

# EL RECURSO DE CASACION EN EL FONDO EN MATERIA PENAL

Casación de oficio.  
Causales propuestas en forma subsidiaria

TITO E. SOLARI P.  
Universidad Católica de Valparaíso

I. A través de la interposición de un recurso de casación en el fondo en materia penal, se pretende obtener el restablecimiento de la justicia de una decisión penal. Se trata de un juicio de derecho, en defensa de la ley decisoria de la litis, en el que a partir del supuesto de que se ha hecho una aplicación errónea de la ley penal, se persigue que el Tribunal de Casación, por medio de este recurso extraordinario y de derecho estricto, haga imperar la justicia de la decisión.

Son innumerables las cuestiones que plantea este recurso en nuestro derecho positivo; qué debe entenderse por ley penal, cuál es el sistema de causales, su carácter taxativo, la posibilidad o imposibilidad de hacer una proposición conjunta de ellas (siempre que sean compatibles) o de plantearlas en forma subsidiaria en el caso contrario, la conveniencia o inconveniencia de establecer la casación de oficio y, en fin, el concreto ámbito de acción de cada una de las causales previstas por la ley<sup>1</sup>.

No es nuestro propósito en este momento el entrar a analizar cada uno de estos puntos, sin perjuicio de anotar, desde ya, que somos partidarios del sistema de causal única y genérica, y de la existencia de una casación en el fondo de oficio de amplio espectro, aspecto este último que ha

---

<sup>1</sup> Un análisis completo y pormenorizado del recurso de casación en el fondo en materia penal puede verse en ORTUZAR LATAPIAT, Waldo, *Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en materia penal*, Editorial Jurídica de Chile, 1958.

sido solucionado de un modo parcial con la dictación del decreto ley 1.682 de 1977<sup>2</sup>. La causal única, como se contempla, por ejemplo, en la legislación española y la italiana, permite al *recurrente* denunciar cualquier infracción de ley con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo sin la limitación que de hecho impone el sistema de causales taxativas, pues en este caso se puede incurrir en error al señalar una causal que no es la que corresponde, o bien puede acontecer que determinadas infracciones de la ley penal no se encuentren contempladas como motivos expresos de casación. Aun cuando el punto es discutible, solamente para ilustrar lo afirmado diremos que la 1ª. causal del art. 546 del CPPCh., en la que la influencia sustancial en lo dispositivo se manifiesta en que la sentencia imponga al delincuente una pena *más o menos grave*, no tendría aplicación contra una sentencia absolutoria, ni contra una condenatoria para obtener la absolución, pues en esos casos no se da la relación de *más o menos pena*, quedando de este modo fuera del recurso todas las infracciones de ley referidas a eximentes de responsabilidad criminal, a pesar de que el texto las menciona expresamente.

En cuanto a la casación en el fondo de oficio, digamos que hasta la dictación del decreto ley 1.682 de 1977 estaba vedado al Tribunal proceder de oficio, lo que resultaba agravado por el hecho de regirnos un sistema taxativo y cerrado de causales<sup>3</sup>. La modificación legal soluciona sola-

---

<sup>2</sup> Un enfoque de todas aquellas cuestiones que plantea este recurso fue el que expusiera en mi conferencia dictada con motivo del 5º Curso de Extensión Jurídica, organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, julio-agosto de 1980 cuyo tema fue "El recurso de casación en el fondo en materia penal y la teoría del delito".

<sup>3</sup> En relación con intentos legislativos tendientes a implantar la casación en el fondo de oficio cabe considerar el proyecto de la ley Nº 7.836 y la ley Nº 11.183. Sobre este punto se consignan antecedentes en ORTUZAR LATAPIAT, Waldo, *Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal*, (n. 1), p. 165 y siguientes y en FARREN CORNEJO Fernando, *¿Casación en el fondo de oficio?*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 4 (diciembre 1973), Editorial Jurídica de Chile.

mente en forma parcial el problema, pues limita las facultades en la forma que indicaremos. El decreto ley ya mencionado, publicado en el Diario Oficial de 25 de enero de 1977, viene, pues, a regular esta materia al agregar al artículo 785 del Código de procedimiento civil, como inciso segundo, el siguiente precepto:

“En los casos en que desechare el recurso de casación en el fondo por defectos en su formalización, podrá invalidar de oficio la sentencia recurrida, si se hubiere dictado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia. La Corte deberá hacer constar en el fallo de casación esta circunstancia y los motivos que la determinan, y dictará sentencia de reemplazo con arreglo a lo que dispone el inciso precedente”. Esta norma es aplicable a la casación fondo penal por expreso mandato del artículo 535 del Código de procedimiento penal.

Como se puede observar, la Corte Suprema queda facultada para actuar de oficio, pero ello solamente es posible cuando ha desechado el recurso de casación en el fondo por defectos en su formalización. Carece de tal facultad si se trata de una situación diversa, como lo sería el que la causa llegara a la Corte Suprema por una vía distinta a la de este recurso.

En esta materia somos partidarios, como ya se ha dicho, de la amplia procedencia de la casación en el fondo de oficio. En buena medida este predicamento es acogido en el Trabajo Preparatorio que modifica el Código de procedimiento penal, elaborado por el entonces ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago don Rubén Galecio Gómez, y se concreta en el Anteproyecto de modificaciones al referido cuerpo legal preparado por la respectiva Comisión de Reforma<sup>4</sup>. Concretamente se establece la casación

---

<sup>4</sup> GALECIO GÓMEZ, Rubén, *Explicaciones del articulado del Trabajo Preparatorio que modifica el Código de Procedimiento Penal*, publicado por el Ministerio de Justicia de Chile, en especial páginas 117 y siguientes y *Anteproyecto de Modificaciones al Código de Procedimiento Penal*, elaborado en base al estudio anterior por

fondo de oficio en los casos de penas muy graves, cuando no hay recurso o éste es declarado inadmisibile, y únicamente en beneficio del reo<sup>5</sup>. Galecio reconoce que la facultad de casar de oficio representa una excepción al principio de la pasividad de los Tribunales, pero agrega que tal pasividad es propia del ámbito civil y no del penal. El precepto propuesto es del siguiente tenor:

“En los casos en que una Corte de Apelaciones hubiere aplicado una pena superior a quince años de presidio o reclusión, o diversas penas que sumadas se extiendan más allá de ese límite, una vez vencido el término para deducir el recurso de casación en el fondo sin que ninguna de las partes lo hubiere interpuesto, elevará los autos a la Corte Suprema, la que examinará de oficio si ha existido aplicación errónea de la ley en alguna de las formas previstas en el artículo 546, y si comprobare que así ha ocurrido con influencia en lo dispositivo en perjuicio del acusado, casará el fallo y dictará la sentencia de reemplazo que corresponda”.

“La Corte Suprema procederá previo dictamen de su Fiscal, poniendo la causa en tabla para su vista a fin de escuchar los alegatos de los defensores de las partes, si concurrieren a la audiencia”.

“Podrá también revisar de oficio la legalidad de todo fallo condenatorio, como si se hubiere interpuesto válidamente recurso de casación en el fondo por el reo, cuando el deducido por él fuere declarado inadmisibile, o cuando se hubiere intentado la casación sólo por el Ministerio Público o por las otras partes del juicio; y deberá hacer siempre

---

la Comisión de Reforma al Código de Procedimiento Penal en la que participaron en calidad de miembros, además de Rubén Galecio, Miguel Schweitzer, Julio Zenteno, Waldo Ortúzar, Ricardo Gálvez, Francisco Grisolia, Ignacio Echeverría, Guillermo Piedrabuena, y Raquel Camposano. Trabajo escrito por Rubén Galecio, (abril 1976), en particular páginas 109 y siguientes.

<sup>5</sup> Así ocurre en la legislación española de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 947 y siguientes.

esta revisión si se trata de una sentencia que impone las sanciones a que se refiere el inciso primero”<sup>6-7</sup>.

Ahora bien, digamos que, participando del contenido del texto propuesto, nos parece que tal facultad concedida al Tribunal de Casación debiera extenderse a todos los casos en que se hubiere impuesto una pena de aquellas que la ley asigna a los crímenes, o varias que sumadas alcancen esa extensión, lo que permitiría la revisión de la justicia del fallo en los casos de mayor gravedad.

2. El enjuiciamiento penal supone, desde un punto de vista lógico, que se llegue a la fase de decisión después de una serie de etapas que se pueden resumir en: establecimiento de los hechos de la causa, calificación jurídica de esos hechos (tanto la principal, referida al delito mismo, como otras calificaciones que podríamos llamar secundarias, que dicen relación con la participación, con modificatorias de responsabilidad criminal y otras) y, finalmente, la fijación o determinación de las consecuencias jurídicas, lo que se refleja generalmente en la pena. El error de derecho o infracción de la ley puede producirse en cualquiera de esas etapas de la decisión y, como es sabido, puede provenir de la contravención formal, la interpretación errónea o la falsa aplicación de la ley.

El recurso de casación en el fondo en materia penal queda planteado con el escrito de formalización. Este escrito, como expresa Ortúzar, “contiene el recurso y una vez interpuesto no puede hacerse en él variación de ningún género (art. 775 CPC)”<sup>8</sup>. La ley exige, en el art. 772 del CPC que se haga mención expresa y determinada de la

---

<sup>6</sup> La norma trascrita conforma el artículo 548 bis del Anteproyecto de Modificaciones al Código de Procedimiento Penal (n. 4).

<sup>7</sup> Acerca de los fundamentos y la conveniencia de la casación en el fondo de oficio, véase FARREN CORNEJO, Fernando, *¿Casación Fondo de Oficio?*, en Revista de Ciencias Jurídicas, (n. 3), p. 17 y siguientes.

<sup>8</sup> ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo, *Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal*, (n. 1) p. 190.

ley o leyes infringidas, de la forma como se ha producido la infracción y, por último, de la manera como la infracción influye en lo dispositivo del fallo. Para cumplir estas exigencias legales es preciso tener en consideración que este recurso, en el ámbito penal, está condicionado por el sistema de causales que enuncia el art. 546 del CPP, lo que le confiere una fisonomía particular porque de hecho será necesario indicar con absoluta precisión cuál motivo de casación es el que se invoca, no bastando con indicar la ley o leyes infringidas y la forma de esa infracción.

Esta particularidad es destacada por Ortúzar al expresar: "Los requisitos que hemos visto son los que exige el CPC y son aplicables a la materia penal. En materia civil ellos se cumplen más o menos libremente, dado el sistema de causal única y amplia que establece el CPC. Pero en materia penal, donde existe un precepto que consagra causales determinadas y precisas, la situación es diferente. Hay que tener presente en todo momento durante el desarrollo del recurso el sistema de infracciones que importa el artículo 546 del CPP"<sup>9</sup>.

Esto significa que es necesario encuadrar el concreto error o infracción que se denuncia con alguno de los motivos de casación expresados por la ley; tal proceso requiere de la mayor precisión, pues, aunque se señale una infracción que de hecho existe, si la causal que se indicó no es la que corresponde exactamente, el recurso fracasará irremisiblemente. Esta posibilidad se ve hoy día mitigada por la facultad establecida con el decreto ley 1.682.

3. Nos interesa ahora analizar, someramente, la situación que se produce cuando se alegan dos o más causales de casación. Tal posibilidad obliga, anticipadamente, a decidir si la pluralidad de motivos de casación puede o no darse respecto de una sentencia. En general, la proposición de una pluralidad de causales es perfectamente posible; basta con considerar que la sentencia impugnada puede contener

---

<sup>9</sup> ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo, *Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal*, (n. 1), p. 193-194.

varias infracciones de ley y que, por ello, es dable pensar que esas infracciones originen dos o más motivos de casación. Si las causales contienen diversos motivos de casación, deberán denunciarse todos. Basta observar para llegar a esta conclusión que los fundamentos y los motivos de cada causal serán diferentes. Así, puede existir una calificación equivocada del delito (causal 2ª), unida a un error de derecho al calificar los hechos constitutivos de una o más circunstancias atenuantes (parte de la causal 1ª), unido a otro error al fijar el grado de participación (otra parte de la causal 1ª) y, solamente a vía de ejemplo, error de derecho al determinar la naturaleza o grado de la pena como infracción autónoma o independiente de las anteriores (parte final de la causal 1ª). Este ejemplo, pudiendo imaginarse una infinidad de ellos, basta para demostrar que es posible la interposición de una pluralidad de causales.

Sin embargo, es preciso considerar que tal situación solamente podrá darse si se trata de causales compatibles, esto es, de motivos de casación que pueden existir simultáneamente, de modo que pueda haber pronunciamiento respecto de todos, pudiendo ser todos acogidos, lo que demuestra la existencia independiente y autónoma de ellos. Lo importante en este caso es que se señalen las infracciones y se las encuadre correctamente en la causal correspondiente. Lo que no es posible, a partir de una o más infracciones de ley, es pretender que ellas constituyen o configuran dos o más causales, porque existe ciertamente una relación de especialidad entre éstas, debiendo primar aquella que se refiera al caso singular. Este criterio es compartido por Ortúzar cuando indica: "Sin embargo, hay que examinar, ante todo, si es posible invocar dos o más causales. En general, ello es perfectamente posible, se pueden denunciar tantas infracciones o vicios legal como los tenga la sentencia; no hay ningún inconveniente legal que lo impida"<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo, *Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal*, (n. 1), p. 201.

El problema mayor se genera cuando se trata de causales incompatibles, esto es, cuando se pretende invocar motivos de casación que no pueden coexistir, pues la aceptación de uno importa el rechazo del otro; se trata, pues, de causales antagónicas, en las que existe una oposición conceptual que impide la existencia simultánea de ambas.

La jurisprudencia de la Corte Suprema es nutrida en esta materia. Resulta frecuente que el Tribunal de Casación declare que el recurso es inadmisibile por "planteamiento simultáneo de causales antinómicas o de causales subsidiarias"<sup>11</sup>; o bien "es inadmisibile la causal de casación en el fondo deducida en forma subsidiaria a otra"<sup>12</sup>; o cuando se expresa: "Las causales de casación deben ser ciertas y determinadas, requisitos que no se cumplen cuando se interponen unas como subsidiarias de otras, desde que, en tales condiciones no sería el recurrente el que señalara determinadamente la ley infringida, sino el Tribunal de Casación el que debiera escoger entre ellas cuál es la que ha sido violada"<sup>13</sup>. Con frecuencia se señala que no pueden plantearse causales antinómicas o subsidiarias, porque ello "importaría vaguedad y falta de determinación de las leyes que se suponen infringidas y de la forma como se ha producido la infracción que se denuncia"<sup>14,15</sup>.

Dentro de este esquema la Corte Suprema rechaza la proposición de dos o más causales cuando son incompatibles, no aceptando tampoco una formulación subsidiaria en tal

<sup>11</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, Corte Suprema, casación fondo, (diciembre de 1964), 2a. parte, sección 4a., p. 488.

<sup>12</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, Corte Suprema, casación fondo, (marzo 1956), 2a. parte, sección 4a., p. 38.

<sup>13</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, Corte Suprema, casación fondo (junio 1956), 2a. parte, sección 4a., p. 73.

<sup>14</sup> Véase la sentencia a la que se alude en la nota 11.

<sup>15</sup> Una larga secuencia de fallos en tal sentido puede encontrarse en OTERO LATHROP, José, *Código de Procedimiento Penal*, anotado, tomo 5º, Ediciones Albatros (1967), p. 12 y siguientes; también acontece otro tanto en los fallos consignados en ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo, *Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal*, (n. 1), p. 210 y siguientes y en las notas de éstas.

caso. Así acontece con frecuencia si se invocan las causales 1ª y 2ª junto con la 3ª (del art. 546 del CPPCh), pues en las primeras se razona sobre la base de que el delito existe, y en causal 3ª se supone precisamente lo contrario.

Ortúzar sostiene que “para considerar la compatibilidad o contradicción de las causales debe atenderse exclusivamente a que los vicios pueden darse simultáneamente en la sentencia, y que en el hecho se den”. Más adelante agrega: “Pero no puede darse, lógicamente, un error en cuanto a que la sentencia califique de delito hechos lícitos, y un error al calificar esos mismos hechos como un delito distinto del que verdaderamente constituyen. A ese respecto la sentencia puede contener sólo un error. O califica de delito hechos lícitos, o califica un delito por otro; pero es imposible que se cometan ambos errores a la vez”<sup>16</sup>. Es en este punto donde Waldo Ortúzar, reconociendo que tal imposibilidad podría ser salvada por la proposición subsidiaria, indica que “esto sería lo que estaría prohibido en casación, porque la proposición subsidiaria carece de certeza y de determinación. En la casación se está afirmando una infracción y se dice: La infracción es ésta, por tales y cuales razones. No parece lógico, en realidad, decir: la infracción sería ésta, por tales y cuales razones, y en caso de no ser ésta, sería esta otra, por estas otras cuales y tales razones”<sup>17</sup>. Con esta argumentación concluye que una proposición de tal naturaleza se destruye porque implica “dar a elegir dos hipótesis dudosas”.

No participamos de este punto de vista. Nos parece, por el contrario, que la crítica que se formula a la proposición subsidiaria se contradice a sí misma. En efecto, el planteamiento de varias causales bajo un esquema de subsidiariedad representa, precisamente, el reconocimiento de la imposibilidad de existencia simultánea; de allí que se proponga en el recurso un orden lógico para examinar la

<sup>16</sup> ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo, *Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal*, (n. 1), p. 214.

<sup>17</sup> ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo, *Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal*, (n. 1), p. 215.

existencia o inexistencia de las infracciones alegadas; más que ser un argumento para desestimar la proposición subsidiaria en el recurso de casación en el fondo, parece ser un rechazo a toda forma de proposición subsidiaria; las razones dadas no son privativas de esta manera de plantear el recurso, por el contrario, son aplicables a cualquier intento que signifique una argumentación de esa naturaleza.

Es sabido que es una norma en nuestro ordenamiento aquella que habilita para plantear dos o más alegaciones, con la única condición de que sean compatibles y, si no lo son, deben plantearse para que sean resueltas una como subsidiaria de la otra. El artículo 17 del Código de procedimiento civil así lo consagra y, de acuerdo al artículo 43 del Código de procedimiento penal, esa regla legal es aplicable al procedimiento penal por encontrarse dentro de las disposiciones comunes.

A lo anterior se agrega un precepto del Código de procedimiento penal, referido al escrito de contestación a la acusación, en el que se habilita al procesado para presentar una o más conclusiones con tal que sean compatibles entre sí o con tal que, si son incompatibles, las presente subsidiariamente, para el caso en que la sentencia deniegue la otra u otras (inciso 2º del art. 448).

Todo lo anterior nos hace pensar que, para que tal forma de proposición estuviera prohibida cuando se trata del recurso de casación en el fondo en materia penal, sería menester que existiera una norma expresa en tal sentido, la que, obviamente, no existe.

Tampoco es posible dejar al recurrente en la incómoda posición que involucraría tal prohibición; quien interpone el recurso de casación en el fondo en materia penal se encuentra obligado a señalar todas las infracciones legales que existen o que estime que existen en la sentencia, entendiendo que respecto de este punto puede tener un enfoque muy particular o una interpretación que, por ser suya, es personal y puede no coincidir con el juicio de derecho que se contenga en la resolución del Tribunal de Casación. Si el recurrente considera que los hechos probados no constituyen delito, ¿por qué negarle la posibilidad de invocar

esa causal? y, si es así, ¿por qué negarle que se enfrente anticipadamente a la alternativa de que la Corte Suprema rechace la causal alegada? Ello tiene particular incidencia en la justicia de la decisión, toda vez que el recurso queda definitivamente planteado con el escrito de formalización. En síntesis, no nos parece justo exigirle al recurrente que seleccione un motivo único de casación. Tal elección puede no coincidir con la decisión de la Corte Suprema, lo que, en la práctica, lo privaría de obtener un pronunciamiento respecto del motivo que a él se le presenta como subsidiario y que, para el Tribunal, puede ser el único que realmente existe.

Desde un punto de vista lógico, aceptando la imposibilidad de formulación subsidiaria para el exclusivo objeto de demostrar su fragilidad, podemos pensar en un proceso penal por un delito hipotético, con dos autores, ambos condenados por sentencia definitiva de segunda instancia. A cualquiera de ellos le estaría vedado recurrir de casación en el fondo alegando que los hechos no constituyen delito, o, en subsidio, que el delito sería otro de aquel que señale la sentencia si se sigue el criterio de la jurisprudencia. Sin embargo, podría ocurrir que uno de los procesados alegue exclusivamente el primer motivo, esto es, que los hechos no constituyen delito, y el segundo podría invocar, también en forma exclusiva, que los hechos configuran un delito diverso de aquel que señala el fallo recurrido. Dicho de otro modo, cada recurrente cumpliría con la exigencia de no proponer causales subsidiarias; sin embargo ¿qué ocurrirá en definitiva? Regirá lo dispuesto en el inciso 2º del art. 548 del Código de procedimiento penal, el que dispone que la nueva sentencia *aprovechará a los demás procesados* en lo que les sea favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados. Si partimos del supuesto que los varios procesados están en la misma situación, ocurrirá que la alegación del primer recurrente, si es acogida, beneficiaría a otro no obstante que éste no la alegó y, a la inversa, si se desecha esa alegación, pero se acoge la del segundo recurrente, beneficiaría también al que no la invocó. De este modo puede obser-

vase cómo un hecho accidental y circunstancial, cual es el de ser dos o más los procesados, va a alterar completamente la solución del caso concreto. Lo que estaría prohibido al procesado único, si intenta el recurso, se vería como algo permitido solamente por ser varios los procesados y haber alegado cada uno un motivo diverso, obviándose el riesgo de que no prospere el recurso por planteamiento subsidiario de causales. No creemos que se pueda sostener en ambos casos la justicia de la decisión penal por una razón circunstancial.

El caso que hemos propuesto podrá ser solucionado hoy día por la vía de la casación de oficio, lo que representa un palativo a la inconsecuencia antes denunciada, pero sin olvidarse que tal facultad solamente rige desde 1977; durante 70 años de vigencia del Código de procedimiento penal el Tribunal de Casación no habría podido actuar de esa manera.

En esta materia el proyecto Galecio propone agregar un precepto del siguiente tenor: "Podrán deducirse en un mismo recurso dos o más causales autorizadas por el artículo anterior, *conjunta, subsidiaria o alternativamente*. Sin embargo, si se cometiere error en el orden de relación en que se proponen las causales, el Tribunal estará obligado a fallar el recurso prescindiendo de que la invocación de una o más sea contradictoria con la de otra u otras".

"El tribunal, aun cuando acoja algún capítulo de casación, deberá pronunciarse sobre todos los vicios denunciados por el recurso que pudieren tener influencia en lo dispositivo de la sentencia de reemplazo"<sup>18</sup>.

Nos parece, pues, que esta proposición, que en estricto derecho no necesitaría de una formulación expresa, contiene el criterio que mejor se ajusta a los fines del recurso de casación en el fondo, a la lógica del sistema y a las normas positivas en actual vigencia, sin olvidar, desde luego, que la situación tiene una vía de solución, de reciente data, a través del mecanismo de la casación de oficio.

---

<sup>18</sup> Artículo 546 bis del Anteproyecto de Modificaciones al Código de Procedimiento Penal, (n. 4).