



Santiago, ocho de octubre de dos mil quince.

**VISTOS:**

Con fecha 21 de noviembre de 2014, Tomás Jocelyn-Holt Letelier ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los incisos primero, segundo, quinto y octavo del artículo 22 del DFL N° 707, de 1982, del Ministerio de Justicia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

**Preceptiva legal cuestionada.**

La preceptiva legal cuya aplicación se impugna dispone:

*"Artículo 22.- El librador deberá tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del Banco librado.*

*El librador que girare sin este requisito o retirare los fondos disponibles después de expedido el cheque, o girare sobre cuenta cerrada o no existente, o revocare el cheque por causales distintas de las señaladas en el artículo 26, y que no consignare fondos suficientes para atender al pago del cheque, de los intereses corrientes y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se le notifique el protesto, será sancionado con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal, debiendo aplicarse las del N° 3), aun cuando se trate de cantidades inferiores a las ahí indicadas.*

*El plazo a que se refiere el inciso anterior se suspenderá durante los días feriados.*

*En todo caso será responsable de los perjuicios irrogados al tenedor.*





No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición.

Los fondos deberán consignarse a la orden del Tribunal que intervino en las diligencias de notificación del protesto, el cual deberá entregarlos al tenedor sin más trámite.

Para todos los efectos legales, los delitos que se penan en la presente ley se entienden cometidos en el domicilio que el librador del cheque tenga registrado en el Banco.

El pago del cheque, los intereses corrientes y las costas judiciales, si las hubiere, constituirá causal de sobreseimiento definitivo, a menos que de los antecedentes aparezca en forma clara que el imputado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar. El sobreseimiento definitivo que se decrete en estos casos no dará lugar a la condena en costas prevista en el artículo 48 del Código Procesal Penal.



La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras adoptará medidas de carácter general conducentes a impedir que quienes fueren sobreseídos en conformidad al inciso 8° o condenados por infracción a este artículo, puedan abrir cuenta corriente bancaria durante los plazos que, según los casos, determine. El respectivo juez de garantía o tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso, comunicará a la Superintendencia la circunstancia de encontrarse una persona en alguna de las situaciones recién aludidas, dentro de tercero día de ejecutoriada la resolución correspondiente.

Asimismo, la Superintendencia dictará normas de carácter general destinadas a sancionar con multa a aquellos Bancos respecto de los cuales pueda presumirse que, por el número de cheques que protesten en cada semestre, no dan cumplimiento cabal a las instrucciones sobre apertura de cuentas corrientes bancarias."



### **Gestión pendiente.**

La gestión judicial invocada es un proceso penal simplificado sobre delito de giro doloso de cheques, que se sigue en contra del requirente en el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, bajo el RIT N° 8649-2014. Al momento de accionar constitucionalmente se encontraba fijada la audiencia de juicio oral simplificado para el 11 de diciembre de 2014.

### **Antecedentes de hecho.**

Expone el requirente que durante su campaña como candidato a la Presidencia de la República contrató para la inscripción, puesta en escena y producción de aquella a don Daniel Hoppmann Hurtado, en principio con cargo a los fondos de financiamiento estatal, pero que finalmente éste le exigió girar un cheque de su cuenta personal, por quince millones de pesos. Suscribió el cheque el 16 de octubre de 2014, para ser pagado en una fecha posterior a la liquidación del SERVEL, esto es, para ser cancelado el 11 de marzo de 2014, en la mutua convicción de obtener los fondos y pagarle a él y otros proveedores, cosa que se reveló imposible una vez entregado el resultado de la elección, motivo por el cual comenzó a renegociar y a buscar el cambio del cheque por un pagaré, de lo cual señala tener constancias vía correo electrónico.

Señala que se está en presencia de un cheque en garantía o a fecha diferida y que durante el mes de agosto de 2014 se enteró de que Daniel Hoppmann Hurtado interpuso en su contra querrela por giro doloso de cheques, la que fue declarada admisible.

Arguye que en etapa de conciliación ofreció 12 millones de pesos y la contraparte los rechazó.

Da cuenta de haber discusión en torno a la prueba, defectos en la querrela por el no ofrecimiento de ella y





de haberse rechazado las probanzas de la defensa tendientes a acreditar que el cheque fue entregado en garantía. Argumenta que solamente se admitió la prueba de cargo, esto es, el cheque materia de la causa, con su respectiva acta de protesto y copia autorizada de la gestión preparatoria de notificación de dicho protesto - sustanciada en sede civil, con la certificación de no pago por el requirente-; no se admitió prueba de descargo, ni se acogió la solicitud de sobreseimiento, toda vez que el juez penal entendió que el cheque es una orden de pago directa y no de garantía, última calidad que, en la especie, invoca el requirente respecto de dicho instrumento mercantil y que lo libraría de responsabilidad penal.

#### **Antecedentes de derecho.**

La parte requirente entrega abundantes antecedentes de la evolución legislativa del tipo penal referido en la preceptiva impugnada, constatando que en la Ley N° 3.485 se castigaba sólo si concurría dolo, admitiendo un giro culposo y estableciendo un sistema de presunciones legales para determinar la concurrencia del dolo.

Expone que la Ley N° 7.489 estableció la misma redacción que tienen los incisos segundo y quinto del texto actual y que el inciso octavo fue modificado por la Ley N° 19.806, para poder adecuarlo al nuevo sistema de enjuiciamiento penal.

Señala que la preceptiva impugnada tuvo por resultado una verdadera "objetivización del delito", porque eliminó las presunciones y suprimió la posible existencia de delito de giro culposo de cheques, presumiéndose de derecho la culpabilidad del girador.

**Disposiciones constitucionales que se denuncian como infringidas.**





Estima el requirente que la aplicación de la normativa impugnada vulneraría los principios constitucionales de legalidad, culpabilidad, prohibición de prisión por deudas y proporcionalidad, con la consiguiente infracción de las normas constitucionales que los consagran, esto es, los artículos 1º, inciso primero, 5º, 19, N°s 1º, 2º y 3º, en sus incisos séptimo y noveno, y 64, todos de la Carta Fundamental.

En cuanto al principio de legalidad penal y reserva legal de los delitos y las penas, del artículo 19, numeral 3º, incisos octavo y noveno, en relación a los artículos 5º y 64 de la Constitución Política, hace suya la exhortación a revisar la legislación delegada preconstitucional que formuló esta Magistratura (STC Rol N° 1191-08), referida a un requerimiento de inaplicabilidad de la norma que tipifica el delito de hurto de energía eléctrica.

Señala que fijar delitos y penas es indiscutiblemente una materia comprendida dentro de las garantías constitucionales, indelegables por mandato expreso del artículo 64 de la Carta Fundamental, que prohíbe normarlas vía legislación delegada, motivo por el cual los incisos primero y cuarto del precepto impugnado no pueden ser calificados como ley en sentido estricto, al emanar de un Decreto con Fuerza de Ley derivado de la Ley N° 18.127, de 1982, delegatoria de facultades, que además no contempló la posibilidad de establecer delitos.

A fojas 17 transcribe la mencionada ley delegatoria, constatando que habilitó a fijar textos refundidos, incorporando derogaciones expresas o tácitas y cambios formales.

Argumenta en torno a que la Constitución de 1980 no contempló una norma transitoria que dejara a salvo los Decretos con Fuerza de Ley anteriores a ella que se refieran a materias de delegación prohibida, lo cual hace más patente su inconstitucionalidad.





Concluye que en este caso no estamos en presencia de una ley en sentido estricto y, por ende, la preceptiva impugnada no puede ser fuente del derecho penal, recordando que las delegaciones de facultades legislativas ya eran cuestionables bajo la vigencia de la Carta de 1925, siendo consideradas inconstitucionales y desaconsejables políticamente, cosa que queda zanjada recién mediante la reforma constitucional del año 1970, haciéndose más patente en el texto del artículo 61 de la Constitución de 1980, actual artículo 64, al vedar sin excepción la delegación de facultades legislativas en materia de garantías constitucionales.

Agrega que el inciso cuarto impugnado, al establecer que no servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición, está excluyendo y limitando un elemento que es consustancial al tipo penal, el dolo o intención, en una limitación que además se formula vía decreto.

Alega como infringida la reserva de ley penal del artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación al artículo 5° de la Constitución Política, agregando que por vía de un decreto se hacen aplicables las penas establecidas para el delito de estafa.

Por otra parte, se alega como infringido el principio "*nulla poena sine culpa*", contenido en el inciso séptimo del numeral 3° del artículo 19, en relación al reconocimiento de la dignidad humana del artículo 1°, ambos de la Constitución Política.

Invoca el principio de culpabilidad y su función y concluye que la preceptiva impugnada establece un estatuto de responsabilidad penal objetiva, por lo que presume de derecho la responsabilidad penal y se impone una pena aflictiva a un acto o conducta carente de dolo y culpabilidad, que sería **atípico**, exponiendo que la





antigua redacción del tipo del artículo 22 en la Ley N° 3.845, de 1922, en este caso, exigía la concurrencia de dolo.

Expone que la preceptiva actual señala expresamente que el haber girado el cheque sin fecha o con fecha posterior a su expedición no exime de responsabilidad, confirmando que se está frente a un tipo de **"responsabilidad objetiva"**, lo que se confirma al permitir el sobreseimiento si se paga y al mismo tiempo prohibirlo cuando aparece que existió "ánimo" de defraudar.

Arguye que, para un sector de la doctrina, el cheque es una orden de pago, por lo que si se entrega en garantía no tiene protección penal al ser un instrumento de crédito. Agrega que se produce una imposibilidad de prueba al establecer el precepto que: ***"No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición"***, pues no podrá probar la circunstancia de haberse girado el cheque a fecha o en garantía con el fin de descartar el dolo en la conducta en cuestión.

Aléga como vulnerada la prohibición de la prisión por deudas, a la luz del artículo 19 de la Carta Fundamental, en sus numerales 1° y 7°, en relación a su artículo 5°, inciso segundo. Argumenta que a partir de las garantías de la integridad física y síquica, de la libertad personal y de la seguridad individual se construye la prohibición de la prisión por deudas en relación a los artículos 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Señala que esta última no distingue la fuente de la deuda y que dicha norma cobra mayor relevancia en el caso de deudas convencionales, pues es claro que el incumplimiento contractual civil no puede tener sanción penal. En este punto, se hace cargo de lo razonado por este Tribunal en la sentencia Rol N°





519, respecto de la legitimidad de las órdenes de arresto como medida de apremio para el pago de cotizaciones previsionales, señalando que es una situación diversa a la presentada en el requerimiento, pues la obligación surgida por las deudas previsionales es de interés general, con gran trascendencia para los derechos de la seguridad social contemplados en la propia Carta Fundamental, motivo por el cual no puede asimilarse a una deuda que deriva de un simple contrato entre privados.

En cuanto al principio de proporcionalidad de los delitos y las penas, invoca como infringidos los numerales 2° y 3° del artículo 19, en relación al artículo 5°, inciso segundo, ambos de la Constitución Política. Expone que en materia penal la intervención limitativa de la ley sobre los derechos fundamentales es válida solamente si cumple con a lo menos tres requisitos que pueden ser evaluados a la hora de determinar la correspondencia de la ley con la norma constitucional: i) que la limitación constituya un medio idóneo para el fin perseguido por el legislador [idoneidad]; ii) que la limitación sea además necesaria [necesariedad]; y iii) que exista proporcionalidad entre los costos y beneficios perseguidos con la limitación [proporcionalidad en sentido estricto ).



Expone que la criminalización del no pago es inidónea para proteger el interés del acreedor, que la pena es innecesaria al haber vías menos lesivas para tal objeto (casos de pagaré y letra de cambio) y que en sentido estricto la entidad de la conducta y la sanción que se asigna también aparecen desproporcionadas, sobre todo si en materia de letras y pagarés para su no pago no existe pena de prisión.

**Admisión a trámite y admisibilidad.**

Acogido a tramitación el requerimiento, la Primera Sala de este Tribunal ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión invocada y confirió traslado





para resolver acerca de la admisibilidad, el cual no fue evacuado.

**Traslado sobre el fondo del conflicto.**

Posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado, el cual tampoco fue evacuado.

**Autos en relación.**

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

**Vista de la causa.**

Con fecha 5 de mayo pasado, se verificó la vista de la causa, alegando por la parte requirente el abogado Cristián De Feudis y por la parte requerida el abogado Fernando Morales.

**Medida para mejor resolver.**

Como medida para mejor resolver, se requirió al Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago que remitiera copia del audio de la audiencia de preparación del juicio oral simplificado.

**Acuerdo.**

Cumplida la medida para mejor resolver, se procedió a la adopción del acuerdo.

**CONSIDERANDO:**

**I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.**

**PRIMERO:** Que el conflicto planteado por el requirente se encuentra centrado en la aplicación práctica del artículo 22 del DFL N°707, que refundió y sistematizó la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, concretamente respecto de la configuración de un delito de acción penal privada y se hace consistir en que dicho precepto vulneraría derechos y garantías fundamentales, invocando al efecto el quebrantamiento del principio de legalidad penal y de reserva, contenido en los incisos octavo y noveno del artículo 19, N°3°, de la





Constitución, como también la afectación del principio de culpabilidad consagrado en el mismo artículo 19, N°3°, inciso séptimo, y en el artículo 1° de la Constitución, para cuya dilucidación es menester acudir tanto a la exégesis de preceptos constitucionales como a la jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia;

**SEGUNDO:** Que, en este mismo orden de ideas, la invocación de preceptos constitucionales remite a fuentes normativas relevantes para resolver el conflicto planteado a fojas 1 y siguientes de estos autos, más aun si se tiene presente que tanto el principio de legalidad como el de culpabilidad tienen su raíz dispositiva en la Constitución Política y en la dogmática que emana de su interpretación realizada por los tribunales constitucionales;



**TERCERO:** Que el control de la racionalidad legislativa penal puede lograrse, sin duda, a través de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una ley o de alguno de sus preceptos, llevada a cabo por este Tribunal Constitucional. Y resulta obvio en el análisis de las vías y la intensidad con que esta Magistratura procede al citado control, lo cual conduce a diferenciar entre las resoluciones que versan sobre el cumplimiento de determinados requisitos procedimentales o formales, y aquellas otras que entran en el análisis de compatibilidad de los contenidos de la ley con valores o principios constitucionales;

**CUARTO:** Que resulta adecuado recordar el rígido marco conceptual que este control constitucional nunca puede abandonar: se trata de verificar la compatibilidad entre los preceptos de nuestra Ley Fundamental y determinadas decisiones del legislador ordinario en materia penal. Cualquier pretensión de sacar conclusiones



que no tengan apoyo directo en los valores, principios o reglas constitucionales deberá buscar otro referente de legitimidad (José Luis Díez Ripollés, La Racionalidad de las Leyes Penales, Editorial Trotta, Madrid, Segunda Edición Ampliada, 2013, p. 211).

Que el control judicial de constitucionalidad parte de la base de la concepción deliberativa de la democracia, que le da prioridad epistémica sobre el proceso judicial, lo que ha determinado que de las condiciones de esa misma concepción se derivan causales importantes para habilitar la revisión judicial de las leyes y de otras normas democráticas.

El juez debe ponderar permanentemente hasta qué punto da preferencia a la continuidad de la práctica sobre su perfeccionamiento; hasta qué punto el proceso democrático es lo suficientemente apto como para confiar en su determinación sobre los principios, a la luz de los cuales la práctica debe ser perfeccionada; en qué medida ese proceso debe corregirse y profundizarse; hasta qué punto esa corrección y profundización socava la continuidad de la práctica; en qué medida la autonomía individual está lesionada por el fundamento de una decisión democrática, etcétera (Carlos Santiago Nino, Fundamentos de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, 4ª Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, p.704).

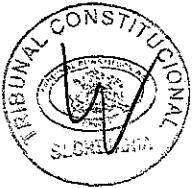
Que en ese sentido, no es el fondo del asunto lo analizado ni menos la pretensión de una adecuación típica, sino aquellos elementos propios de la competencia de este órgano de control de constitucionalidad, que razona y emite pronunciamiento sobre la norma inconstitucional inaplicable en la litis concreta;

## II.- CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD.





**QUINTO:** Que el requirente ha formulado diversas impugnaciones. La primera es que la limitación y privación de derechos fundamentales mediante la tipificación de un delito y la imposición de una pena privativa de libertad violentan el principio de legalidad y reserva legal; una segunda observación es que la sanción penal de una conducta desprovista de dolo, como es el giro de un cheque a fecha o en garantía, infringe el principio de culpabilidad, estableciendo una verdadera responsabilidad objetiva, lo cual se consolida con la ausencia de un elemento en el tipo, esencial en todo el accionar del ius puniendi en un Estado de Derecho. En tercer término, alega que la imposición de una pena privativa de libertad implica, al tenor del artículo 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, una prisión por deudas por incumplimiento de contrato, situación repudiada por la Constitución en el artículo 19, N°s 1° y 7°, en relación al artículo 5°, inciso segundo, de la propia Carta Fundamental. Por último, invoca que el establecimiento de un tipo penal y una sanción penal como la contemplada en el artículo 467 del código punitivo implica una infracción al principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 19, N°s 2° y 3°, del estatuto constitucional;



### III.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

**SEXTO:** Que nuestra Carta Fundamental consagra el principio de legalidad en su artículo 19, N°3°, incisos octavo y noveno, lo cual garantiza lo que la doctrina penal denomina "tipo penal" (legal) y "tipicidad."

El tipo penal comprende el conjunto de elementos que integran la descripción legal de un delito. La tipicidad es la adecuación de una conducta del mundo



real a esa descripción legal; luego, a través del concepto de tipicidad se expresa la relevancia de una determinada conducta para el derecho penal, en el sentido de que ella pueda ser subsumida en una descripción o tipo legal (Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2013, p. 183);

**SÉPTIMO:** Que la estructura de los tipos penales se desarrolla a través de la presencia de un sujeto activo que realiza una conducta que se estima lesiva para un bien jurídico, conducta ésta con un sello valorativo asociado a la producción de determinados resultados o a la concurrencia de ciertas circunstancias; es relevante la referencia al objeto sobre el cual recae la conducta y, en algunos casos, también la presencia de elementos normativos en la descripción legal.



Del mismo modo, es relevante el núcleo o verbo rector, que es la descripción de la conducta punible, la acción u omisión sancionada que ha de tenerse en consideración en el momento de la calificación del ilícito;

**OCTAVO:** Que, en definitiva, el principio de legalidad en materia penal se asocia con la denominada "lex certa", cuya exigibilidad implica que el tipo ha de ser suficiente, es decir, que ha de contener una descripción de sus elementos esenciales; y si tal hipótesis no sucede, se produce una segunda modalidad de incumplimiento del mandato de tipificación: la insuficiencia; sin perjuicio de que exista un sistema de remisión o de tipificación reglamentaria que ayuda a la conformación total del acto de tipificación, cumpliendo de esta manera con la exigencia de seguridad jurídica en



la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta;

**NOVENO:** Que la garantía del principio de legalidad en la Constitución literalmente denota que el precepto de carácter penal exige no sólo la garantía de la suficiente tipificación criminal y la exigencia de irretroactividad de la ley penal, sino también que la norma penal debe tener un rango determinado en el sentido estricto, que la conducta descrita sea inteligible y concebida en un lenguaje de fácil acceso al ciudadano, de forma tal que su inteligibilidad no merezca duda;

**DÉCIMO:** Que la estructura del tipo se subdivide en tipo objetivo y tipo subjetivo, siendo el primero de los citados, en los delitos de actividad, la acción u omisión y los elementos concomitantes a la acción específica del delito. Al analizar el tipo objetivo, no sólo hay que hacer la subsunción de la conducta en la descripción del resultado específico del delito. En cambio, en el delito de resultado, como regla general, la acusación del resultado es descriptiva con el vocablo de actividad, por ejemplo, matar, maltratar, lesionar, encerrar, sustraer, etc.

A su vez, existe el referente subjetivo del tipo penal, consistente en que "el ilícito de un delito doloso se caracteriza por la decisión consciente del autor en favor del acontecer descrito en el tipo objetivo" (Helmut Frister, Derecho Penal. Parte General, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 219). Del mismo modo puede presentarse la imprudencia como conocibilidad. Sólo se lo emplea para denominar la relación de una persona con un hecho valorado negativamente. El componente valorativo contenido en el concepto de la imprudencia, propio del lenguaje coloquial, ha conducido a que, en los delitos imprudentes





-a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos- no se distinga hasta hoy, de modo suficientemente claro, entre el acontecer objetivo presupuesto para la punibilidad y la relación, necesaria para la imprudencia, del autor con ese acontecer (Helmut Frister, op., cit., p. 250). La opinión dominante ve la esencia de la imprudencia en una "lesión al deber de cuidado", es decir, en una conducta contraria al deber en relación con el bien jurídico protegido (Código Civil Alemán, §276, II, BGB, que dice: "actúa imprudentemente quien no presta el cuidado requerido en el ámbito de relación");

#### IV.- ORÍGENES Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY SOBRE CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS Y CHEQUES.



DECIMOPRIMERO: Que, en nuestro país, la historia legislativa del cheque comienza con una moción presentada el 26 de julio de 1869, por el Diputado de Chillán don Enrique Cood. El contenido de la indicación resulta de singular importancia por cuanto reseña los diversos problemas que originaba la circulación no reglamentada del cheque. "Junto con el establecimiento de los Bancos se introdujo entre nosotros una especie de libranza, a que se dio el nombre extranjero de cheque. Más tarde la Ley de Papel, al enumerar al cheque entre los documentos exentos de impuestos, legalizó su existencia jurídica, pero sin reglamentarlo ni definirlo. Por consiguiente, sin señalar de manera clara y precisa sus diferencias con la letra de cambio y con la libranza común."

"En la práctica, semejante confusión puede ser fuente de litigios de serias dificultades; y es urgente llenar el vacío que se nota en esta parte de la legislación, dictando algunas disposiciones que dejen bien determinados los caracteres esenciales del cheque".



Las dificultades a que alude el Diputado Cood se concretaban principalmente en la incertidumbre acerca de la validez de las acciones derivadas del cheque. "Nada había en estos documentos que permitiera conocer por su solo examen si se había dado en pago de una obligación del librador para con el beneficiario o si se les había girado en comisión de cobranza; de modo que el cheque no daba acción al beneficiario contra el librado en caso de no pago cuando se trataba de cheque-pago, ni al librador contra el beneficiario cuando se trataba de un cheque-mandato, porque no se sabía qué carácter tenía" (Gaceta Jurídica, N°17, Mario Verdugo Marinkovic, Santiago de Chile, año 1978, pág. 7).

Desde el punto de vista penal, los autores estimaban que el no pago del cheque por falta de provisión de fondos debía sancionarse como estafa al tenor de los artículos 467 y 468 del Código Penal. "Pero en este caso es necesario que haya fraude, es decir, la intención positiva, manifiesta, de engañar a otro. Los errores de cuenta o cualquier otra circunstancia semejante que induzca a una persona a girar un cheque sin provisión de fondos, no le imponen sino la responsabilidad de reparar su equivocación con el pago de perjuicios, si hubiere lugar a ellos".

Los tribunales aplicaban igual criterio en sus fallos: "No comete estafa el que gira un cheque sin fondos y lo da en pago, si no aparece suficientemente acreditado que haya habido engaño". (Gaceta de los Tribunales, 1918, Tomo II, pág. 1403, Sentencia N°438 del Juzgado de Tacna). O bien, "el hecho de haber girado un cheque en descubierto para solucionar con él suma que debía pagarse a virtud de un contrato obligatorio es un acto que reúne y lleva en sí los requisitos constitutivos y esenciales de delito de estafa, pues se ha usado un engaño consistente en la simulación de un depósito de que







se carece". (Gaceta de los Tribunales, Tomo II, pág. 661, Sentencia N°418, Juzgado de Iquique).

Los proyectos de don Valentín Letelier (1890), de don Ramón Santelices (1892), de don Manuel Salas Lavaqui (1904) procuraron regularizar la anónima existencia jurídica del cheque, pero sólo el que propusiera el Presidente don Ramón Barros Luco, en 1913, habría de llegar a materializarse en ley;

**DECIMOSEGUNDO:** Que, luego, la Ley N° 7.498 instauró la compleja protección legal que se otorgó al cheque para solucionar las dificultades que impedían que este documento desempeñara en la práctica los objetivos a que estaba destinado. Se había creado un verdadero ambiente de desconfianza y el público se resistía a aceptarlo como medio de solucionar obligaciones.

Diversas modificaciones introducidas a la Ley N° 3.845 no contribuyeron mayormente a clarificar la ambigüedad de sus principales disposiciones.

En 1942, el Presidente de la República solicitó al Congreso Nacional facultades económicas especiales. Expresaba el Mensaje respectivo: "la dirección de la economía nacional no ha recibido hasta ahora una organización adecuada, y es así como se encuentran pendientes, en espera de solución, problemas entre los cuales puedo señalar los que se refieren a las actuales dificultades en la circulación de los medios de pago."

"En relación con el crédito, se puede adelantar que el circulante de moneda alcanza a 1.800 millones de pesos, de los cuales se encuentran en poder del público alrededor de 1.400.000.000 de pesos y sólo 400 millones de pesos en las Cajas de los Bancos, lo que significa una restricción del crédito y una inmoderada elevación de los intereses". (Gaceta Jurídica, op. cit., p. 8).





Como un medio para estimular los depósitos bancarios el Ejecutivo estimó conveniente incluir en el Proyecto de Facultades Económicas Especiales una indicación tendiente a modificar la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

El alcance y espíritu del proyecto se resume en los siguientes pasajes del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado: *"la indicación en referencia tiene por objeto, en grandes líneas, fomentar el uso del cheque, haciendo de él un instrumento de circulación tan expedito, seguro y fácil, que virtualmente equivalga a un billete."*

El proyecto propuesto por el Ejecutivo experimentó fundamentales modificaciones durante la discusión en el Congreso y en definitiva fue publicado como Ley de la República en el Diario Oficial N° 19.646 de 30 de agosto de 1943, con el N° 7.498.



En virtud de la autorización concedida por el artículo 2° de la misma Ley N° 7.498, se dictó el Decreto de Hacienda N° 3.777, de 3 de noviembre de 1943, por el cual se refunden en un solo texto las disposiciones que quedaron vigentes de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques (cuyo texto se encontraba fijado en el Decreto Supremo N° 394, de 23 de marzo de 1926), con las de la precitada Ley N° 7.498. (Diario Oficial N° 19.716, de 24 de noviembre de 1943);

**DECIMOTERCERO:** Que, posteriormente, la reforma introducida por la Ley N° 14.601, de 16 de agosto de 1961, ordenó agregar un nuevo inciso al artículo 22.

El precepto reconoce su origen en una moción del Diputado Raúl Juliet, quien después de recordar que el legislador confirió acción pública para perseguir la responsabilidad penal del librador que cometiere los



delitos consignados en el artículo 22 de la Ley de Cheques, a fin de establecer una mayor seriedad a los emanados de la cuenta bancaria, termina proponiendo que se les califique entre los delitos de acción privada (artículo 18 del Código de Procedimiento Penal).

Se señalaron en la ocasión como fundamentos del proyecto propuesto: a) "La sociedad no tiene motivos para ser vindicada por los delitos creados por la Ley de Cheques; ellos, en estricto derecho y doctrina pura, sólo deben ser perseguidos por la persona ofendida o su representante legal"; b) Cuando el querellante ha sido satisfecho pecuniariamente por el querellado, es corriente que se solicite de común acuerdo la nulidad de la notificación, trámite que generalmente se fundamenta en hechos inexactos, lo que desprestigia a la administración de justicia; c) Los tribunales se ven recargados de trabajo sin objeto práctico atendible. (Boletín Cámara de Diputados, Sesión IV Extr., 13 de noviembre de 1951).



La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados discrepó de la moción del Diputado Juliet y sostuvo que en doctrina las infracciones al artículo 22 de Ley de Cheques constituyen delitos de acción pública. Además, hizo presentes los inconvenientes de orden procesal que se presentarían, pues en los delitos de acción privada el sumario es público y se exige una actividad constante del querellante, so pena de tenerlo por desistido. (La Comisión contó con el asesoramiento del Ministro de Justicia, Julio Philipi I., y del abogado de ese Ministerio, Manuel Guzmán Vial; Bol. Cámara de Diputados, Sesión XXXI Ord., 28 de julio de 1959).

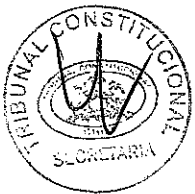
En el mismo informe la Comisión, tomando como base una moción del Diputado don Edmundo Eluchans,



propuso la siguiente redacción para el nuevo inciso: "Se sobreseerá definitivamente, o se dictará sentencia absolutoria, en su caso, respecto de los procesados que hubieren pagado los cheques adeudados y las costas, cuando pueda presumirse que la mora en el pago no se deba a malicia ni intención positiva de burlar al acreedor; y si hubiere recaído sentencia de término, los jueces respectivos dictarán resolución suspendiendo la pena corporal que se haya impuesto en ella".

El proyecto recomendado por la Comisión fue aprobado en ambas Cámaras sin modificación, pero fue vetado por el Presidente de la República: "El proyecto que me ha sido comunicado altera aparentemente la naturaleza del delito aludido en cuanto no hace depender del hecho de haber sido girado o revocado el cheque la contravención a la ley, sino de una intención subjetiva maliciosa en el no pago oportuno. Si se desvirtúa así esta figura delictiva, se llega a la conclusión, inaceptable, de que pueda favorecer con la absolución o el sobreseimiento que el proyecto consulta, incluso a las personas que han girado el cheque con intención delictual manifiesta, siempre que, notificado el protesto, puedan alegar alguna causal ajena a su voluntad que les impida solventar lo debido".

El mensaje de observaciones del Ejecutivo agrega que: "sin alterar los principios jurídicos expuestos es posible dar a la idea contemplada en el proyecto un contenido que permita a los tribunales atenuar el rigor de la sanción penal en los casos calificados, y siempre que se reúnan ciertos requisitos establecidos por la ciencia penal en instituciones análogas a la que en esta oportunidad contempla". Al efecto propone la siguiente redacción: "Se sobreseerá definitivamente o se dictará sentencia absolutoria, en su caso, respecto de los procesados que hubieren pagado los





cheques adeudados y las costas, cuando pueda presumirse fundadamente que giraron dichos documentos sin el ánimo de lucrar en perjuicio del acreedor y siempre que concurren los siguientes requisitos: 1°.- Que el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito; 2° Que los antecedentes personales del reo y la naturaleza, circunstancias y móviles del delito, permitan presumir que no volverá a delinquir, y 3°.- Que el reo no haya obtenido sobreseimiento o absolucón anterior, fundado en la causal que consulta el presente artículo". (Para fundamentar el veto el Ejecutivo consultó a una Comisión del Instituto de Ciencias Penales, Superintendencia de Bancos y profesionales universitarios. Bol. Cámara de Diputados, Sesión IS Extr., 28 de octubre de 1959);



**DECIMOCUARTO:** Que, por su parte, la reforma introducida por la Ley N° 17.422 (2 de abril de 1971) señala que el proyecto modificadorio tuvo su origen en una moción presentada por el Diputado Luis Tejeda, quien después de analizar las diversas enmiendas introducidas a la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, "las que tuvieron como objetivo dar al cheque las garantías de seriedad y responsabilidad", concluye que muchas de ellas se desnaturalizaron en la práctica "y tan pronto se fueron extremando o haciendo más drásticas las medidas penales contra los giradores de cheques que por una u otra razón no pudieron cubrirlos en su oportunidad, el cheque pasó a utilizarse como instrumento de usura y se restableció, de hecho, en Chile, la prisión por deudas". Es más, "se llegó al extremo de impedir la excarcelación de los procesados por la ley de cheques, a menos que se caucionaren previamente el importe del cheque o cheques protestados, lo que no ocurre en los demás casos de estafa, y es así como hay en las cárceles de Chile centenares de procesados que no pueden obtener su



*libertad bajo fianza por las disposiciones inhumanas de esta ley".*

Termina expresando el parlamentario que, en su concepto personal, el artículo 22 debe lisa y llanamente derogarse, pero que para facilitar la aprobación se ha limitado a proponer una moción que *"se limita a humanizar esta ley"*. (Boletín Cámara de Diputados, Ord., 1965, Vol. II, p. 1906).

Promulgada por el Ejecutivo con fecha 1° de abril de 1971, la ley fue publicada en el Diario Oficial del día 2 del mismo mes. El texto es el siguiente:

"ARTÍCULO: Modifícase la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, cuyo texto refundido fue fijado por el Decreto Supremo de Hacienda N° 3.777, de 3 de noviembre de 1943, publicado en el "Diario Oficial" de 24 de noviembre de 1943, en la forma siguiente:

a) Intercálase, como inciso segundo del artículo 10, el siguiente:

*"El cheque es siempre pagadero a la vista. Cualquiera mención contraria se tendrá por no escrita. El cheque presentado al cobro antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el día de la presentación"*.

b) Sustitúyese el inciso final del artículo 22 por los siguientes:

*"En cualquier momento en que el procesado o condenado pague el cheque y las costas judiciales, el juez sobreseerá definitivamente, a menos que de los antecedentes del proceso aparezca en forma clara que el reo ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar. El trámite de la consulta, en los casos en que proceda, no obstará a la libertad del reo, la que deberá ser decretada de inmediato y sin fianza. La consulta será*





conocida en cuenta y no se requerirá dictamen del Fiscal. En los procesos a que se refiere este artículo, el juez regulará prudencialmente las costas, sin atenerse a los montos mínimos que resulten de la aplicación de la legislación vigente.

La Superintendencia de Bancos adoptará medidas de carácter general conducentes a impedir que quienes fueron sobreseídos en conformidad al inciso octavo o condenados por infracción a este artículo, puedan abrir cuenta corriente bancaria durante los plazos que, según los casos, determine. El tribunal respectivo comunicará a la Superintendencia la circunstancia de encontrarse una persona en alguna de las situaciones recién aludidas, dentro del tercero día de ejecutoriada la resolución correspondiente.



Asimismo, la Superintendencia dictará normas de carácter general destinadas a sancionar con multa a aquellos Bancos respecto de los cuales pueda presumirse que, por el número de cheques que protestan en cada semestre, no dan cumplimiento cabal a las instrucciones sobre apertura de cuentas corrientes bancarias.".

c) Sustitúyese el artículo 45 por el siguiente: "En los procesos criminales por los delitos contemplados en los artículos 22 y 44 procederá la excarcelación de acuerdo con las reglas generales. Además, se exigirá caución y no se admitirá otra que no sea un depósito de dinero o efectos públicos de un valor comercial equivalente. Dicha caución no podrá ser superior al 50% del importe del cheque y de las costas judiciales, y se regulará atendiendo a las facultades económicas del reo.

Transcurridos tres meses desde el día en que el procesado fuere sometido a prisión preventiva podrá otorgarse la excarcelación en conformidad con las reglas generales.



La responsabilidad civil del librador podrá hacerse efectiva sobre la caución a que se refiere este artículo." (Gaceta Jurídica N°18, Mario Verdugo Marinkovic, 1978, p. 2);

#### V.- CULPABILIDAD.

DECIMOQUINTO: Que, siendo el principio de culpabilidad uno de los principios fundamentales del Derecho Penal y constituyendo una exigencia absoluta que debe encontrar su correspondiente base constitucional. el artículo 19, N°3°, de la Carta Fundamental, al expresar que "la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal", está consolidando el principio de "dignidad humana", en la medida que, en un sentido amplio, bajo la expresión "principio de culpabilidad" pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuestos de la pena, que pueda "culpase" a quien la sufra del hecho que la motiva. En sentido procesal, sólo es "culpable" quien no es "inocente", y la enervación de la "presunción de inocencia" - una garantía constitucional fundamental proclamada en el artículo 19, N°3°, incisos octavo y final, de la Constitución- requiere la prueba de la "culpabilidad" del imputado, que en este sentido incluye la prueba de todos los elementos del delito. En Derecho Penal material el principio de culpabilidad tiene un sentido más restringido, puesto que no se refiere a la necesidad de la lesión típica, pero en su sentido amplio comprende diversas exigencias que condicionan la posibilidad de "culpar" a alguien de dicha lesión (Santiago Mir Puig, Bases Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Iustel, Madrid, España, 2011, págs. 125-126).

En resumen, el principio de culpabilidad tiene un alcance limitador, en el sentido de exigir la







conurrencia de todos aquellos presupuestos que permiten "culpar", esto es, imputar a alguien el daño del delito, y tales presupuestos afectan a todas las categorías del concepto de delito;

**DECIMOSEXTO:** Esta Magistratura, al referirse a la culpabilidad como principio, en el entendido de la subjetividad del ilícito penal, ha señalado en la sentencia STC Rol N° 519, al analizar la figura penal del artículo 13 de la Ley N° 17.322, lo siguiente:

**"CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO:** (...) En efecto, el tipo se configura por un sujeto activo y uno pasivo, siendo el primero quien se apropia o distrae el dinero de las cotizaciones descontadas de la remuneración del trabajador, mientras que el segundo es el titular del bien jurídico afectado, es decir, el dueño de las cotizaciones previsionales, siendo estas últimas el objeto material del delito. Por su parte, el delito tiene núcleos típicos o verbos rectores alternativos: "apropiar" o "distraer", los cuales, según Manuel de Rivacoba y Rivacoba, se reducen en el fondo a una sola y misma acción, la de apropiarse, de la que la distracción es una modalidad irrelevante jurídicamente, sin más diferencias que la verbal, ni efectos y trascendencia penal distintos, formada por el simple propósito secundario de atribuir a la toma de posesión un alcance restringido en el tiempo, mediante la restitución o devolución del objeto material (Apropiación indebida de cotizaciones previsionales, Gaceta Jurídica 241, 2000, p. 14). A su turno, la antijuridicidad viene dada por la acción injusta de apropiarse o distraer cotizaciones previsionales, con lo que se lesiona el bien jurídico protegido, en este caso la propiedad. Por último, en lo que se refiere al elemento de la culpabilidad de acuerdo al profesor Mario Garrido Montt, es esencial que el sujeto activo se apropie de un bien mueble con el ánimo





*rem sibi abendi, o sea, de señor y dueño* (Derecho Penal, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, pág. 371);

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que de lo dicho puede concluirse que, dado el hecho del pago total o parcial de las remuneraciones (hecho conocido), la ley presume de derecho únicamente que se han descontado las respectivas cotizaciones previsionales (hecho presumido), pero en modo alguno una responsabilidad penal de quien ha debido pagar tales remuneraciones. Dicho en otras palabras, la ley presume de derecho únicamente una conducta (acción) que posterior y eventualmente podría dar lugar a una responsabilidad penal, si es que concurren el resto de los presupuestos del delito, pero no presume en forma alguna la responsabilidad penal misma. En efecto, el que la ley presuma el haberse efectuado los descuentos de los dineros para el pago de cotizaciones previsionales, no es lo mismo que decir que la ley presume de derecho el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad del empleador."



Y, en el mismo sentido, la STC Rol N° 2535 expresa en el considerando TRIGESIMOSEGUNDO: "Que el tercer reproche de los requirentes guarda relación con que el precepto impugnado, en su aplicación, resultaría atentatorio del principio de culpabilidad, "al castigar como autores de un delito que exige una conducta dolosa a quienes se les atribuye una conducta culposa, presumiendo de derecho la comisión de un delito doloso cuando sólo ha existido culpa."

DECIMOSÉPTIMO: Que, sistematizando el principio de culpabilidad, éste constituye un último límite, de naturaleza subjetiva, a la criminalización: **nullum crimen, nulla poena sine culpa.**

En concreto, la existencia de uno o más bienes jurídicos de cierta entidad que son dignos de tutela



penal frente a determinadas agresiones, que la pena se muestre como un instrumento idóneo de protección, que no puedan percibirse modos de intervención menos lesivos, y que la respuesta penal sea globalmente proporcionada, tienen como contrapartida la **culpabilidad**, la cual, en un juicio de ponderación, establece que la relación de causalidad que permite adscripción material de una acción a una persona, la **imputabilidad** que hace de ella un sujeto **capaz de entender y de querer**, y la **intención o culpabilidad propiamente dicha**, que se refiere a la conciencia y voluntad de la participación en un concreto delito, son todos elementos que operan como un límite externo a la proporcionalidad (Luis Prieto Sanchís, Garantismo y Derecho Penal, Editorial Iustel, Madrid, 2011, pág. 133).



La culpabilidad, que es un fruto del proceso de civilización de la cultura jurídica, desempeña en el Derecho Penal el papel que en nuestra Carta Fundamental se asigna al principio de la dignidad humana en su artículo 1°;

#### VI.- PROHIBICIÓN DE PRISIÓN POR DEUDAS.

**DECIMOCTAVO:** Que, en relación a la temática de la prisión por deudas, esta Magistratura ha señalado: *"Los tratados internacionales que prohíben la prisión por deudas tienen por objetivo que no se utilice el poder coactivo del Estado en obligaciones netamente civiles donde rige la voluntad de las partes. Sin embargo, la obligación de cotizar es un deber de orden público que persigue el interés público, por lo que no hay vulneración a los tratados."* (STC Rol N° 576, considerandos 25° a 29°). Y agrega: *"La prohibición de la prisión por deudas abarca a las obligaciones contractuales y no a las indemnizaciones por daños."*



De la sola lectura del texto de la norma del Pacto de San José de Costa Rica fluye inequívoco su sentido: prohibir que una persona pueda sufrir privación de libertad como consecuencia del no pago de una obligación contractual. Lo prohibido es que la conducta de no pagar una obligación pecuniaria sea tratada jurídicamente como causa de una sanción privativa de libertad. Así, no sería privado de libertad en razón de no pagar una deuda, sino por la comisión de un delito, quien ha sido descubierto manejando en estado de ebriedad causando la muerte de una persona. (STC Rol N° 519, c. 25°). (En el mismo sentido, STC Rol N° 576, c. 27°, STC Rol N° 807, c. 13°, STC Rol N° 1145, c. 25°, STC Rol N° 1971, c. 12°).



La prisión por deudas está prohibida por tratados internacionales ratificados por Chile, ya que nadie puede ser encarcelado por no poder cumplir una obligación contractual netamente civil. Sin embargo, es factible la privación de libertad por incumplimiento de obligaciones establecidas por la ley en aras de un interés social, como son las deudas de carácter alimentario, las contraídas por las Municipalidades, o las referidas a deudas previsionales (STC Rol N° 519, cc. 25° a 30°). (En el mismo sentido, STC Rol N° 576, cc. 25° a 29° y 38°, STC Rol N° 2102, c. 31°, STC Rol N° 2433, c. 24°);

**DECIMONOVENO:** Que, habiéndose establecido la imposibilidad de aplicar la sanción de prisión por deuda, tal como se refrenda en el motivo anterior, resulta útil señalar que tal garantía fundamental se encuentra asociada a lo dispuesto en el artículo 1° de la Carta Fundamental al reconocer el principio de dignidad, como también al establecer en su inciso tercero que el Estado debe tender a un fin de promoción del bien común, a fin de que los integrantes de la comunidad nacional se



realicen espiritual y materialmente, con pleno respeto a sus derechos y garantías. Lo anterior, obviamente, concordado con el artículo 19, N° 7°, letra d), de la Constitución.

El fundamento de la improcedencia de la prisión por deuda radica no sólo en el principio de legalidad sino también en el "principio de taxatividad" que señala el artículo 19, N° 3°, inciso final, en la medida que éste contempla la ilicitud de una conducta que es sancionada penalmente, siempre y cuando sea típica, antijurídica y culpable, situación que no se configura con el incumplimiento de una deuda de naturaleza civil, que por regla general es meramente contractual;

**VIGÉSIMO:** Que, por su parte, el artículo 7°, N° 7, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: "nadie puede ser detenido por deudas", lo cual implica la prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad ante un incumplimiento de obligaciones civiles y deja a salvo los mandatos de una autoridad judicial competente, dictados sólo por incumplimiento de deberes alimentarios. Es así como en los casos juzgados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de Gudiel Alvarez (Diario Militar) vs. Guatemala y de Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, se estableció de manera clara y precisa el deber de garantía de los derechos humanos, en particular de la libertad personal, dejando a salvo de manera explícita la prohibición de la prisión por deudas en el sistema interamericano (**Convención Americana sobre Derechos Humanos**, Comentario Christian Steiner / Patricia Uribe (Editores), Konrad Adenauer Stiftung - Tribunal Constitucional de Chile, Santiago, 2014, p. 206);



**VII.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.**



**VIGESIMOPRIMERO:** Que la idea del principio de proporcionalidad se encuentra determinada, en cuanto a su expresión en el sistema penal, en la matriz de la prohibición de exceso, que se justifica con criterios de lógica y de justicia material. Este principio postula la proporcionalidad de la amenaza penal al daño social causado por el hecho (concepto vinculado al **bien jurídico** lesionado o amenazado) y de la pena impuesta en concreto a la medida de culpabilidad del hechor (**Sergio Politoff Lifschitz**, Derecho Penal, Tomo I, Conosur Editores, Santiago de Chile, 2001, p. 20);

**VIGESIMOSEGUNDO:** Que el principio de proporcionalidad, también conocido como "máxima de razonabilidad" o "principio de prohibición de exceso", es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho.



Tradicionalmente, se ha entendido que el principio de proporcionalidad contiene tres subprincipios o subjuicios diferentes: el de idoneidad (o adecuación), el de necesidad (indispensabilidad o intervención mínima) y el de proporcionalidad en sentido estricto (o mandato de ponderación). (Diccionario Constitucional Chileno, Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez, Cuadernos del Tribunal Constitucional Número 55, año 2014, p. 752).

Y agrega la doctrina que el principio de proporcionalidad exige que una medida limitativa de derecho se ajuste a un fin previamente determinado. La medida debe ser idónea para la consecución del fin pretendido (juicio de idoneidad). El segundo aspecto del



principio de proporcionalidad exige la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (juicio de necesidad). Por último, a la proporcionalidad en sentido estricto se la percibe como un mandato de ponderación. Es el caso cuando existen principios en pugna, en el evento de que la ley de colisión exija que se ponderen los intereses en juego. En conclusión, debe asumirse que determinadas valoraciones deben hacerse para establecer una relación de prevalencia entre los principios en juego;



**VIGESIMOTERCERO:** Que en la especie se ha invocado el principio de proporcionalidad como lesionado por la falta de correspondencia entre la intervención limitada que tiene el legislador penal y el respeto de derechos fundamentales, a partir de que la carencia de pago de una obligación no puede resultar idónea para proteger el interés privado del acreedor bajo sanción penal, pues resulta desproporcionada, argumento del cual nos haremos cargo más adelante;

#### **VII.- APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.**

**VIGESIMOCUARTO:** Que en materia relativa al delito de giro doloso de cheques cabe hacer presente que la descripción típica se conforma por dos conductas: la primera, el giro doloso de cheques sin fondos o en los casos del artículo 22; la segunda, no depositar el valor del documento, los intereses corrientes y las costas dentro del plazo legal. Si no se presenta la confluencia de ambas conductas, no hay delito.

Nuestra jurisprudencia ha dicho que el delito se consuma por el solo hecho de no consignarse los fondos



suficientes dentro de tercero día de notificado el protesto. Además, agrega que el pago del documento debe hacerse con las formalidades legales; de otra manera, no enerva las consecuencias penales del hecho;

**VIGESIMOQUINTO:** Que el cheque en el Nuevo Proceso Penal aparece como carente de aplicabilidad o más bien de una forma poco racional de compatibilidad con el nuevo sistema, problema que fue parcialmente abordado por las Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal (Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002) y que sólo fue abordado de manera tangencial por el Instructivo N°39 del Fiscal Nacional (5 de enero de 2001), configurando en la especie, la impronta de tratarse el delito de giro doloso de cheques en un delito de "acción" al momento del giro fraudulento del documento mercantil; y un delito de "omisión", al no consignarse en el plazo de tres días el monto del cheque, de los intereses corrientes y las costas judiciales.



Que en el caso de los delitos de acción penal privada, tal como acaece en la especie, según rola a fojas 45 del expediente, al tenor del artículo 42 del DFL 707 y en el contexto de las Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal (Ley 19.806), el bien jurídico protegido es el patrimonio del acreedor, un bien protegido de naturaleza individual y sólo disponible por su titular, lo cual ha llevado a concluir que el giro doloso de cheques impetrado por una acción penal privada, al reconocerse la existencia en autos, en diversas oportunidades, de estar en presencia de un "cheque en garantía", instrumento que ha sido creado por la práctica comercial, no configuraría propiamente un ilícito penal.

Según la Ley de Cheques (artículos 10 y 11), el cheque sólo puede ser girado para el pago de obligaciones





y constituye una orden de pago inmediato o en comisión de cobranza, no pudiendo cumplir otra finalidad distinta a las señaladas, como la de asegurar o resguardar obligaciones (Ministerio Público. Fiscalía Nacional, Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N°s 26 a 50, Noviembre 2000 - Febrero 2001, Editorial Jurídica de Chile, sin fecha, Santiago, Chile).

La jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales ordinarios establece que el cheque en garantía carece de eficacia y validez, ya que sólo puede ser girado en pago de obligaciones o en comisión de cobranza y no en garantía o para caucionar obligaciones futuras, que existirían con posterioridad al giro del cheque, de lo que se sigue que no se configura el giro doloso cuando son protestados por falta de fondos (Hugo Rivera, Alcances críticos al giro doloso de cheques, Revista de Ciencias Penales, Tercera época, T. XXXVII, Vol. I, 1978-1981, p. 31).



En otras palabras, no existirían el cheque en garantía ni el cheque a fecha, independiente de que en la práctica comercial el cheque sea utilizado como un instrumento de crédito mercantil que desnaturaliza la función y naturaleza del cheque;

#### VIII.- DEDUCCIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL.

**VIGESIMOSEXTO:** Que existe una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden



ser observadas simultáneamente (Luis Prieto Sanchis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 175);


**VIGESIMOSÉPTIMO:** Que el Derecho Penal es, de todas las ramas del ordenamiento jurídico, la más estrechamente ligada con la Constitución. Su función es la tutela de valores e intereses con relevancia constitucional. La Constitución es la norma que define y escoge los valores a los que ha de servir el ordenamiento. Por eso, no sólo delimita el campo de acción del Derecho Penal, sino que, además, fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos. Así, somete expresamente al legislador democrático a la obligación positiva de tutelar ciertos bienes, como el medio ambiente o el patrimonio cultural e histórico. Ello no puede conducir a pensar que no exista una obligación implícita de tutela de otros valores, cuya naturaleza ha hecho innecesaria su mención: el Tribunal Constitucional (español) declaró, por ejemplo, la necesidad implícita de tutelar la vida en formación (STC 25-4-1985). Del artículo 9.2 de la Constitución española, auténtica formulación del Estado social de Derecho, donde se proclama que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones y remover los obstáculos para hacer efectiva la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra y asegurar su participación en la vida política, económica, cultural y social, se desprende, como también después veremos, no sólo la legitimación sino incluso la obligación de tutelar valores de titularidad social, comunitaria o supraindividual: los bienes jurídicos (Juan Carlos Carbonell Mateu, Derecho Penal y principios constitucionales, Universitat de Valencia, Estudi General, documento inédito);

**VIGESIMOCTAVO:** Que, en esta perspectiva, cabe





hacer un examen de la norma del artículo 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en el contexto de la reforma procesal penal vigente en nuestro país, según el criterio del Derecho Constitucional. Así, pues, ya no se presenta un problema de interpretación y, por consiguiente, lo que debemos dilucidar es la inconstitucionalidad de la norma en referencia a fin de que dicho precepto carezca de aplicación en el caso referido;



**VIGESIMONOVENO:** Que en este mismo orden de ideas cabe concluir que la norma objetada (artículo 22 del DFL 707) aparece vulnerando los límites constitucionales, en la medida que afecta garantías que el constituyente ha previsto bajo la denominación de principios de legalidad y reserva penal, contenidos en los incisos octavo y noveno del artículo 19, N° 3°, de la Constitución. Que tal vulneración se materializa en que el principio de legalidad penal, expresado en la reserva de la ley penal, enunciada por Feuerbach con el aforismo latino "*nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege; nemo damnetur nisi per legale iudicium*", al que además se debe añadir el principio de legalidad en materia de ejecución de las penas, y se sustenta, en lo que atañe al caso de autos, en la necesidad de que los ciudadanos conozcan el alcance de la amenaza penal y sobre todo sepan cuál es el ámbito de las conductas prohibidas. De esta manera, resulta necesaria la existencia previa de la delimitación de las conductas prohibidas, así como de las amenazas penales que su verificación ha de comportar.

En la actualidad, el principio de legalidad, tanto en su dimensión política cuanto en la técnica, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, y se traduce en los cuatro principios anteriormente



enunciados: no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos: son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución. En suma, el principio de legalidad continúa ejerciendo una doble función: la política, que expresa el predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano; y la técnica, que exige que el legislador utilice a la hora de formular los tipos penales cláusulas seguras y taxativas. Las expresiones más importantes del principio de legalidad son la reserva de ley (*lex scripta*), la prohibición de analogía (*lex stricta*), el principio de irretroactividad (*lex praevia*), así como el principio *non bis in ídem*, en virtud del cual no pueden ser castigados unos mismos hechos más de una vez. El principio de legalidad ha sido calificado por algún autor como el "eje diamantino sobre el que ha de girar el Derecho Penal en un Estado de Derecho": sólo si se satisfacen suficientemente las garantías derivadas del principio de legalidad, esto es, la reserva de ley, la prohibición de analogía, la irretroactividad de la ley penal y el principio *non bis in ídem*, puede considerarse el Derecho Penal ajustado a las exigencias de un Estado de Derecho;



**TRIGÉSIMO:** Que el principio de taxatividad o legalidad penal en sentido estricto exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho Penal. Y es en ese sentido que



los elementos normativos del artículo 22, ya referido, no resultan pertinentes en su descripción legal para abarcar y delimitar la conducta desplegada por el señor Tomás Jocelyn-Holt Letelier, en la medida que, como consta de los antecedentes, su conducta consistió en girar un cheque en garantía de una obligación, descripción que no se adecúa a la conducta descrita por el legislador como correspondiente al mandato constitucional de configurar una figura delictiva de forma certera, precisa y suficiente para evitar la vulneración del principio de taxatividad;

**TRIGESIMOPRIMERO:** Que se invoca en este arbitrio, en segundo término, el principio de culpabilidad como sustento de esta impugnación constitucional, en relación al artículo 19, N° 3°, inciso séptimo, de la Carta Fundamental en relación al artículo 1° de la misma normativa.



Que siendo el principio de culpabilidad uno de los pilares fundamentales del Derecho Penal actual, esto es un reflejo de la **dignidad humana**, reconocida en el artículo 1° de la Constitución, donde los factores subjetivos del delito se manifiestan en el ilícito, de forma tal que la exigencia de una imputación penal y la intención o culpabilidad propiamente tal deben estar insertas en la conducta desarrollada por el sujeto activo del injusto;

**TRIGESIMOSEGUNDO:** Que, atendido el mérito de los antecedentes y principalmente la carencia de dolo en la conducta del señor Jocelyn-Holt Letelier, como también la falta de elementos que establezcan una responsabilidad penal subjetiva, es menester concluir que el principio de imputación personal, también denominado de culpabilidad en sentido estricto, no se satisface en la especie con el estándar exigido en el artículo 19, N° 3°, inciso



séptimo, de la Constitución en concordancia con el artículo 1° de la misma Carta Fundamental;

**TRIGESIMOTERCERO:** Que se invoca, además, la prisión por deudas por el requirente, señalándose que se aplica una penalidad que contraría la norma constitucional del artículo 19, N°s 1° y 7°, en relación al artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, al sancionar punitivamente situaciones fácticas que no ameritan aplicar sanción, toda vez que la naturaleza y las obligaciones contractuales entre el querellante y el imputado son de carácter mercantil, por lo tanto la figura penal contenida en el artículo 22 del DFL 707 no cumple con los requisitos y presupuestos de un delito, el cual merezca una sanción punitiva y gravosa, contrariando la normativa internacional y nacional, al fijar la inminente aplicación de una pena que incluso pudiere ser riesgosamente punitiva por hechos que escapan del ámbito penal;



**TRIGESIMOCUARTO:** Que, por último, se invoca el principio de proporcionalidad, en cuanto ello infracciona las normas señaladas en los artículos 19, N°s 2° y 3°, de la Carta Fundamental, teniendo en cuenta que, tal como se ha analizado, el "principio de proporcionalidad" no se halla previsto expresamente en el texto constitucional, pero es admitido por la jurisprudencia y la doctrina constitucional, y, como ambas han puesto de manifiesto, ello es consecuencia directa del reconocimiento constitucional de derechos que pueden colisionar entre sí o con otros bienes jurídicos relevantes.

Como ha dicho Robert Alexy, la exigencia de proporcionalidad se deriva de la propia pretensión de vigencia de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión y cuya capacidad de limitación mutua no puede determinarse sino teniendo en cuenta el peso de cada uno



de tales derechos en cada concreta colisión. Es así que en el caso de autos la colisión entre la determinación del tipo penal y una sanción como la que señala el artículo 467 del Código Penal, a una mera conducta de incumplimiento de una obligación mercantil o civil, configura, en estricto rigor, una afectación de la exigencia de proporcionalidad, la cual requiere la necesidad de considerar todos los intereses en conflicto.

El Tribunal Constitucional español ha señalado que estas reflexiones se sustentan "en la proclamación del artículo 1.1 de la Constitución de un Estado social y democrático de Derecho que propugna la *justicia* como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, en el reconocimiento que el artículo 10 de la Constitución efectúa de la *dignidad humana*, y en el principio de *culpabilidad*" (STC 150/1991).



De esta manera, en el caso que nos ocupa es pertinente concluir que habría una desproporción o inequidad entre el presupuesto fáctico constituido por el incumplimiento de una obligación civil y la aplicación de una pena punitiva por dicho incumplimiento;

**TRIGESIMOQUINTO:** Que, por estas razones, se han configurado en la especie gravámenes de índole constitucional, cuyo necesario resultado es que ellos constituyen elementos suficientes para estimar una vulneración de naturaleza relevante de nuestra Carta Fundamental, lo cual implica la inaplicación de la norma censurada en los autos seguidos por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, sobre delito de acción privada de giro doloso de cheques, RIT N° 8649-2014 y RUC N° 1410026353-0.

**TRIGESIMOSEXTO:** Que siendo innecesario pronunciarse sobre otros tópicos del libelo de la parte requirente, esta Magistratura omite razonar sobre ello,



atendido lo decidido en la parte resolutive de este laudo.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

I.- QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1 Y SIGUIENTES, DECLARÁNDOSE INAPLICABLE A LA GESTIÓN PENDIENTE ANTE EL CUARTO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO (RIT N° 8649-2014 Y RUC N° 1410026353-0), LOS INCISOS PRIMERO, SEGUNDO, QUINTO Y OCTAVO DEL ARTÍCULO 22 DEL DFL N° 707, de 1982, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY SOBRE CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS Y CHEQUES.



II.- QUE SE PONE TÉRMINO A LA SUSPENSIÓN DE PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS A FOJAS 54, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO.

III.- QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA REQUERENTE, POR HABER TENIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA ACCIONAR.

El Ministro Sr. Iván Aróstica Maldonado estuvo por acoger parcialmente el requerimiento, únicamente declarando inaplicable la palabra "No" contenida en el artículo 22, inciso quinto, del DFL N° 707, por las razones que expone:

1°. Que la facultad exclusiva de los tribunales del Poder Judicial para "conocer y resolver" las causas criminales (artículo 76, inciso 1°, de la Constitución), implica determinar si ciertos hechos -premisa menor-





caben o no en una cierta hipótesis abstracta -premisa mayor- definida como conducta ilícita por la ley.

De suerte que, determinado por los jueces del fondo que un específico acto u omisión posee existencia real y se subsume en dicha hipótesis normativa penal, sólo a ellos cabe concluir respecto a la aplicación de la correspondiente condena, tras un proceso justo y racional (artículo 19 N° 3°, constitucional).

Donde los tribunales no pueden prescindir de considerar -entre otros elementos de juicio- aquellas eximentes o circunstancias absolutorias de responsabilidad que impone el derecho natural y la lógica;

2°. Que el artículo 22 del DFL N° 707, de 1982, Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en sus incisos primero y segundo no merece reproche alguno de juridicidad, pues describe y sanciona una conducta comúnmente catalogada como "giro doloso de cheques" con ecuanimidad y por sólidas razones de certeza en el quehacer que regula el orden público económico, según precisa la disidencia a esta sentencia que sigue a continuación, de las Ministras Sras. Peña y Brahm, y el Ministro Sr. Fernández.



En cambio, sí resulta objetable el inciso quinto del citado artículo 22, cuando coarta la jurisdicción que le asiste constitucional y excluyentemente a los tribunales, al señalar que: "No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición";

3°. Que, al consagrar dicha negación, el legislador impide a los tribunales juzgar que la emisión de un acto cotidianamente reconocido como distinto al "cheque", que definen los artículos 10 y 11 de la misma ley, no configura precisamente la comisión del referido giro doloso de cheques. Lo que menoscaba la jurisdicción que



la Constitución deposita exclusivamente en dichos jueces del fondo, para dar a cada uno lo suyo según las particularidades del caso singular.

Además que el objetado inciso quinto del artículo 22, al hacer aplicable por igual la misma pena a injustos eventualmente desiguales, arriesga producir efectos desproporcionados y contrarios a la Constitución.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene que concurre al fallo en virtud del cual se acoge el requerimiento, compartiendo los fundamentos contenidos en los considerandos primero a decimoséptimo, y teniendo, además, presente lo siguiente:

1°. La prohibición de que se presuma de derecho la responsabilidad penal, dispuesta en el inciso séptimo, del numeral 3°, del artículo 19 de la Constitución, es una garantía para el imputado consistente en la posibilidad de presentar evidencia dirigida a desvirtuar aquella de carácter inculpatoria necesaria para acreditar la responsabilidad penal de éste, la cual no puede presumirse o darse por sentada. Este principio constitucional *"importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso"* (STC, Rol N° 1584, considerando 6° -énfasis agregado).

2°. La prohibición constitucional aludida constituye una exigencia tanto para el juez como para el legislador, de forma tal que puede infringirse por ambos, no pudiendo descartarse, según el caso, la procedencia de que su violación pueda ser remediada por la vía del control concreto de constitucionalidad de la ley (inaplicabilidad).





Por un lado, el precepto constitucional implica una obligación de trato a ser cumplida por el juez, es decir, y tal como se ha manifestado por este Tribunal (ver cita precedente), "importa la obligación [del juez] de considerar al imputado como si fuera inocente". En este sentido, y en virtud de la aplicación de la disposición constitucional bajo análisis, puede ocurrir que las presunciones que establezca una ley se interpreten como si nunca pudieran ser de derecho, sino, a lo más, como presunciones legales susceptibles de ser desvirtuadas.

Por otro lado, la forma en que el legislador redacte una norma puede tener incidencia en las determinaciones adoptadas por un juez, de cara a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los efectos de la aplicación de la disposición legal en consideración al imputado. En efecto, y tal como se explicará más adelante, el sentido altamente restrictivo de la norma legal, en cuanto al beneficio probatorio a que tiene derecho el imputado y que subyace a la prohibición constitucional, puede provocar que un precepto legal que en sí mismo no constituya una presunción de derecho (desde una perspectiva abstracta) pueda adquirir tal carácter en su aplicación al caso concreto. De hecho, lo anotado es característico del control de inaplicabilidad de una norma legal, en que su declaración estimatoria en un caso particular no significa, necesariamente, que en otros casos su aplicación resultará también contraria a la Carta Fundamental, ni que exista asimismo una contradicción abstracta y universal del mismo con las normas constitucionales (ver, entre muchas otras, la STC, Rol N° 473, considerando 9° y la STC, Rol N° 2683, considerando 17°).

3°. En la gestión judicial pendiente, y en virtud de una aplicación del precepto legal impugnado no necesariamente ajena a las posibilidades interpretativas





que derivan de su texto (o tenor literal), se ha generado un efecto incompatible con la prohibición constitucional.

Efectivamente, en este caso concreto la jueza de garantía, en una audiencia preparatoria de juicio - es decir, no en el juicio oral simplificado - resolvió que la aplicación del artículo 22 impugnado impedía discutir las circunstancias fácticas que rodean el presunto hecho ilícito (fojas 51), lo cual habría posibilitado a la defensa intentar demostrar la ausencia de dolo en el actuar del imputado. Así, el 4° Juzgado de Garantía decretó la exclusión de la prueba ofrecida por el imputado, resolución que de acuerdo al Código Procesal Penal no es apelable. En otras palabras, se ha impedido, en forma previa al juicio propiamente tal, la posibilidad de que el imputado pueda refutar la presunción de responsabilidad penal derivada del ilícito impugnado.



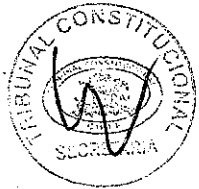
4°. Puede diferirse respecto de la clase de dolo exigida por el tipo penal. De hecho, según el criterio que subyace a la posición de la jueza, el dolo se encontraría contenido en la conducta descrita por el legislador, lo que se reafirmaría por lo dispuesto en el inciso quinto del precepto legal impugnado: "*[n]o servirá para eximirse de responsabilidad, la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición*". Así, cualquier intento probatorio dirigido a demostrar que el dolo requerido es aquel de carácter intencional - subjetivo propio de casos pertenecientes a la familia de las defraudaciones, resulta inoficioso según dicha posición.

Es decir, dado la forma en que está redactado el ilícito, cambia hacia el imputado la carga de producir evidencia que sustente la posición (plausible) de que el cheque girado y no pagado por falta de fondos al momento del cobro no da lugar a responsabilidad penal si se



extendió como garantía de un préstamo. Y, si a la presunción aludida, se le agrega una resolución (firme y ejecutoriada), en virtud del cual se excluye la prueba ofrecida por la defensa, se transforma la aplicación del precepto legal impugnado en uno que presume (sin posibilidad de probar lo contrario) la responsabilidad penal del girador del cheque, lo que contraviene la prohibición constitucional.

5°. Podría argumentarse, en contrario, que la lógica expresada precedentemente parte de la base de que la conducta apta para generar responsabilidad penal en quien la realiza es una que amerite ser criminalizada (es decir, cuyo desvalor sea tal que merezca ser sancionada penalmente) y que dicho tipo de conducta apta no es una que pueda ser indiferente al hecho de si se giró el cheque a una fecha posterior en garantía de una obligación crediticia (lo que daría lugar sólo a responsabilidad civil). Luego, dicha base o supuesto implicaría: (i) ser poco deferente con el legislador, quien tiene autonomía para decidir las conductas a ser criminalizadas; y (ii) ser poco deferente con una interpretación judicial legítima y no necesariamente incorrecta desde una dimensión estrictamente legal.



Una objeción de dicho tenor a la fundamentación expresada en esta prevención al fallo no considera que, aunque el precepto impugnado puede leerse de la manera en que lo hace la jueza, también puede interpretarse de una manera diferente (existe jurisprudencia al respecto). Y si esto fuera así ¿No sería, acaso, un problema de mera interpretación judicial, carente de una dimensión constitucional susceptible de ser resuelta por la vía de la inaplicabilidad? Nuestra respuesta es negativa por las siguientes razones:



Primero, no puede descartarse que la aplicación (actual o inminente) de la norma legal al caso concreto sea una viable desde un punto de vista interpretativo meramente legal (sin consideración a la prohibición constitucional). En otras palabras, no puede descartarse que el precepto legal haya sido rectamente interpretado desde una perspectiva legal, pero cuyo efecto en el caso concreto sea incompatible con la disposición constitucional del artículo 19, N° 3, inciso séptimo. Este presupuesto es remediable por la vía de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal impugnado.

Segundo, el imputado tiene derecho a que, si se le transfiere la carga de producir evidencia en virtud de la manera en que se ha redactado la norma legal, no se le impida, además, la posibilidad de presentar prueba exculpatoria basada en una interpretación viable, aunque distinta. En el actual estado procesal de la gestión judicial pendiente, la posibilidad de poder discutir (y, eventualmente, corregir) en sede judicial sobre la pertinencia de una interpretación viable diferente es muy menor, sino imposible. Como ya se ha señalado en el voto por acoger en otros casos jurisprudenciales (por ejemplo, ver voto disidente contenido en la STC, Rol 2354, considerandos 12° y 15°), el recurso de nulidad no constituye resguardo suficiente (en razón de la incertidumbre sobre su procedencia) frente a una situación agravante para el imputado en materia de exclusión de prueba. Nuevamente, el control concreto represivo de la constitucionalidad de un precepto legal es un camino jurídicamente posible. El derecho a que se controle la aplicación de una ley con un efecto inconstitucional es una opción que brinda el artículo 93, N° 6 de la Constitución.





Tercero, no es la resolución judicial, propiamente tal, la que se está impugnando a través de la inaplicabilidad. Lo que se objeta es un precepto legal cuyo diseño es apto para generar un riesgo significativo de que se presente un efecto inconstitucional. El punto culminante en este proceso de materialización de la aplicación de la norma legal está representado por la resolución judicial que impide la posibilidad de presentar evidencia que permita desvirtuar la imputación de responsabilidad penal en este caso muy concreto.

6°. Finalmente, el efecto de acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad no implica, necesariamente, la absolución del imputado. Esta aseveración se fundamenta en que el juez, en la audiencia de juicio simplificado, tiene la facultad de recalificar el delito de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 341, inciso segundo, en relación con el artículo 405, ambos del Código Procesal Penal. Como ya se señalara previamente, esta Magistratura no está sustituyendo las funciones propias del juez del fondo.



Acordada con el voto en contra de los Ministros señor Francisco Fernández Fredes y señoras Marisol Peña Torres y María Luisa Brahm Barril, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, sobre la base de las siguientes argumentaciones:

#### PRECISIONES.

1. Que, antes de entrar al fondo, consideramos necesario formular algunas precisiones.

En primer lugar, cabe advertir que la determinación de si la conducta desplegada por el requirente resulta subsumible o no en la norma del artículo 22 del DFL N°



707, es una cuestión que corresponde resolver al juez del fondo.

Como ha señalado este Tribunal anteriormente, "la subsunción de las circunstancias de hecho del caso particular dentro de lo dispuesto en el precepto es tarea propia del juez del fondo, al igual que la interpretación de sus términos" (STC Rol N° 1212, considerando 11°).

Impugnándose una norma penal, por consiguiente, no corresponde a esta Magistratura valorar la eventual tipicidad o atipicidad de la conducta desarrollada por el requirente, lo que implica que los caracteres específicos de su obrar, en lo que resultan relevantes para el Derecho Penal, no compete a esta Magistratura apreciarlos. De allí que no cabe entrar a determinar, en sede de inaplicabilidad, si un determinado obrar concreto es o no es doloso, o bien, en términos más amplios, si el tipo penal comprende o no la conducta del requirente, pues aquello importa la realización de un juicio de tipicidad, materia privativa del juez del fondo;



2. Que es por mérito de lo anterior que resultan, a nuestro juicio, ajenas a lo que corresponde ponderar a este Tribunal, algunas afirmaciones realizadas en la sentencia de la que discrepamos. En primer lugar, y entre otras, la afirmación en orden a que existe "carencia de dolo en la conducta del Sr. Jocelyn-Holt Letelier" (considerando 42°); de lo que se infiere, en definitiva, que la conducta concreta del requirente no es dolosa, cuestión que claramente compete al juez del fondo.

Igualmente, en cuanto se sostiene que "los elementos normativos del artículo 22 ya referido, no resultan pertinentes en su descripción legal para abarcar y delimitar la conducta desplegada por el señor Tomás Jocelyn-Holt Letelier" (considerando 40°). La aludida pertinencia implica, ni más ni menos, determinar si la conducta del requirente es o no subsumible en la norma





impugnada, cuestión que se comprende netamente en las atribuciones del juez penal. La misma sentencia arriba a una conclusión en tal sentido: "descripción [de la conducta desplegada por el requirente] que no corresponde a la conducta descrita por el legislador" (considerando 40°).

En segundo lugar, estimamos que la calificación jurídica de las relaciones que ligan al requirente y al requerido, cuestión de suyo relevante para los efectos del juicio penal de fondo, también excede de lo que corresponde a esta Magistratura realizar, especialmente en un caso donde se plantean dos versiones contrapuestas, existiendo controversia respecto de aquella cuestión y, por cierto, sin existir antecedentes que hagan primar una tesis por sobre otra. Por ello, también estimamos que la sentencia contiene algunas consideraciones que resultan ajenas a la esfera de atribuciones de esta Magistratura, como lo es asumir que la conducta del requirente "consistió en girar un cheque en garantía de una obligación" (considerando 40°), adoptando sin más la tesis del requirente, expresamente resistida y controvertida por la requerida (por ejemplo, a fojas 63) y descartada de paso en la gestión pendiente, al discutirse el eventual sobreseimiento definitivo de la causa.



Precisado lo anterior, pasamos a hacernos cargo de los reproches planteados por el requirente, a saber, que con la aplicación de los preceptos impugnados se infringiría:

- a) El principio de legalidad penal (artículo 19, N° 3°, incisos octavo y noveno, en relación a los artículos 5° y 64, todos de la Constitución);
- b) El principio de culpabilidad penal (artículo 19, N° 3°, inciso séptimo, de la Constitución);
- c) La prohibición de prisión por deudas (artículo 19, números 1° y 7°, y artículo 5°, inciso segundo, de la



Carta Fundamental, en relación a los artículos 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y

d) El principio de proporcionalidad de los delitos y penas (artículo 19, N°s 2° y 3°, en relación al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución);

**LOS REPROCHES DE LA REQUIRENTE.**

**a. Sobre la infracción al principio de legalidad penal.**

3. Que, en lo que respecta a la primera impugnación, en orden a que la aplicación de los preceptos impugnados se revela como contraria al principio de legalidad penal, cabe tener presente los términos en que dicho reproche fue planteado en el requerimiento.

El cuestionamiento, según se desprende de su tenor, dice relación con que debe ser una ley en sentido estricto y no simplemente una norma de rango legal -como lo sería un Decreto con Fuerza de Ley- la que incrimine la conducta y establezca la sanción. De allí que en este capítulo de inaplicabilidad, cuyo desarrollo se hace a fojas 14-20, se entienda que "la aplicación de los preceptos legal [sic] cuestionados en autos en el proceso criminal individualizado, en cuanto establece un delito asociado a una pena, materias que están indiscutiblemente comprendidas en las garantías constitucionales, irremisiblemente resulta contraria a la Constitución, por el solo hecho de estar contenido en un decreto con fuerza de ley" (fojas 16). Precizando luego que "(1) a Ley delegatoria N° 18.127 (...), que sirve de base para el Decreto con Fuerza de Ley N° 707, no contempló dentro de las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo, la posibilidad de establecer delitos por medio de un decreto, por mucha fuerza de ley que éste tuviese" (fs. 17). Es por ello que luego sostiene que "no son leyes en





sentido estricto y, por consiguiente, no constituyen fuentes del derecho penal, los decretos con fuerza de ley" (fojas 18). En definitiva, estima que las disposiciones impugnadas son inconstitucionales pues lo que en ellas se norma se realiza "por medio de un instrumento normativo no idóneo, esto es a través de un decreto con fuerza de ley que no es una ley formal en sentido estricto, y en uso de potestades delegadas y restringidas por el artículo 64 de la misma Carta Fundamental" (fojas 19);

4. Que, para el efecto de resolver la impugnación descrita, cabe tener presente que el supuesto en base al cual el requirente la construye es errado, tal como lo resolvió en una ocasión este Tribunal. No fue el Presidente de la República quien fijó los elementos del delito contenido en el artículo 22 del DFL N° 707, ni fue éste quien decidió imponer una pena a quien lo ejecutare. Aquello es obra directa del legislador, según se dirá.

Según se razonó en la STC Rol N° 776-2007, cabe considerar que el delito comúnmente denominado como giro doloso de cheques fue establecido primitivamente en la Ley N° 3.845 (D.O. 21.02.1922), que reglamenta los contratos de cuenta corriente bancaria y los cheques, señalando, en su artículo 22, que el que girase sin tener fondos disponibles suficientes "será castigado como reo de estafa".

Luego, la Ley N° 7.498 (D.O. 30.08.1943), al modificar precisamente el artículo 22 indicado precedentemente, señaló que el librador que girase sin el requisito de tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes "será sancionado con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal".

Las posteriores modificaciones de ese texto, sea por vía de ley propiamente tal como por Decreto con Fuerza de Ley autorizado por el legislador, no han introducido





modificaciones sustanciales al tipo penal señalado en la Ley N° 7.498, de 30 de agosto de 1943. Así, la Ley N° 7.836, de 1944, en lo referido a la competencia del juez que debe conocer de los delitos que señala; la Ley N° 15.632, de 1964, en lo referido al plazo para consignar la suma adeudada; la Ley N° 17.422, de 1971, que introdujo los incisos que confieren a la Superintendencia de Bancos la facultad de adoptar medidas para impedir que quienes hubieren sido sobreseídos o condenados pudieran abrir cuenta corriente bancaria; el Decreto Ley N° 2.622, de 1979, que introdujo los intereses corrientes en esta materia.

Finalmente, la Ley N° 18.127, de 1982, facultó al Presidente de la República para fijar textos refundidos, coordinar y sistematizar diversas normas legales, así como incorporar modificaciones y derogaciones, lo que, respecto de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, se efectuó mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 707, de 1982, y con posterioridad a ello, el año 2002, la Ley N° 19.806 modificó el artículo 22 en análisis, en sus incisos séptimo, octavo y noveno, a fin de adecuarlos a la reforma procesal penal, pero sin alterar en nada la figura típica del denominado giro doloso de cheques.

De lo anterior surge que el tipo penal a que se refiere el artículo 22 del DFL N° 707, de 1982, fue establecido inicialmente por una ley, y las subsiguientes modificaciones al mismo, también por vía de ley, además de que los textos refundidos, coordinados y sistematizados de esa normativa no han alterado en absoluto el tipo penal referido (considerandos 5° y 6° de la STC Rol N° 776);

5. Que, de todo lo anterior, se sigue que no resulta efectivo lo planteado por el requirente, en el sentido de que se estaría en presencia de "normas penales que no están establecidas en una ley penal formal, sino que fueron creadas por medio de un decreto con fuerza de



ley" (fojas 20). Por el contrario, según lo expuesto en el motivo precedente, resulta inconcuso que la tipificación de la conducta contenida en el precepto reprochado no es fruto de una decisión adoptada por el Ejecutivo previa delegación de facultades legislativas por parte del Congreso Nacional, como tampoco lo fue la decisión de imponer una pena a quien incurra en ella. Aquello es obra del Poder Legislativo.

En consecuencia, este reproche planteado por el requirente no puede sino ser desestimado;

6. Que, sin perjuicio de lo señalado en los considerandos anteriores, la sentencia de la que disentimos acoge el requerimiento planteado, sosteniendo que se infringiría el principio de legalidad, según se señala en el considerando 40°. Allí se sostiene, cambiando el sentido de lo planteado en el requerimiento, que *"el principio de taxatividad o legalidad penal en sentido estricto exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho Penal"*. Y remata que *"es en ese sentido, que los elementos normativos del artículo 22 ya referido, no resultan pertinentes en su descripción legal para abarcar y delimitar la conducta desplegada por el señor Tomás Jocelyn-Holt Letelier, en la medida que como consta de los antecedentes su conducta consistió en girar un cheque en garantía de una obligación, descripción que no corresponde a la conducta descrita por el legislador como correspondiente al mandato constitucional de configurar una figura delictiva de forma certera, precisa y suficiente para evitar la vulneración del principio de taxatividad"*;





7. Que, según ya se dijo al principio de esta disidencia, la determinación de si de una conducta satisface un determinado tipo penal corresponde al juez del fondo, por tratarse en definitiva de enjuiciar la tipicidad o atipicidad de la misma. Si la conducta desplegada por el requirente, que la mayoría entiende consiste en "girar un cheque en garantía de una obligación", corresponde o no "a la conducta descrita por el legislador" en la norma penal, es una cuestión que compete a los jueces penales decidir.

En todo caso se vislumbra, de una lectura del artículo 22 impugnado, que el legislador ha perfilado o configurado el tipo penal de modo certero, preciso y suficiente. Las conductas que mediante él se pretende castigar se encuentran claramente precisadas en la ley, en los incisos primero y segundo del artículo 22 del DFL N° 707.



Su tenor, a juicio de estos disidentes, no resulta confuso o difuso, al extremo de poder fundar una infracción al principio de legalidad. En definitiva, las normas impugnadas, en una operación de simple lectura, no presentan inconvenientes para comprender qué conductas son constitutivas de delito;

**b. Sobre la infracción al principio de culpabilidad.**

8. Que, según el requirente, la aplicación de los incisos primero, segundo, quinto y octavo del artículo 22 del DFL N° 707 se revela contraria al artículo 19, N° 3°, inciso séptimo, de la Constitución, en relación con el artículo 1° de la misma, toda vez que estima que "dichas normas establecen un estatuto de responsabilidad penal objetiva, presumen de derecho la responsabilidad penal e imponen una pena aflictiva a un acto o conducta ausente de dolo o culpabilidad" (fojas 25).



Precisando los efectos que tendría la aplicación de dichos preceptos en el caso concreto, afirma que "estamos en presencia de un cheque girado "a fecha" como instrumento crediticio en el marco de una relación contractual y por lo tanto, *al no constituir una conducta dolosa*, no debiese estar sujeto a la sanción penal que establece el propio artículo 22 del DFL N° 707 en relación al artículo 467 del Código Penal. Sin embargo, la aplicación de esas normas que presumen la responsabilidad penal a la hipótesis fáctica del cheque protestado en mi contra, genera una vulneración concreta y específica del principio de culpabilidad en la Constitución" (fojas 29).



La mayoría acoge el reproche planteado, entendiendo que se infringe el principio de culpabilidad, sosteniendo aquello en que, "atendido el mérito de los antecedentes y *principalmente la carencia de dolo en la conducta del Sr. Jocelyn-Holt Letelier, como también la falta de elementos que establezcan una responsabilidad penal subjetiva*, nos lleva a establecer que el principio de imputación personal, también denominado de culpabilidad en sentido estricto, no cumple con el estándar exigido en el artículo 19, N° 3°, inciso séptimo, de la Constitución en concordancia con el artículo 1° de la Carta Fundamental" (considerando 42°);

9. Que, respecto de esta impugnación, cabe tener presente lo asentado por la doctrina en relación a la figura penal impugnada. Así, un autor, en un trabajo monográfico y específico sobre el delito de giro doloso de cheques, aborda la culpabilidad en esta figura. Expresa, al efecto, que "este elemento subjetivo del delito se relaciona con la conducta que manifiesta el girador frente a los cheques, y las situaciones o formas de comisión del delito del artículo 22 de la Ley de Cheques".



Agrega que "se puede actuar en el campo del Derecho Penal, realizando las conductas típicas que contempla la ley en forma dolosa o culposa. Dolosa, en general: conducta querida y resultado ilícito obtenido; culposa: se ejecuta una conducta en forma negligente, imprudente o desatenta y no se quiere el resultado. Acción efectuada, y resultado no deseado, pero previsible". Luego, se cuestiona en orden a si las conductas que se configuran en el precepto del artículo 22 del DFL N° 707 se pueden cometer dolosa o culposamente. Considera, al efecto, que *"de la sola lectura de las conductas típicas que enumera el artículo 22, se desprende en nuestro concepto que todas ellas son dolosas. Se ejecutan las conductas, queriéndolas y con conocimiento de que son ilícitas. Girar cheque en descubierto en general, sin existir fondos suficientes, retirar los fondos antes del cobro del cheque, girar sobre cuenta corriente cerrada o inexistente, y revocar la orden de pago, fuera de los casos que faculta la ley, son naturalmente conducta dolosa. Girar en la forma que describe la ley, es realizar una acción típica y antijurídica e indica además un comportamiento doloso"* (Silva Silva, Hernán (1998). El giro doloso de cheques. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 34).



Se añade en la obra citada, y nos parece relevante destacarlo, que *"cuando se libra un cheque en las condiciones del artículo 22, en relación con el artículo 1° del Código Penal, se presume el dolo en la acción y no es necesario probarlo. Se trataría de una presunción simplemente legal, que se podría desvirtuar por el querellado o reo, para excluir su responsabilidad penal, eximirse de responsabilidad penal o atenuarla"* (Silva Silva, Hernán (1998). El giro doloso de cheques. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 35).

De lo anterior se colige que la figura requiere la concurrencia de dolo por parte del agente, y si aquel





elemento del tipo llega a presumirse -de modo simplemente legal- no lo es en mérito del precepto impugnado, que en todo caso no tiene la estructura jurídica de una presunción ni tampoco de su texto resulta posible atribuirle tal calidad, sino que lo es a consecuencia del artículo 1° del Código Penal, disposición que por cierto no ha sido impugnada en autos.

Tanto la exigencia de dolo como el rol que le cabe al artículo 1° del Código Penal en aquel ámbito, se ven corroborados por la jurisprudencia, por cuanto se ha resuelto, frente a la alegación de que no hubo dolo ni culpa en la realización de las conductas descritas en el artículo 22 del DFL N° 707, que "(...) según lo previene el artículo 1° del Código Penal, las acciones u omisiones penadas por la ley se presumen voluntarias, presunción que no ha sido desvirtuada en autos" (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3458-2003, considerando 2°).



En definitiva, el tipo requiere de dolo y no constituye un caso de responsabilidad penal objetiva.

Adicionalmente, cabe consignar que, en el inciso octavo, aparece otro elemento subjetivo del delito, que descarta la supuesta "falta de elementos que establezcan una responsabilidad penal subjetiva" que plantea la mayoría. La disposición alude al "ánimo de defraudar" que, según afirma la doctrina, "constituye un elemento subjetivo del injusto del todo similar al que se contiene en la figura de extorsión del art. 438 del C.P., que se refiere al que "para defraudar" a otro le obligare a realizar los actos señalados en dicho tipo legal" (Mera Figueroa, Jorge (1998). Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Santiago: Editorial Jurídica Conosur Ltda., p. 206);

10. Que una cuestión distinta es si la conducta del requirente fue o no dolosa, cuestión cuya determinación es propia del juez del fondo. Tampoco la convicción de



que la conducta desplegada por el señor Jocelyn-Holt es carente de dolo puede constituir un motivo para acoger la acción de inaplicabilidad planteada;

11. Que, según se afirma en la sentencia, luego de considerar que se contraviene el principio de culpabilidad, atendida "*principalmente la carencia de dolo en la conducta del Sr. Jocelyn-Holt Letelier*", se plantea además que en la norma penal hay una "falta de elementos que establezcan una responsabilidad penal subjetiva". Falta que, por cierto, no se explica mayormente en la sentencia.

En relación a lo anterior, estos disidentes consideran que conforme a los antecedentes aludidos en el motivo noveno de este voto, aquella falta no es tal, razón por la cual no cabe sino desestimar el reproche planteado por el requirente, no vislumbrándose a nuestro juicio una infracción al principio de culpabilidad;



**c. Sobre la infracción a la prohibición de prisión por deudas.**

12. Que, a juicio del requirente, la aplicación de los preceptos impugnados, contenidos en el artículo 22 del DFL N° 707, en esencia, significa "la privación de libertad como consecuencia del no pago de una deuda a plazo. En efecto, el inciso primero y segundo de la referida norma imponen el sufrimiento de una pena al girador que no cumpla con su obligación de pago" (fojas 31). Nuevamente, según se ve, el requirente construye su reproche a partir de una determinada tesis fáctica, cuya efectividad y efectos corresponde ponderar al tribunal del fondo, como ya se asentó al comienzo de esta disidencia.

En la sentencia, se acoge este planteamiento del requirente, considerando que "al sancionar punitivamente situaciones fácticas que no ameritan sanción, toda vez



que la naturaleza y las obligaciones contractuales entre la querellante y el imputado son de carácter mercantil, por lo tanto la figura contenida en el artículo 22 del DFL 707 no cumple con los requisitos y presupuestos de un delito, el cual merezca una sanción punitiva y gravosa, contrariando la normativa internacional y nacional, al fijar la inminente aplicación de una pena que incluso pudiere ser riesgosamente punitiva por hechos que escapan del ámbito penal" (considerando 43°);

13. Que, respecto a la llamada "prisión por deudas", en relación al tipo penal establecido en el artículo 22 del DFL N° 707, cabe consignar que los tribunales superiores de justicia han conocido y desestimado de manera uniforme el planteamiento de que una privación de libertad, subsecuente a la condena como autor del delito contenido en tal norma, sea constitutiva de prisión por deudas. En efecto, ilustran lo anterior, entre otros, los pronunciamientos que extractamos a continuación.

En el año 2004, la Corte Suprema sentenció al efecto "que (...) debe destacarse que en ningún caso se infraccionan las normas relativas a los Tratados Internacionales invocados, desde que si bien éstas impiden la privación de libertad, centran el origen de la obligación en el contrato, esto es, aquello dice expresa relación a incumplimientos contractuales económicos de orden privado; en cambio, los establecidos en el artículo 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, se vinculan a incumplimientos relativos a la ley, tipificados como delitos; y que dan lugar a la imposición de penas que se regulan en una sentencia definitiva, que ha sido consecuencia de un procedimiento e investigación legal, racional y justo, que estableció el cuerpo del delito y la participación criminal que al imputado le correspondió respecto de un ilícito descrito por la ley; y que por lo dicho, en ningún caso se trata





de decretar detenciones previas, sin más fundamentos". (Considerando 9°. Corte Suprema, Rol N° 5108-2004, de 13.09.2006, destacado nuestro).

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, en el año 2006, conociendo de la alegación de ser incompatible lo prescrito por el artículo 22 del DFL N° 707 y lo establecido en convenciones internacionales, planteándose en definitiva la derogación del precepto legal, sostuvo que "(...) no existe la pretendida contraposición entre la ley propiamente dicha y el Tratado Internacional. En efecto, el tipo penal aludido cautela la buena fe en las relaciones comerciales e involucra el castigo de una forma particular de fraude, cuyo bien jurídico protegido encuentra su fundamento en el orden público económico. De este modo, no importa un encarcelamiento por el simple incumplimiento de una obligación, como se ha pretendido por la defensa" (considerando 2°. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3458-2003, de 09.08.2006, destacado nuestro). En un sentido semejante, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el mismo año, sentenció "que respecto de los tratados internacionales invocados, se debe tener presente que si bien éstos impiden la privación de libertad, centran el origen de la obligación en el contrato, esto es, en incumplimientos contractuales de orden privado; en cambio, los establecidos en el artículo 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, se vinculan a incumplimientos relativos a la ley, tipificados como delitos, que dan lugar a la imposición de penas que se regulan en una sentencia definitiva, que ha sido consecuencia de un procedimiento e investigación legal, que estableció el cuerpo del delito y la participación criminal que al sentenciado le correspondió, respecto de un ilícito descrito por la ley" (Considerando 9°. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1452-2006, de 30.11.2006, destacado nuestro).





Luego, en el año 2008, la Corte Suprema vuelve a pronunciarse sobre el asunto, estableciendo "que si bien es cierto, la Convención Americana de Derechos Humanos ha prohibido, en el ordinal séptimo de su artículo 7, la detención por deudas al establecer que "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios", tal declaración se ha referido a las obligaciones derivadas de contratos, como ya se ha establecido con anterioridad por esta Corte (rol 5108-2004), esto es, las obligaciones relativas a incumplimientos contractuales económicos de orden privado, de manera que no puede extenderse a conductas delictivas, como la tipificada en el artículo 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, incluida por la doctrina penal nacional entre los fraudes contenidos en leyes especiales. (Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, T.III, Tercera Edición, págs.444 y s.s.; Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Segunda Edición, págs. 464 y s.s.)". Agregando, luego, como consecuencia, "que la jerarquía del tratado invocado por el recurrente, ni su poder vinculante admiten discusión en nuestro orden jurídico, pero de ninguna manera es sostenible que esa convención ha tenido la virtud de derogar un tipo penal existente en el derecho punitivo interno por el cual se ha condenado al recurrente -cuya naturaleza no es la de una "detención por deudas", como esa parte argumenta"-. (Considerandos 3° y 4°. Corte Suprema. Rol N° 2054-2008, de 18.06.2008, destacado nuestro);

14. Que lo sostenido por los tribunales superiores de justicia resulta acorde con la jurisprudencia de esta Magistratura sobre la prohibición de prisión por deudas. En efecto, y entre otras sentencias, en la STC Rol N° 2102, conociendo de un requerimiento respecto del





artículo 66 de la Ley N° 19.947, se refirió al alcance de la prohibición de prisión por deudas, asentando que *"tampoco rige tal prohibición internacional cuando no se trata del mero incumplimiento de un contrato, sino que concurren otros elementos de disvalor del acto o resultado, como en las diversas figuras penales de defraudación, que importan una infracción de ley"*. Y es que como lo hace ver la Corte Suprema, siguiendo en ello a la doctrina, el artículo 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques describe conductas delictivas, consideradas dentro de los fraudes contenidos en leyes especiales. No se impone una sanción al mero incumplimiento contractual, sino que ella se origina en un incumplimiento relativo a la ley, que tipifica un delito. Así lo han entendido, y concordamos en ello, los Tribunales Superiores de Justicia, según se consignó precedentemente.



En mérito de todo lo anteriormente señalado, a nuestro juicio, no cabe sino desestimar la impugnación planteada;

**d. Sobre la infracción al principio de proporcionalidad.**

15. Que, por último, el requirente alega la afectación del principio de proporcionalidad, que funda en el artículo 19, N°s 2° y 3°, en relación al artículo 5°, inciso segundo, ambos de la Constitución.

Construye su reproche sustentando que lo que se pretende resguardar con la conducta tipificada en el precepto legal impugnado corresponde al "interés jurídico del acreedor de la obligación", siendo a su juicio inidónea la imposición de una pena "para proteger el bien jurídico afectado mediante la criminalización de la conducta, en este caso, el incumplimiento de una obligación crediticia en el plazo pactado en el cheque"



(fojas 37-38). Desde esa consideración emanan todas las consecuencias que luego extrae. De allí que a continuación señale que la imposición de la pena resulta innecesaria "para lograr satisfacer el cumplimiento de la deuda por no pago del cheque". Y luego, que la imposición de pena es desproporcionada en términos estrictos, ya que "el no pago de una obligación crediticia emanada de un instrumento de pago como es el cheque a fecha se resuelve por la aplicación del precepto legal impugnado con una pena privativa de libertad, siendo absolutamente desproporcionado en atención a la naturaleza de la relación contractual y teniendo en cuenta además que para otros instrumentos crediticios de la misma naturaleza el legislador no ha establecido la pena de cárcel" (fojas 39).



Por su parte, la sentencia que se controvierte acoge el predicamento planteado, sosteniendo que "en el caso que nos es pertinente en este arbitrio habría una desproporción o iniquidad entre el presupuesto fáctico constituido por una obligación civil y la aplicación de una pena punitiva ante su incumplimiento" (considerando 44° de la sentencia);

16. Que, a juicio de estos disidentes, la impugnación planteada no puede prosperar. El motivo que nos lleva a sostener lo anterior, dice relación con que la construcción del reproche se hace sobre un aserto equivocado: que la figura pretende amparar o proteger, en calidad de bien jurídico, el interés jurídico del acreedor de la obligación o, como dice luego, "el incumplimiento de una obligación crediticia en el plazo pactado en el cheque", sustentándose en que con ella se pretende "lograr satisfacer el cumplimiento de la deuda por no pago del cheque". En un sentido semejante, en la sentencia se postula que "el bien jurídico protegido es el patrimonio del acreedor" (considerando 35°).



Sin embargo, lo anterior contrasta con lo planteado por la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido de que "la razón de ser de esta infracción radica en que el cheque no es un documento de crédito, que contenga una promesa futura, sino un medio de pago, que equivale a la aseveración de que se poseen bienes en el Banco, y, por lo tanto, podría allí verse una semejanza con la estafa "por aparentar bienes o créditos". Agregándose que dada la forma en que este delito está legislado entre nosotros, en verdad no resulta una ofensa contra el patrimonio del tenedor del cheque, sino una infracción contra la seguridad del comercio y la economía en general. La ley ha querido proteger más bien el cheque como institución, como instrumento de comercio, y no el patrimonio de un particular" (Etcheberry, Alfredo (1998). Derecho Penal. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 447).



En sentido semejante, se ha planteado por la jurisprudencia que "el tipo penal aludido cautela la buena fe en las relaciones comerciales e involucra el castigo de una forma particular de fraude, cuyo bien jurídico protegido encuentra su fundamento en el orden público económico. De este modo, no importa un encarcelamiento por el simple incumplimiento de una obligación, como se ha pretendido por la defensa" (Considerando 2°. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3458-2003, de 09.08.2006). Se agrega, en otro pronunciamiento, "que, en lo que aún no es pacífica la dogmática, es en el bien jurídico protegido por el delito de giro fraudulento de cheque, porque se plantea un conjunto de probables intereses necesitados de tutela penal otorgada por la Ley de Cheques. Así, se alude indistintamente a la propiedad, al patrimonio individual, a la seguridad del tráfico mercantil, a la fe pública, al orden público económico, a la seguridad del comercio y la economía. Pero de lo que no cabe duda es que el delito





bajo examen es pluriofensivo y abarca en su protección a más de uno de los conceptos antes indicados" (Considerando 7°. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 1632-2010, de 07.01.2011, destacado nuestro);

17. Que, siendo entonces una figura pluriofensiva, en que se encuentran comprometidos, entre otros bienes jurídicos, algunos de carácter colectivo como el orden público económico o la fe pública, según ha concluido la jurisprudencia citada precedentemente, cuya afectación puede fundar indiscutiblemente la imposición de una sanción penal, el requerimiento no puede prosperar, por no hacerse cargo adecuadamente de dicha cuestión, presentando en definitiva una visión parcial del asunto acorde a sus intereses;



18. Que consideramos que tampoco cabría acoger el requerimiento por considerarse que lo que se sanciona con pena por el artículo 22 del DFL N° 707 es el mero incumplimiento de una obligación civil, pues aquella cuestión ha sido fundada y reiteradamente descartada por los tribunales superiores de justicia, al conocer de las alegaciones de constituir tal tipo penal un caso de prisión por deudas, según se afirmó en el motivo 13 de este voto.

Por todo lo anterior, a nuestro juicio, no cabe sino desestimar la impugnación planteada y, en definitiva, el requerimiento formulado en estos autos.

La Ministra señora Marisol Peña Torres agrega a lo razonado en la disidencia que precede, su expreso rechazo a las afirmaciones contenidas en los párrafos tercero y cuarto del considerando cuarto de la sentencia de autos, pues la concepción deliberativa de la democracia - sustentada, entre otros, por Jurgen Habermas-, es muy posterior al nacimiento de la idea del control judicial de la constitucionalidad de la ley, al menos en su



expresión concentrada que nuestro país ha seguido. En efecto, dicho origen, como se recordó en sentencia Rol N° 681 (considerandos 6° y 7°), se encuentra en las ideas de Hans Kelsen que impulsó un sistema destinado a preservar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional en un adecuado sistema de frenos y contrapesos que aceptara que la obra del legislador no es infalible. Es esa concepción la que, a juicio de esta Ministra, ha guiado los casi 100 años de control concentrado de constitucionalidad de la ley en el mundo, lo que, lejos de oponerse al proceso democrático, lo reafirma. Y ello, en la medida que aplica los valores, principios y reglas que los representantes del soberano han definido como el "supremo derecho de la tierra", como reza el artículo VI de la Constitución de Filadelfia, de 1787, que constituye el límite infranqueable para el juez constitucional, a riesgo, precisamente, de lesionar la esencia del principio democrático reflejado en la Ley Suprema vigente.



Redactó la sentencia el Ministro señor Nelson Pozo Silva, las prevenciones sus autores y la disidencia, la Ministra señora María Luisa Brahm.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2744-14-INA.



*[Handwritten signatures]*

*[Handwritten signature]*

*M<sup>a</sup> Luisa Brahm*



*Letelier A.*

*[Handwritten signature]*

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm y señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva.

Se certifica que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

*[Handwritten signature]*