de ser condenado legalmente es probando los hechos por los medios de prueba que el legislador estableció.

Y no se crea que es bastante que el juez diga que han concurrido los medios de prueba legal; esta afirmación del magistrado debe ser acreditada en forma que no deje dudas ni inspire recelos, o como dice el Sr. Ballesteros: "El Juez de derecho deberá explicar este motivo y justificar ante todos como es que ellos han sido bastante poderosos para arrastrar su convicción".

De tal manera que cualquiera otra forma de convicción no, sólo destruye el principio procesal sino que ataca el principio constitucional que es forzosamente una ley de orden público defendida a pie por la casación de fondo. Nunca se ha puesto en duda que la violación de una ley constitucional produce la nulidad absoluta de todo lo que se obra y motiva la casación de oficio y con mayor razón cuando el recurso se hace valer por las partes.

Desentenderse de esta disposición evidente del artículo 481, significa, en realidad, una absorción del Poder Judicial de los principios constitucionales y en buenas cuentas es legislar, porque, como dice Garsonet: "cuando un juez resuelve en forma no contemplada por la ley, crea un principio nuevo y el juzgador se transforma en legislador".

Ya hemos dicho cuales son los medios probatorios y por consiguiente la única forma de producirse el convencimiento judicial; para esto debe tenerse presente el artículo 485 y todo el capítulo que se refiere a la prueba y la manera de apreciarla.

De los puntos examinados anteriormente, se deduce que el argumento que pretende rechazar la doctrina que defendemos, sosteniendo que se volvería a discutir sobre los hechos ante la Corte Suprema, no tiene valor legal alguno, ya que los hechos y el derecho son prácticamente inseparables, en forma precisa, cuestión que ha debido aceptar la Corte Suprema (en materia civil, en donde se han acogido numerosos recursos por violación a la ley probatoria).

Recordamos una vez más las Pandectas Francesas, que al referirse a este cuestión dicen: Pero la Corte de Casación se reserva el derecho de apreciar legalmente los hechos. (1)

---

(1) Lección citada.

**Segundo argumento.**— La enumeración del artículo 575 es taxativa y en ella no aparecen las leyes de la prueba.

Este es el argumento más fuerte que se hace en contra de la doctrina y el único que ha sido considerado por la Corte Suprema.

No obstante, demostraremos hasta la evidencia el error de considerar que el hecho de ser taxativa la enumeración significa que las leyes reguladoras de la prueba no están en ese artículo.

Hay que colocar, pues, el artículo 585 en el terreno de la interpretación y darle a él su verdadero alcance. Que la enumeración de ese artículo sea taxativa en nada daña el alcance verdadero de cada uno de sus números porque como dice don Gabriel Palma, interpretando el artículo 2 del Código de Comercio, la enumeración es taxativa pero debe entenderse en la latitud necesaria para dar cabida a los actos que, no estando en el artículo, sean, sin embargo, de comercio y que por olvido o cualquier otra causa, el legislador no los incluyó en dicha enumeración. (1)

¿Por qué no puede aplicarse esta regla de interpretación al artículo 585?

Por otra parte, el artículo 22 del Código Civil dice los pasajes oscuros de una ley pueden ser hustrados por medita de otras leyes, particularmente si versa sobre el mismo asunto.

Ahora bien, el artículo 484, tiene que estar forzosamente sancionado por la casación de fondo, porque todas las leyes son leyes en cuanto tienen sanción y en este caso no puede ser la casación de forma la medida que corrija el desconocimiento de este artículo, puesto que no se refiere a trámites o vicios del proceso, sino al fondo mismo. Si se condena sin que haya prueba de la responsabilidad, se viola el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, aplicado al de Proc. Penal, por el 64, pues los jueces deben fallar según el mérito del proceso, disposición que se ha repetido con mayor amplitud en el artículo 562 del Código de Proc. Penal que consagra el principio que los jueces deben resolver las cuestiones de hecho y de derecho que sean pertinentes y se hallen comprendidas en la causa.

Si se ha considerado necesario darle al juez una facultad náyca, con el objeto — como lo dice el proyecto argentino, del Código de P. P. de la Provincia de Buenos Aires, — de

---

(1) Apuntes de derecho comercial.

satisfacer un interés social, y ese interés no consiste en coo-  
detlar sino en averiguar la verdad por todos los medios, con-  
ciliando el derecho de todos, con las garantías individuales de  
cada uno.

Que, pues, demostre, que el artículo 585 del Código  
de Procedimiento Penal debe entenderse en relación con todo  
el conjunto de disposiciones que establecen el sistema que  
adoptó el legislador para llevar al tribunal la convicción de  
haberse ejecutado el delito y de haber cabido en él respon-  
sabilidad del inculcado, es decir, debe relacionarse con las  
leyes que establecen el modo de apreciar las pruebas, esto es,  
el título 5.º del Libro U.

Para esclarecer la verdadera interpretación que debe darse  
al 585, es necesario estudiar su origen, y como fué tomada del  
Código Español, nos referimos a la teoría de ese derecho en  
materia de casación de fondo.

## LA CASACION EN ESPAÑA

En el Cód. Español la teoría de la apreciación de las  
pruebas ha pasado por varios periodos (ver Aguilera de Paz)  
desde la situación estrecha de las partidas en que el Juez  
estaba obligado a fallar conforme a las reglas estrictas del  
Código en que medía y fraccionaba la apreciación de las prue-  
bas, sin darles cierta latitud, hasta el establecimiento del ju-  
rado.

El artículo 849, se entenderá que ha sido infringida una  
ley en la sentencia definitiva para el efecto de que pueda in-  
terponerse el recurso de casación:

1.º Cuando los hechos que en la sentencia se declaran  
probados, sean calificados y penados como delitos o faltas,  
no siendo]o cuando se ponen a pesar de existir una circuns-  
tancia eximente de responsabilidad criminal o a pesar de que  
circunstancias posteriores a la comisión del delito impidan  
penar]o.

2.º Cuando los hechos que en la sentencia se declaren  
probados no se califiquen o no se penen como delitos o faltas  
siéndolo y sin que circunstancias posteriores impidan penar]o.

3.º Cuando constituyendo delito o falta, los hechos que  
declaren probados en la sentencia se haya cometido error de  
derecho, en su calificación.

4.º Cuando se haya cometido error de delito al determinar  
la participación de cada uno de los procesados en los hechos  
que se declaren probados en la sentencia.

5.º Cuando se haya cometido error de derecho en la cali-

ficación de los hechos que se declaren probados en la sentencia, en concepto de circunstancias agravantes, atenuantes, o eximentes de responsabilidad criminal.

6.º Cuando el grado de la pena impuesta no corresponde según la ley a la calificación aceptada respecto del hecho justificable, de la participación en él de los procesados o de las circunstancias atenuantes o gravantes de la responsabilidad criminal.

7.º Cuando dado los hechos que se declaren probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir o desestimar la excepción 2.ª, 3.ª, 4.ª y 5.ª del artículo 66, reproducidas en el juicio.

Aguilera de Paz, comentando este artículo, dice que: si bien el tribunal sentenciador tiene muchas facultades para apreciar las pruebas practicadas y para declarar probados los hechos u otros sin que con esta apreciación libremente hecha pueda haber recurso alguno, es lo cierto que una vez declarados probados los hechos que hayan merecido tal concepto, tiene dicho tribunal el deber ineludible de ajustarse para calificarlos y penarlos a las prescripciones del Código Penal y a las demás leyes que fueren aplicables para ello.

De la forma en que está redactado el artículo 849 se desprenden dos bases que hay que tomar en cuenta para saber cuando es procedente el recurso de casación de fondo, y estas son:

1.º Partir de la declaración de hechos probados, hecha por el Tribunal sentenciador, sin que pueda impugnarse ni discutirse la apreciación de dichos hechos; y

2.º Que el error de derecho se refiere a la responsabilidad penal y no a la civil (página 36).

Como puede verse, en España debe partirse necesariamente e indispensable de la base de hechos probados, (1), porque para ello le basta al Tribunal que estén acreditados conforme a su conciencia.

Esta conclusión la establece en forma clara Aguilera de Paz al decir; por eso para que pueda ser admitido el recurso de casación en cuanto al fondo ha de fundarse en motivos que no contradigan los hechos declarados probados en la sentencia, como lo viene dicho el Tribunal Supremo en multitud de sentencias, entre otras las de 16 de mayo 1885, 19 de septiembre del mismo año, 18 de enero de 1887.

La declaración de hechos probados, debe hacerse en la sentencia. (Auto, de 2 de octubre de 1888. Tribunal Supremo).

(1) Sentencia de 20 y 22 de octubre de 1883, 2 de diciembre del mismo año, 19 de noviembre de 1884, 8 de marzo y 31 de mayo de 1886, 14 de diciembre, 3) de junio 1904 y 8 de julio mismo año.

¿Qué razón hay en España para que se ponga de la base de hechos probados y no pueda en ninguna forma elucirse este principio? Una muy sencilla; porque la prueba se aprecia en España en conciencia, por expresa disposición del artículo 741 del Código de ese país. Si no hubiera esa disposición, la declaración de hechos probados, podría ser atacada; pero al ser apreciada la prueba por jurados no puede haber violación de ley, porque en tal caso sería necesario preguntar a la conciencia de los jueces si habían con arreglo a ella.

Este artículo 741 es la sola razón que se da en España para no hacer procedente la casación por violación de las leyes de la prueba. Hemos citado la opinión de Amat, reproducida por Aguilera de Paz, refiriéndose a esta cuestión, y que dice: siendo el objeto de esta clase de recusos la anulación de las sentencias en virtud de las infracciones de derecho, que contengan, claramente resulta que si en algún tiempo se pudo esperar a que en materia criminal fuere extensivo dicho recurso a las infracciones cometidas en la apreciación de las pruebas, como sucede en el procedimiento civil, semejante aspiración sería utopía, hoy, que „según el artículo 741, rige en este punto el libre criterio judicial, porque para decidir el recurso, en tal caso, sería indispensable penetrar en la conciencia de los magistrados de la Sala sentenciadora, a fin de estimar si se habría hecho con arreglo a ella dicha apreciación.

Hay un argumento más claro y más autorizado que el de Amat. Huestre relator de la Corte Suprema Española, repetido por Aguilera de Paz? Ambos sostienen que no procede el recurso de casación en el fondo, por violación a la ley probatoria en materia penal como sucedía antes igual que en materia Civil, porque el artículo 741 ha establecido el jurado.

Por eso, como una consecuencia de apreciarse los hechos como jurados, debe partirse de la base de darse por probados los hechos, porque no hay manera de investigar — como dice Amat — si la prueba ha sido apreciada conforme a la conciencia de los jueces. Consecuente con este principio, el artículo 849 del Código Español va, repitiendo en cada número esta frase, cuando los hechos que en la sentencia se declaran probados o cuando dado, los hechos que se declaren probados. (1). Es decir, el artículo 849 es el desarrollo del

---

(1) Sentimos no encontrar jurisprudencia española a la anterior a la reforma que estableció el jurado, porque no hay en nuestras Bibliotecas, libros de esa época, sin embargo ella existe porque Amat se refiere expresamente en la cita que de él hace Aguilera de Paz. Tomo 6.º, pág. 36).

artículo 741, es la casación de fondo regimientado bajo el Imperio del jurado.

### LA CASACION EN NUESTRO PAIS

Sobre este particular adelantamos algunos conceptos. Antes de nuestro Código se aplicaban en Chile las leyes españolas y multitud de leyes aisladas, las que cayeron en desuso una vez dictado el Código de Procedimiento.

Nuestro Código tomó por base el Código Español, pero se apartó de su doctrina, porque, como dice el señor Ballesteros, "no, habiendo legado para Chile el momento de establecer el Jurado, no era científico darle este carácter a los jilcees de derecho".

En el mensaje del Código de Procedimiento se expresó expresamente que la institución del jurado ha aparecido del todo, inadecuada a nuestra situación social, a la cortedad de nuestros recursos y de nuestras faltas, sobre todo en los pueblos de 2.º orden, de ciudadanos competentes que pudieran ser llamados, a desempeñar las debidas funciones de hombres buenos".

Estos principios fueron tomados muy en cuenta para la redacción del 585, que, a pesar de ser muy parecido al 849 del Código Español, se apartó sustancialmente de su doctrina.

En efecto, hemos dicho que el Código Español repite en cada número la frase: "dándose por probados los hechos". En cambio, en nuestro Código se suprimió esta frase y sólo se parte de la base de un error en la calificación del delito. ¿Por qué razón suprimió nuestro Código, la frase: hechos probados?

Hemos dicho que en el Código Español esta frase es una consecuencia del principio del artículo 741, que estableció el jurado; y como entre nosotros todos los jueces son de derecho, habiendo tenido el legislador el cuidado de repetir en el Mensaje, y el comentario de los artículos que se apartaba el Código, muy lejos del jurado, no era posible partir de la base de darse por probados los hechos, porque la única manera de probado, es por los medios de prueba legal, que es una cuestión de derecho y no de conciencia.

Es cierto que el señor Ballesteros en su nota al artículo 484, dice que el proyecto deja cierta latitud al juez para hacer sus deducciones o inducciones a fin de que pueda decir: "la prueba rendida no es deficiente y ha tratado a mi ánimo la convicción íntima y la convicción legal". La ley da reglas

para encaminar este criterio, pero deja a la conciencia del juez la decisión final; pero también es cierto que esta latitud está dispuesta en beneficio del reo y no en su perjuicio; el juez tiene libertad para apreciar con cierta latitud la prueba, diciendo que no está convencido de la ejecución del hecho con el fin de absolver; pero esta latitud es nula cuando debe condenarse. El proyecto dice en la parte pertinente "de aquí que este proyecto consigne como base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del juez **adquirida por los medios de prueba legal** es de todo punto indispensable para condenar "si esa convicción no llega a formarse el juez, podrá absolver sin otro fundamento, y cualquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo. **En cambio para condenar necesita fundar su convicción en alguno de los seis medios probatorios que la ley indica.**

El señor Ballesteros en la Nota al artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, dice expresamente: "He aquí condensado en pocas palabras el sistema de apreciación de la prueba que el presente proyecto consagra. No habiendo llegado todavía para Chile el momento de establecer el jurado, no era tampoco posible ni científico dar este carácter a los jueces de derecho". (Lazo, pág. 314).

Bajo estas bases, explicado por el Sr. Ballesteros, nuestro Código de Procedimiento Penal abrió un título especialísimo: "DE LA PRUEBA Y DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA". En este título las disposiciones tienen un carácter hondamente imperativo, sin que pueda sostenerse en buena doctrina, y con buen criterio, que los jueces pueden apartarse de esas disposiciones.

El título mencionado reglamenta las pruebas desde tres puntos de vista:

- a) Medios probatorios que pueden usarse;
- b) Medios probatorios que las partes pueden proponer;
- c) Apreciación de los medios de pruebas, (en particular o con relación a los demás).

Estos tres puntos los analizaremos por separados para determinar cuál es el alcance del criterio judicial en cada uno de ellos.

#### **a).-Medios probatorios que pueden usarse.**

El artículo 485, del Código Penal, dice a la letra: "los medios por los cuales se acreditan los hechos en un juicio criminal, son:

- t.º Los testigos.
- 2.º El informe de peritos.
- 3.º La inspección personal del juez.
- 4.º Los instrumentos públicos o privados.
- 5.º La confesión.
- 6.º Las presunciones o indicios".

La enumeración que hace este artículo es taxativa; los jueces no pueden crear otros medios probatorios.

Esta cuestión es indiscutible en nuestro derecho y así lo ha reconocido la sentencia 1075 de la Corte de Santiago, publicada en la Gaceta 1907. T. 2.º. Pág. 756, que estableció como doctrina:

"Los medios de prueba legales que sirven para condenar por delito, son UNICAMENTE los que enumera el artículo 485".

#### **b).-Medios probatorios que las partes pueden proponer y su forma de producirlos.**

En cuanto a este segundo punto, el juez tampoco tiene libertad, pues el Código ha reglamentado minuciosamente la forma de producir la prueba en el sumario y en el plenario.

Los artículos 480, 481 y siguientes se refieren a la prueba en el plenario, y el artículo 485, inciso final, establece que "Sobre cada uno de estos medios de prueba rigen las disposiciones dictadas a su respecto en la parte primera de este libro y en los párrafos siguientes con lo cual hace un distinguo entre las reglas dadas para el plenario y para el sumario, pero en todo caso reglas imperativas que el juez no puede modificar".

#### **c).-Manera de apreciar la prueba.**

En esta parte del título IV del Código de Procedimiento Penal es la que sirve de fundamento a la doctrina que sostenemos. El legislador puso al juez una barrera intranscendible para los casos en que pretendiera apartarse de los dictados legales, dándole preferencia a su parecer antes que a la ley.

Comprendió el legislador el riesgo de dejar en manos de los jueces un poder de apreciación amplio y que Cuche sintetiza diciendo: "Es siempre peligroso el árbitro judicial, porque se deja libre la posibilidad de que se incurra en abusos de sus facultades, y la experiencia ha demostrado, cuan

difícilmente los jueces se dejan amarrar por la pasión o el interés, (1)

El Código ha dejado el criterio judicial, pero sólo en beneficio del reo, es decir, en caso de absolución, y por eso en mensaje del Código de Procedimiento Civil dice al pasar de haber prueba legal no condenará al reo si el juez no tiene la convicción de haberse ejecutado el delito.

Pero cuando debe condenar, pierde esa libertad de apreciación y queda obligado no sólo a usar los medios de prueba legal del 485 — como dice el Mensaje, — sino que debe "probar ante todo que los medios son fiables y poderosos que han merecido su convicción".

De esta exposición podemos concluir las siguientes cosas:

1.ª Que en el Código de P. Penal Español se aprecia en la ley una tendencia a la prueba, porque el 741 estableció el jurado.

2.ª Que como consecuencia del jurado para recurrir de casación de fondo es necesario partir de la base de hechos probados. (Art. 549 del Código de Procedimiento Español), (2).

3.ª Que nuestro legislador, teniendo como fuente la legislación española, se apartó sin embargo del jurado, porque se consideró que no era propicio a nuestro ambiente social y a nuestro desarrollo cultural el establecimiento de estos tribunales.

4.ª Que la manera de acreditar el delito son los medios de prueba (Art. 484, 485 y 129) y no la conciencia del tribunal.

Como hemos dicho, nuestro Código suprimió en cada número del artículo 585 la frase "hechos probados", que aparece en el artículo 949 del Código Español para evitar que los jueces fallaran jurados.

Sin embargo, en uno solo de esos números, se usó la frase "hechos probados", manera de decir que confirma el hecho, que por regla general en nuestro Código no se parte de la base de hechos probados, salvo la excepción del artículo 585, inciso 5.º y en ese caso por una razón fundamental: en ese número lo que importa no es el hecho probado sino la excepción. Dice el número 5.º, del artículo 585, la aplicación de la ley penal que autoriza al recurso de casación:

(1) Procedure Civile. Pág. 682. En Francia, el libre criterio judicial produjo tan malas consecuencias en materia civil, antes de la ordenanza de 1667, que se creó este adagio: Dios nos libre de la justicia del Parlamento.

(2) Ballesteros. Notas al Art. 483. (2) Aguilera de Paz y Amat, página citada. (3) Mensaje del Código de Procedimiento, Penal. Ballesteros. Notas citadas.

El [om]lo solo podrá consistir: "En que aceptados como verdaderos los hechos que se declaren probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2, 4, 5, 6, 7 y 8 del 461".

El motivo que tuvo el legislador para salirse de la regla general y aceptar esta excepción es evidente. El error de derecho no está en los hechos probados, sino en las excepciones y por eso debe partirse en ese caso, de la base de los hechos probados. Veamos un ejemplo: se sigue un juicio por estafa y se declara probada la estafa por todos los medios de prueba, reconociendo expresamente el reo la comisión del delito, pero alega que es hijo del querrelante. En este ejemplo se ha cometido error de derecho, porque entre padre e hijo no hay estafa, conforme a lo dispuesto en el artículo 37, número 2.º del Código de P. Penal, que prohíbe el ejercicio de la acción pública, en este caso.

Esta excepción compruébese en forma evidente que la teoría del Código fue no partir de la base de darse por probados los hechos, y cuando por excepción se apartó de esa teoría, como lo hizo en el número 5.º a que nos hemos referido, debió decirle en forma expresa, para delinear el campo de actividad de la Corte de Casación y no permitirle, en ese caso especial, el conocimiento y examen de las leyes de la prueba. Puede, pues, sentarse en nuestro Código este principio: No se puede partir para los efectos de la casación de fondo, de la base de hechos probados, sino en el caso del número 5.º del artículo 585, porque en ese caso no interesa el hecho probado, constitutivo de delito, sino el error de derecho en la excepción.

### ¿EN QUE PARTE DEL ARTICULO 585 ESTAN LAS LEYES DE LA PRUEBA?

El artículo 585 del Código de Procedimiento Penal autoriza el recurso de casación en los seis casos que dicho artículo enumera, enumeración taxativa, pero que comprende las leyes reguladoras de la prueba al usar expresiones que las llejan comprendidas.

El número 1 del artículo 585, dice que el recurso debe fundarse:

En que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada para él, cometiendo error de derecho al determinar la participación del reo en el delito, Ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes".

En este número ni en los demás se habla de leyes de la prueba, pero se dice "error de derecho, al calificar los hechos" que constituyen el delito y determinan la responsabilidad del inculpaado.

¿Qué se entiende por calificar los hechos?

Según el Diccionario de la Real Academia, esta palabra viene del Verbo latino: "Facere equalita", Hacer equidad, y en tal sentido, dice que significa comprobar la verdad o circunstancias de una cosa.

Escriche, en su Diccionario Jurídico, da el siguiente significado para la palabra calificar: "Dar por buena o mala una cosa, según sus cualidades y circunstancias, autorizar o comprobar la ~~verdad~~ de una cosa, la definición de Escriche debe ser tomada en cuenta, porque nuestro Código Civil establece que el sentido de las palabras obscuras debe entenderse en el que le den los que profesan la misma ciencia o arte, y Escriche es un autorizado jurista.

Calificar, es, por lo tanto, comprobar la verdad de una cosa; ¿y cómo se comprueba en Derecho la verdad? El Mensaje de nuestro Código, lo dejó claramente establecido al decir que: "para condenar necesita el juez fundar su convicción en alguno de los seis medios probatorios que la ley le indica" y al establecer el 484 a que ya nos hemos referido, que prohíbe condenar cuando no se adquiere la convicción por los medios de prueba legales.

¿Qué sanción puede tener esta ley prohibitiva si no es la casación de fondo?

Si aceptamos que calificar es comprobar la verdad de un hecho, es necesario establecer una doble función del juez para que llegue a dar por cierto un delito:

- a) Comprobar la existencia de los hechos;
- b) Determinar su fisonomía legal.

La primera de estas dos fases calpnlativas, inseparables, se satisfacc por un solo medio: la prueba legal. No podría el juez dar por establecido un delito por otros medios que los establecidos en la ley. Se transformaría en legislador, atropellando la propia Carta Constitucional.

Pero no sólo basta que el juez diga que en mérito de tal prueba se dá por acreditado el delito, sino que como dice el señor Ballesteros: "El juez fundará su sentencia y explicará las razones de su convencimiento".

Debe, pues, el juez analizar de acuerdo con la ley las pruebas y darle el valor legal que el Código ha determinado. Así por ejemplo: si el juez condena por presunción y dice simplemente: que de los antecedentes del proceso se arroja la presunción clara y evidente de haberse cometido el delito, sin enumerar las presunciones, viola la ley, y en realidad no puede darse como los fundamentos de la condena la presunción judicial; le ha faltado un requisito indispensable para que sea legal: la enumeración de cada una de las presunciones.

El mensaje, refiriéndose a esta cuestión, dice: que el sistema del Código "obliga al juez a exponer una a una todas las presunciones que han llevado a su espíritu la convicción de la delincuencia del reo; el Tribunal Superior que reeve la sentencia, aquilatará las fuerzas de las presunciones que han movido el ánimo del juez y el público, en último término, podrá formarse cabal idea del criterio con que es apreciada la prueba en las causas criminales; lo cual será un resorte regulador para que los jueces se mantengan en su justo medio sin ceder a las sugerencias de una clemencia mal entendida ni a la intemperancia de un celo exagerado.

Si un juez toma por confesión judicial (1) una simple declaración indagatoria que niega los hechos y a los hechos les da valor de prueba legal, comete error de derecho y el recurso de casación en el fondo, es el único medio que tienen los inculpaos para defenderse ante ese errada criterio.

La segunda parte de la calificación del delito consiste en darle a los hechos probados la nomenclatura legal, esto es: la cuantía penal y por consiguiente decir: es un crimen, es un simple delito, es una falta; y una vez determinado, algunos de estos tres estados particularizará más el delito y dirá: es homicidio, es lesión, ha sido un acto ejecutado en legítima defensa, etc. Pero no sólo con este examen ha terminado la función del juez; una vez que se han cumplido estas dos condiciones, en forma que se llame la verdadera función judicial, podrá el juez entrar a determinar la responsabilidad de los reos, y decir: es responsable o no es responsable, y en seguida, si es lo primero, establecer si es autor, cómplice o encubridor. En la práctica no se hace generalmente este análisis cu-

(1) No debe olvidarse que la confesión importa el reconocimiento que hace una persona, de hechos personales en su contra.

dado so para determinar sucesivamente los hechos, el delito y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculcados, y por eso se hacen conclusiones lamentables, que al no ser examinadas por la Corte Suprema, se consagra definitivamente una injusticia y se olvida el principio que el señor Baltesteros estableció, comentando un artículo del Código de Procedimiento Penal, que sintetiza diciendo, que la función del juez no es condenar, sino resolver lo más justo, y por eso se le deja cierta latitud en la apreciación de la prueba en beneficio, pero no en perjuicio del reo.

### CONSECUENCIAS JURIDICAS QUE SE PRODUCEN AL NO ACOGERSE ESA TEORIA.

Hemos dicho que en España los tribunales de segunda instancia son Jurados, por cuya razón sus fallos son en conciencia. Pues bien, si prácticamente entre nosotros, por una jurisprudencia errada de nuestra Corte Suprema no se puede discutir ante ella la apreciación de las pruebas, se produce en el hecho una situación análoga a la de España, es decir la Corte Suprema le da el carácter de jurado o de cortes Arbitrales en única instancia a la Corte de Apelaciones.

El poder del Tribunal Supremo que para el legislador debía ser el más amplio, es arrebatado por las Cortes de Apelaciones y tienen, en realidad, un mero poder de representación. Tal situación debe tomarse en cuenta con mucho cuidado, y si bien los jueces tienen la misión de interpretar la ley, esa interpretación no puede llegar al punto de pasar por los principios establecidos por el propio legislador y convertirse ellos en legisladores de hechos.

En resumen, al acoger dicha doctrina, se producen los siguientes errores fundamentales:

1.º Transformar las leyes penales en meros consejos que el juez puede interpretar a su capricho sin que haya recurso alguno para atajar su ignorancia, mala fe o error.

2.º Dejar sin efecto el artículo 484, que es una ley prohibitiva, puesto que prohíbe condenar si no se adquiere el convencimiento legal por los medios de prueba, y que inusualmente está resguardado por la casación de fondo.

3.º Establecer de hecho el jurado, convirtiéndose el juez en legislador.

4.º La Corte Suprema, que por la Constitución y la ley Orgánica, tiene supervigilancia de todos los tribunales del país, ve limitada su esfera de acción, y lo que es más se edifica en un plano inferior al de dicha Corte, porque contra sus fallos erróneos o falsos nada puede hacer. La Corte Suprema existirá en el hecho, pero no en el derecho, ya que a ella no le correspondería establecerlo.

Estas conclusiones deján bien en claro la gravedad del problema y el interés que debe despertarse en nuestro más amplio Tribunal para volver a su cetro el poder que el error de algunos jueces le han menoscabado.

### QUE CASOS DEL ARTICULO 585 SON SUSCEPTIBLES DE LA DOCTRINA.

La teoría que venimos defendiendo no es aplicable a todos los casos del artículo 585, porque para adaptarla a esos números, es necesario estudiar si en ellos las leyes reguladoras de la prueba juegan el importante papel de constatar los hechos. Veamos el N.º 1.º del artículo 585.

Basta leer ese número para cerciorarse de que hay dos situaciones perfectamente definidas, que son:

- 1.º Cuando se califica el delito con arreglo a la ley; y
- 2.º Cuando no se califica el delito con arreglo a ella.

El segundo caso no está contemplado en forma expresa en la ley; pero se deduce claramente de la forma de decir que emplea el legislador, pues hace proceder la casación, aunque se califique el delito con arreglo a la ley, lo que al contrario censu significa, que la procedencia del recurso es más evidente, cuando se califica el delito con arreglo a ella.

Por eso, al estudiar esta causal, primeramente debe determinarse alguna de estas dos situaciones, y para ello es de absoluta necesidad investigar si concurren los dos elementos que forman topológicamente la "calificación" de los hechos, es decir, comprobar los hechos por los medios de prueba legal y en seguida, darles la dsonomía jurídica que el legislador le tiene asignada en el Código. Ya hemos dicho que etimológicamente el verbo calificar significa "facere qua-

lita", esto es, hacer cualidad, o lo que es lo mismo, hacer o construir los hechos y darles en seguida cualidad o fisonomía legal.

Del examen que haga el tribunal puede llegarse a dos conclusiones:

- a) Que el delito está calificado en forma legal;
- b) Que no lo está.

### **Primer caso.**

En el primer caso, no por eso el recurso de casación pierde la posibilidad de ser acogido, porque precisamente, el número primero del artículo 585, se refiere a este caso, pues - como lo hemos hecho notar anteriormente - el artículo dice: "aunque se califique el delito con arreglo a la ley".

Pues bien; el tribunal establece que el delito está bien calificado; partiendo de esta base si concurren algunas de las tres circunstancias a que se refiere el N.º 1.º del artículo 585, el recurso debe prosperar, es decir, cuando se ha cometido error de derecho.

- 1.º Al determinar la participación del reo en el delito.
- 2.º Al calificar los hechos que constituyen circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de responsabilidad; y
- 3.º Al fijar la naturaleza y el grado de la pena.

En cualquiera de estas tres situaciones el tribunal debe acoger el recurso, porque estos casos son los expresamente reglamentados en el Código, en el N.º 1.º del artículo 585.

### **Segundo caso.**

Pero hemos dicho que fuera de esta situación hay en el Código otra, considerada implícitamente: cuando se califica el delito con arreglo a la ley.

Si el delito ha sido calificado erróneamente, no es necesario entrar a estudiar si concurren algunos de los errores de que habla el N.º 1.º del artículo 585, error en la determinación de la responsabilidad, en la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes o en el grado de la pena, porque esos tres casos, sólo deben considerarse cuando el delito ha sido calificado en forma legal, es decir, para ver si

es aplicable alguna de las tres causales que contiene el N.º 1º del artículo 585, es indispensable partir de la base de dar por calificado el delito con arreglo a la ley.

Este segundo caso es completamente diverso del primero, porque en él se ataca la existencia misma de los hechos, en cambio en el primer caso se parte de la base de la existencia de esos hechos y aún del delito mismo, pero hay error en la determinación de la responsabilidad del reo en alguna de las 3 formas ya referidas.

Veamos un ejemplo de cada caso, para apreciar claramente la diferencia.

Ejemplo del primer caso, es decir, cuando el delito está calificado con arreglo a la ley:

Supongamos que se ha condenado a un reo por el delito de estafa, estableciendo la sentencia que es autor y que merece la pena de 5 años y un día. Esta sentencia puede atacarse de casación en el fondo, partiendo de la base de la existencia del delito, siempre que se pruebe:

1.º Que no es autor, sino cómplice o encubridor, (error en la determinación de la participación del reo en el delito).

2.º Que la responsabilidad está atenuada, agravada o exenta por la concurrencia de causales legales (error en la calificación de los hechos que constituyen circunstancias atenuantes, eximentes o 2gravantes de la responsabilidad).

3.º Que no es esa la pena que le corresponde (error al fijar la naturaleza y el grado de la pena).

### **Ejemplo del segundo caso.**

Este, como hemos dicho, se deduce claramente de la redacción del artículo 585, que establece que el recurso procede "aunque se califique el delito con arreglo a la ley"; pues bien, el segundo caso, sucede entonces cuando el delito no se califica con arreglo a la ley.

¿Y cuándo un delito no se califica con arreglo a la ley?

Si recordamos que calificar, según Escriche es comprobar la verdad de una cosa se debe concluir que calificar el delito es comprobar la verdad del delito, y como la verdad del delito sólo puede exteriorizarse en el proceso por los medios de prueba legal, se concluye

sin hacer el menor esfuerzo que el delito no está calificado con arreglo a la ley si no se hace palpable en el proceso por los medios de convicción, establecidos por el legislador.

Y esta conclusión es lógica, porque, como podría decirse que Pedro es autor del delito de engaño, por ejemplo, ¿si no están comprobados los hechos que se suponen constituyen el engaño?

Lo primero que hay que determinar, entonces, es la existencia de los hechos, o lo que es lo mismo, usando la expresión de Escriche, comprobar la verdad de esos hechos. Y no debe olvidarse que esta comprobación debe ser procesal, es decir, debe haber constancia en el proceso de una prueba legal que acredite fehacientemente los hechos, de otro modo el juez no puede entrar a responsabilizar a nadie si los hechos no están acreditados. Sin embargo este principio es correctamente olvidado en la práctica y de meras presunciones, muchas veces sin otra base que un criterio judicial equivocado, se deduce responsabilidades que el legislador estuvo muy lejos de atribuirles, porque siempre ha exigido una prueba evidente para negar o conceder un derecho.

De estos principios podemos concluir entonces que un ejemplo del segundo caso se tiene cuando se da por establecido un delito, no habiendo una prueba legal acreditada formalmente en el proceso, como cuando se da valor de prueba instrumental a documentos que no son tales, o de prueba testimonial a declaraciones de personas que no dan razón de sus dichos ni explican el motivo por qué les constan los hechos que aseguran ser reales, o cuando se atribuye el valor de confesión judicial, haciéndole aplicable el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal a una simple declaración indagatoria que reconoce los hechos que se le imputan al reo, etc.

N.º 2.º del 585. En que la sentencia, haciendo una calificación equivocada del delito, aplique la pena en conformidad a esa calificación.

En este número cabe también el recurso de casación por violación de las leyes probatorias, porque según lo hemos repetido anteriormente, es preciso antes de determinar la responsabilidad del reo, estar cierto de la efectividad de los hechos que han motivado el proceso. Nos remitimos en esta

parte a lo dicho en otras ocasiones sobre el significado del verbo calificar.

N.º 3.º En que la sentencia califique como delito un hecho lícito, e imponga pena al acusado.

No es aplicable la teoría, porque es necesario partir de la base de haberse ejecutado un hecho lícito. Este número es una pura cuestión de derecho.

N.º 4.º En que la sentencia o el auto interlocutorio, calificando como delito un hecho que la ley pena como delito, absuelva al acusado o admita la querrela.

Igualmente es una cuestión de puro derecho que suceda cuando se absuelve al acusado o no se admite la querrela, tratándose de un hecho constitutivo de delito; pero que el juez no lo conoce como tal.

N.º 5.º En que, aceptados como verdaderos, los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números, 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º, del artículo 461 o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva las que se hayan reproducido en conformidad a lo dispuesto en el artículo 471;

El N.º 5.º del artículo 485, confirma la teoría que venimos sosteniendo, pues constituye un caso de excepción a la regla general del sistema del Código porque en este caso el legislador parte de la base de darse por "aceptados los hechos que se declaren probados", declaración que no se contienen en ningún otro número del artículo que comentamos, y esto por la razón que ya hemos anotado al decir que en nuestro sistema no puede partirse de la base de darse por probados los hechos porque para ello es necesario aplicar la ley, la cual puede ser mal aplicada y constitutiva, en consecuencia de una causa de casación en el fondo.

Pero en el caso del N.º 5.º debe partirse necesariamente de la base de los hechos probados porque ese debe ser precisamente el fundamento del recurso, sosteniéndose que el error de derecho se ha cometido en la excepción alegada por el reo.

Se comprende fácilmente, que en esta situación el legislador haya partido de la base de los hechos probados, porque esos hechos probados no son las cuestiones documentadas, pues lo que interesa es el error en las excepciones alegadas por el reo.

Un ejemplo de este número, sería el siguiente: Pedro es acusado por su padre de haberlo estafado, y reconoce aquel su culpabilidad, pero alega que es hijo del querrelante y por lo tanto no puede ejercer la acción pública en su contra. En este caso se parte del hecho, probado de la estafa, porque lo que interesa no es el hecho probado sino la excepción alegada por el reo.

Con este ejemplo, puede concluirse que en nuestro derecho la casación de fondo en materia penal parte de la base de los hechos probados cuando estos hechos no interesan al recurso, pues el error de derecho está en otra de las cuestiones que se ventilan en el proceso: las excepciones.

N.º fi.º En haberse decretado el sobreseimiento, incurriendo en error de derecho al calificar las circunstancias previstas en los números 2.º, 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del artículo 438.

El N.º fi.º es susceptible también de la doctrina que sustentamos, porque el error de derecho se produce al calificar las circunstancias contempladas en el artículo 438, N.º 2.º, 4.º, 5.º, 6.º y 7.º.

El N.º 6.º es un complemento del N.º L.º, pues en este último hay error en los hechos que constituyen el delito, condenando al reo, y en el N.º 6.º el error de derecho se produce en las excepciones, decretándose solicitadamente cuando no es procedente, por haberse cometido error al calificar las excepciones alegadas por el reo.

Reuniendo el título de las causas de casación contempladas en el artículo 585, del Código de Procedimiento Penal, se concluye que el recurso procede cuando son aplicables algunos de los números 1, 2, y 6, fundándose en que el tribunal dé por establecido, un delito, dándolo por aprobado.

## BIBLIOGRAFIA

---

- Aguilera de Paz.- "Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Criminal de España".
- Boisvieux.- "Element d'organisation Judiciaire".
- Govian y Junco.- "Codigo de Procedimiento Penal" (Bélgica, Francia e Italia: traducción, notas y concordancias".
- DaUoz.- "Repertoire de Legislation de Doctrine et de Jurisprudence".
- Elléro.- "De la certidumbre en los juicios criminales".
- López Moreno.- "Principios fundamentales de Procedimiento Civil y Criminal".
- Manduca.- "El Procedimiento Penal y su desarrollo reciente".
- Ramírez Frias**- "El Recurso de Casación en el Fondo y las cuestiones de hecho y de Derecho en el juicio".
- Reus.- "Ley de Enjuiciamiento Criminal".
- Vera.- "Codigo de Procedimiento Penal" (Chile).
- Bañesteros.- "Mensaje y Comentarios del Código de Procedimiento Penal".
- Escriche.- "Diccionario razonado de Jurisprudencia".
- Diccionario Jurídico Español.



