



Santiago, dieciocho de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Con fecha 1 de julio de 2016, Víctor Pantoja Torrealba e Ivonne Pantoja Torrealba, deducen requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 39, inciso primero, del D.F.L. N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que Fija el Texto Refundido, Sistematizado y Concordado de la Ley General de Bancos, para que surta efectos en la causa RUC 1600239811-0; RIT 1803-2016, de que conoce el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago.



Precepto legal cuya aplicación se impugna.

El texto del precepto legal impugnado dispone:

"D.F.L. Núm. 3.

Fija Texto Refundido, Sistematizado y Concordado de la Ley General de Bancos.

(...)

T I T U L O II

Constitución de las Empresas Bancarias

(...)

Artículo 39.- Ninguna persona natural o jurídica que no hubiera sido autorizada para ello por otra ley, podrá dedicarse a giro que, en conformidad a la presente, corresponda a las empresas bancarias y, en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero del público, ya sea en depósito, mutuo o en cualquiera otra forma.

(...)"



Síntesis de la gestión pendiente.

Refieren los requirentes que la empresa Inmazzo Limitada ha operado a través de plataforma virtual, facilitando el encuentro entre personas que invierten en instrumentos y valores de todo el mundo. Fruto de las transacciones que se efectúan, la empresa actúa como intermediaria en el mercado Forex, por naturaleza riesgoso, en que se invierte de manera apalancada, asegurando a cada cliente una rentabilidad mínima por su inversión a través de la celebración de un contrato de mutuo.

A su turno, el inversionista puede retirar el dinero invertido, conforme las condiciones estipuladas en el acuerdo contractual.

No obstante el funcionamiento descrito, expone que en marzo de 2016, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) presentó ante el Ministerio Público una denuncia respecto a una presunta infracción a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley General de Bancos. Lo anterior fundado en haberse dedicado al giro, cuestión que sería de competencia exclusiva de empresas bancarias, así como a captar o recibir en forma habitual dinero del público.

La investigación realizada por el Ministerio Público derivó en la judicialización de los antecedentes ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, representando la gestión pendiente de estos autos.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal.

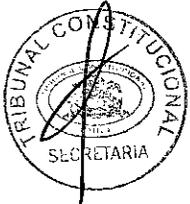
Conforme argumentan los requirentes, la norma reprochada, en **primer término**, vulnera lo dispuesto en el **artículo 19, numeral 3º, inciso octavo de la Constitución Política**, dada su aplicación en la gestión pendiente.





Reseñan que la exigencia de tipicidad, núcleo esencial de principio de legalidad, es una garantía esencial en un Estado de Derecho. A este respecto, citando antecedentes doctrinarios, hacen presente que éste buscar otorgar certeza a las personas, determinando en forma precisa e inequívoca qué está permitido o no hacer y cuáles son las consecuencias de la realización de una eventual conducta. Así, para cumplir con sus requisitos, la ley que tipifica deber ser *prævia, scripta et stricta*.

En dicho sentido, delito y pena deben estar establecidos en una ley promulgada con anterioridad a la comisión del hecho delictivo, quedando prohibida la aplicación retroactiva de la ley penal.



En nuestro ordenamiento jurídico, ello se sustenta en lo dispuesto en la anotada norma constitucional, que se relaciona, a través del artículo 5º, inciso segundo del Texto Supremo, con lo dispuesto en los artículos 9.1 y 15 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como con el artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuerpos que reiteran el concepto en estudio, esto es, la consagración del principio de legalidad en materia penal, con todas las variantes descritas.

Como consecuencias directas de éste, se presenta una triple conceptualización: 1) exigencia de irretroactividad; 2) conducta y pena deben estar establecidas en una ley propiamente tal; y, 3) la incriminación debe estar estrictamente descrita. La segunda de estas características está referida al estudio de las leyes penales en blanco, excepcionales en el ordenamiento, necesitadas de complemento y conteniendo una remisión a otras disposiciones, de mayor o menor jerarquía, para especificar la formulación de la norma penal.



En el caso de autos, los requirentes exponen que la norma reprochada es, precisamente, una ley penal en blanco impropia, remitiéndose a otra disposición de la Ley General de Bancos para cumplir con el mandato constitucional de determinación, cuestión que no cumple, dado que de la lectura conjunta de los artículos 39 y 40 del articulado en comento, no se comprende a cabalidad el núcleo de la prohibición, principalmente, dada la terminología utilizada por el legislador al señalar que las actividades propias de un banco están constituidas por *"toda otra operación que la ley le permita"*.



Por ello, la indeterminación debe ser llenada en cada caso por el juez, dado que la norma impugnada es falta de contenido, incierta en cuanto a su injusto y contradictoria con el mandato del Constituyente.

A este respecto, hace presente que Inmazzo Limitada no capta ni recibe dinero como lo efectúan los bancos para su colocación, ni tampoco realiza actividades de corretaje del mismo, sólo ofreciendo un servicio desde una plataforma virtual para que inversionistas compren y vendas divisas y *commodities*.

Luego, y en **segundo apartado**, argumenta en torno a la vulneración de la norma impugnada respecto del **artículo 19, numeral 21° constitucional**.

A dicho efecto, los requirentes comentan que la Constitución Política asegura a todas las personas el desarrollo de cualquier actividad económica, con las limitaciones que la propia Carta establece. Mas, ninguna actividad lícita puede ser prohibida por el legislador, el que sólo se encuentra facultado para regular el derecho en su ejercicio, esto es, formas, modo o medios concretos para realizarlo.

En el caso de estos autos, la incriminación de una conducta, consistente en hacer cualquier cosa que la ley permita hacer a los bancos, se constituye en una



prohibición para la realización de actividades lícitas, que, en caso alguno, son actividades propias del giro bancario y reservadas a entidades reguladas.

Por estas consideraciones, solicita la declaración de inaplicabilidad de la norma reprochada por esta Magistratura.

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento.

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Primera Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 28 de julio de 2016, a fojas 85. Posteriormente, por voto de mayoría, fue declarado admisible el día 19 de agosto de 2016, resolución rolante a fojas 152.



Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fueron evacuadas presentaciones por el Ministerio Público; por don Rodrigo Ríos Álvarez, como Procurador Común; por don Eduardo Picand Albónico, en representación de don Tucapel Castro Miranda; y, por doña Paola Cabezas Zúñiga, en representación de doña Paola Pérez Valenzuela, conforme los argumentos que a continuación se exponen.

Observaciones del Ministerio Público.

A fojas 173, con fecha 14 de septiembre de 2016, el Ministerio Público, a través del Fiscal Nacional (s), don Pablo Gómez Niada, realiza observaciones a la presentación de fojas 1, instando para que ésta sea rechazada en todas sus partes.

El persecutor penal público expone que la causa penal iniciada en contra de los requirentes, se inicia



por denuncia de la SBIF ante la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, en razón de que la empresa Inversiones Imazzo Limitada, nombre de fantasía Imforex Investments, ofrecía la prestación de servicios financieros consistentes en recibir dineros del público, obligándose a su restitución. A través de contratos acompañados, se determinó que dicha actividad correspondía a una infracción a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley General de Bancos, generando la investigación penal de rigor, que devino en audiencia de formalización de la investigación por delito de estafa reiterada, así como por lavado de dinero.



Frente a las alegaciones planteadas por los actores, expone que éstas deben ser desestimadas. Los cuestionamientos al tipo penal materia de la incriminación implican una crítica abstracta a su constitucionalidad, cuestión que se materializa en haber deducido el requerimiento de estos autos previamente a la audiencia de formalización en que fueron formalmente comunicados los cargos por la investigación penal iniciada en su contra. Previo a ello, los actores desconocían los hechos y los delitos por los que serían formalizados. Lo anterior implica alejarse de la finalidad de la acción de inaplicabilidad que, por su naturaleza, es de control concreto.

En la audiencia celebrada ante el Juzgado de Garantía no se formalizó a los requirentes por el artículo 39 en relación con el artículo 40, sino que sólo por la primera norma, por lo que la conjunción de normas que los actores alegan como contrarias a la Constitución, no tiene lugar en este caso. No hubo referencia al reenvío de que tratan los requirentes en su presentación.

El artículo 39, reprochado, cumple cabalmente con el mandato de determinación. A este respecto, el Ministerio Público refiere que las operaciones que la ley permite a



los bancos son extensas, pero acotadas en la misma Ley General de Bancos.

Conforme ha sostenido reiteradamente el Tribunal Constitucional, son constitucionalmente admisibles las leyes en cuya remisión para describir la conducta punible, el legislador se remita a otra ley o en una norma originada en la instancia legislativa, con descripción del núcleo esencial de la conducta. Bajo este respecto, no existe vulneración alguna a la Carta Fundamental.

Finalmente, en lo concerniente a la impugnación a lo dispuesto en el artículo 19, numeral 21° constitucional, el Ministerio Público también desecha dicha argumentación. A dicho efecto, sostiene que la Carta Fundamental no impide la existencia de mercados regulados, como el financiero, con la importante necesidad allí de reglamentar y regular la actividad dado que se estructura en una sensible área, como la economía. Así, para efectuar actividades bancarias, el interesado debe constituirse en empresa de dicho giro, obteniendo autorización legal de conformidad con la Ley General de Bancos, para el debido resguardo del interés público comprometido.

No existe, por tanto, la infracción alegada, dado que la licitud de su actividad debe ser planteada ante la justicia ordinaria y no, en esta sede constitucional.

Por estas consideraciones, solicita el rechazo de la presentación de fojas 1.

Observaciones de Eduardo Picand Albónico, Rodrigo Ríos Álvarez y Paola Cabezas Zúñiga.

En sus presentaciones, los enunciados querellantes, con fecha 8 de septiembre de 2016, a fojas 166 y 168; y,





9 de septiembre de 2016, a fojas 170, respectivamente, solicitan el rechazo de la acción de fojas 1.

Conforme exponen, no se ha planteado una real cuestión de constitucionalidad, dado que los actores no exponen cómo, en su totalidad, el articulado de la Ley General de Bancos es insuficiente para determinar la conducta materia de la incriminación.

A su turno, sostienen que en la formalización de la investigación, no se hizo mención a lo dispuesto en el artículo 40 de la anotada ley al momento de calificar la conducta. Así, la alegación en torno al principio de legalidad debe ser desvirtuada.

Si bien el Constituyente ha consagrado el desarrollo de cualquier actividad económica, éste no está concebido en términos absolutos, sino que supeditado a la observancia de normas legales que regulan la actividad económica.

Por lo anterior, instan por el rechazo de la acción deducida.

Vista de la causa y acuerdo.

Con fecha 12 de enero de 2017 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar por la parte requirente, el abogado don José Miguel Lecaros Sánchez; por el Ministerio Público, don Hernán Ferrera Leiva; y, por los querellantes y el Procurador Común, don Cristián Cabrera Orellana, dejando el primero, minuta de sus alegaciones. A su turno, en Sesión de Pleno de igual fecha, se adoptó acuerdo de rigor.

Y CONSIDERANDO:



I. Conflicto constitucional planteado.

PRIMERO: Que los requirentes solicitan la declaración de inaplicabilidad del inciso primero del artículo 39 de la Ley General de Bancos, en relación con el artículo 40 de la misma ley, por dos vulneraciones constitucionales. La primera, por infracción a los incisos 8° y 9° del numeral 3° del artículo 19, al constituir un tipo penal de tal modo abierto y vago que afecta los principios de legalidad, taxatividad y tipicidad, estableciendo una ley penal en blanco. Y, en segundo lugar, por infringir el numeral 21° del artículo 19, porque dichos preceptos penalizan actividades económicas lícitas que so pretexto de regularlas las prohíben;

SEGUNDO: Que el inciso primero del artículo 39 de la Ley General de Bancos dispone que:

"Artículo 39.- Ninguna persona natural o jurídica que no hubiera sido autorizada para ello por otra ley, podrá dedicarse a giro que, en conformidad a la presente, corresponda a las empresas bancarias y, en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero del público, ya sea en depósito, mutuo o en cualquiera otra forma."

Lo que implica, a juicio del requirente, vincularlo con lo que se entiende por Banco, asunto regulado en el artículo 40 del mismo cuerpo legal en los siguientes términos:

"Artículo 40.- Banco es toda sociedad anónima especial que, autorizada en la forma prescrita por esta Ley y con sujeción a la misma, se dedique a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera, hacer rentar estos dineros y, en general, realizar toda otra operación que la ley le permita."

TERCERO: Que este requerimiento solicita la inaplicabilidad de los preceptos indicados en relación



con la denuncia formulada el 4 de marzo de 2016 por el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, que rola a fs. 22, y que se refiere a la "invasión al giro bancario tal como está descrita en el artículo 39 de la Ley General de Bancos". Sin embargo, advierte que "si a consecuencia de estas actividades ilegales, el público recibiere pérdidas de cualquiera naturaleza, los responsables serán castigados como autores del delito de estafa. A juicio de esta Superintendencia, independiente de otros ilícitos que pudieran concurrir en este caso, los antecedentes descritos darían indicios de una infracción al artículo 39 de la Ley General de Bancos";



CUARTO: Que el requerimiento fue planteado ante esta Magistratura el 1 de julio de 2016, en el estadio procesal de la denuncia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras por el delito de intrusismo bancario, y sin que se haya formalizado la investigación ante la justicia penal. No obstante, en audiencia de formalización realizada el 13 de julio de 2016 se acreditó la formalización de la investigación en contra de los requirentes basado en los delitos de estafa, de lavado de activos y de infracción al artículo 39 de la Ley General de Bancos;

QUINTO: Que la conducta estimada como lícita por los requirentes es la captación de dinero para que sean invertidos a través de una plataforma virtual, conocida como Mercado FOREX (Foreign Exchange), generando rentabilidades garantizadas mediante un contrato de mutuo en donde Inversiones Inmazzo Limitada actúa como mandatario comercial del inversionista.

La misma conducta es estimada como delito puesto que consistiría en una captación de dineros del público al margen de las autorizaciones exigidas por la legislación bancaria en el ámbito reservado a éstos;

II. Cuestiones que son ajenas a la competencia del Tribunal.



SEXTO: Que las cuestiones que no competen a esta Magistratura son tres asuntos. Primero, la definición del bien jurídico tutelado detrás de la figura del intrusismo bancario. El modo en que se cautela el bien jurídico propio de la ordenación general de la economía aplicada al sector bancario es resorte del legislador y el modo en que se tipifica ese bien jurídico en los delitos de esta legislación ha de ser resuelto por el propio juez de fondo. En segundo lugar, la forma en que concurren los hechos en esta causa en concreto respecto de su adscripción a la norma es una cuestión que es ajena a las facultades del Tribunal siendo resorte exclusivo del juez penal la valoración punitiva de los hechos y de los daños. Y, finalmente, que el modo en que se realice ese ejercicio valorativo dependerá de la aproximación que se tenga al fenómeno de las captaciones informales de dinero, sea como interpretación fáctico-económica o como fenómeno delictivo predefinido por normas penales [Tiedeman, Klaus (2012), *Manual de Derecho Penal Económico*. Parte Especial, Grijley, Perú, pp. 91-92];

SÉPTIMO: Que cabe constatar un aspecto de este requerimiento de particular connotación. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico como una acción constitucional de *ultima ratio*, puesto que permite sustraer del ordenamiento jurídico, para efectos particulares, la aplicación de un precepto legal que, de no mediar la sentencia estimatoria, se aplicaría plenamente. Por lo mismo, la Carta Fundamental ha acentuado que se debe tratar de un efecto particular contrario a la Constitución. Y para ello debe referirse a "su aplicación en cualquier gestión", puede ser interpuesta por cualquiera de las partes o por el juez



que "conoce del asunto" y el "asunto" es admisible siempre que exista una "gestión pendiente" y que la aplicación resulte "decisiva en la resolución del asunto" (artículo 93 numeral 6° e inciso undécimo de la Constitución). En síntesis, un efecto concreto que debe tener tal entidad que permita al Tribunal acreditar que debe obrar en ejercicio de la supremacía constitucional para abrogar aplicaciones contrarias al orden constitucional.

Por cierto que las partes tienen libertad para escoger el momento en que realicen un requerimiento ante esta Magistratura. Sin embargo, cuando el dilema jurídico tiene demasiada antelación, como resulta en este caso, incluso anterior al proceso de formalización por parte del Ministerio Público, el caso planteado reviste unos caracteres de tal abstracción que la realidad se encarga de despejar rápidamente.



Por lo mismo, si bien la norma cuestionada tiene potencial aplicación y ello redundará en la sentencia que se indicará, resulta evidente que habiendo otros delitos en la formulación de la acusación, el alcance de la misma se reduce considerablemente y el carácter decisivo de la sentencia mengua igualmente. Cabe advertir, por lo mismo, hacia el futuro que respetando la libertad constitucional de los requirentes de escoger el momento de su defensa, no podemos sino advertir que el caso puede revestir características más abstractas que las concretas exigidas por el artículo 93, numeral 6° de la Constitución;

III.- Criterios interpretativos.

OCTAVO: Que esta sentencia se ceñirá a los siguientes criterios interpretativos. Primero, que la actividad bancaria y financiera es un mercado regulado y en él se interviene mediante autorizaciones expresas. En segundo lugar, que la actividad bancaria es parte del



orden público económico protegido por la Constitución. En tercer término, que la interpretación que vincula el artículo 39 al artículo 40 de la Ley General de Bancos no configura una ley penal en blanco. En cuarto término, que el tipo penal del artículo 39 de la Ley General de Bancos se basta a sí mismo;

1. La actividad bancaria es parte de un mercado regulado.

NOVENO: Que los Bancos ejercen una actividad reglada legalmente. Desde la constitución como empresa este asunto queda descrito desde la propia definición normativa de Banco. Se entiende por tal a "toda sociedad anónima especial que autorizada en la forma prescrita por esta ley y con sujeción a la misma, se dedique a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera, hacer rentar estos dineros y, en general, realizar toda otra operación que la ley le permita" (artículo 40 del DFL N° 3 del Ministerio de Hacienda de 1997 que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General Bancos y otros cuerpos legales que se indican, y a partir de ahora identificada como LGB). En síntesis, su génesis, desarrollo y extinción está ligado al ámbito que el legislador les preserve, que satisfaga los requisitos exigidos por la ley para ejercer sus funciones y que se despliegue solo en aquellas actividades que cuenten con autorización legal expresa;

DÉCIMO: Que, en tal sentido, la actividad bancaria y financiera es una actividad regulada (artículo 35 de la LOC del Banco Central), fiscalizada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (artículo 2° de la LGB). Y que no deja zonas grises de





ejercicio de libertad natural puesto que la fiscalización también abarca a "todas las entidades financieras cuyo control no esté encomendado por la ley a otra institución" (artículo 2° de la LGB). En cuanto a la naturaleza de la actividad fiscalizadora ésta implica una regla de cumplimiento de la ley, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan así como una fiscalización sobre "sus operaciones y negocios" (artículo 12 de la LGB);

DECIMOPRIMERO: Que la actividad financiera se da respecto de normas que configuran un mercado tasado en el cumplimiento de exigentes requisitos. Las empresas bancarias solo pueden tener un modo legal de constituirse (artículo 27 de la LGB) la que es autorizada por acto administrativo formal de la SBIF (artículo 31 y 33 de la LGB). Incluso, para su existencia puede solicitar al Banco Central un informe de los efectos en la estabilidad del sistema financiero de la creación de un nuevo Banco. Finalmente, todo el Título II de la Ley General de Bancos que regula la constitución de los bancos concluye con el establecimiento del delito de intrusismo bancario como correlato negativo de la ausencia de autorizaciones previas;



DECIMOSEGUNDO: Que no se trata solo de facultades reguladas sino que éstas se encuentran sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF). La SBIF tiene potestades de aplicación e interpretación de esos cuerpos normativos (artículo 12 de la LGB). Asimismo, tiene potestades de coordinación de información con otras superintendencias (artículo 18 bis de la LGB). Puede imponerle prohibiciones a entidades financieras con inestabilidad económica o administración deficiente (artículo 20 de la LGB), entre otras facultades;

DECIMOTERCERO: Que las potestades de los Bancos se



alejan de la configuración de un ámbito de libertad originaria o natural y se encuadran en el ejercicio de potestades reconocidas y desarrolladas legalmente, en el artículo 69 de la LGB que describe 27 tipos de operaciones que éstos pueden efectuar. Incluso las inversiones que reciban sujetos a comisiones de confianza o de asesorías financieras están sometidas a instrucciones previas y a instrumentos determinados en ausencia de instrucciones (artículo 69, numerales 16 y 17 en relación con el artículo 89 de la LGB);

DECIMOCUARTO: Que, en consecuencia, la actividad de captar dineros del público e invertirlos constituye una actividad sujeta a la regulación legal y, por lo mismo, susceptible de ser ejecutada como libre iniciativa económica, "respetando las normas legales que la regulan" (artículo 19, numeral 21° de la Constitución);



2.- La actividad bancaria y financiera regulada por la Constitución es una norma de orden público económico.

DECIMOQUINTO: Que la Constitución dispone muy pocas reglas acerca del sistema bancario y, entre ellas, destaca la atribución del artículo 109 de la Constitución que indica que el Banco Central "solo" puede "efectuar operaciones con instituciones financieras, sean públicas o privadas".

Esta norma lejos de establecer una regla de libertad natural en el establecimiento de la actividad bancaria exige que deban estar constituidas, previamente, como "empresas bancarias o sociedades financieras" (artículo 27 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.840 sobre Banco Central);

DECIMOSEXTO: Que la naturaleza regulada de esta actividad es de tal envergadura que es una atribución del Banco Central el:



"1. Dictar las normas y condiciones a que se sujetarán las empresas bancarias, sociedades financieras y cooperativas de ahorro y crédito en la captación de fondos del público, ya sea como depósito, mutuo, participación, cesión o transferencia de efectos de comercio o en cualquiera otra forma" (artículo 35 numeral 1° de la LOC sobre Banco Central);

DECIMOSÉPTIMO: Que la naturaleza de la función reguladora del Banco Central es tan significativa que solo es admisible entenderla en un contexto de operadores autorizados expresamente. Su normativa va dirigida a establecer las formas y límites de toda la actividad financiera ordinaria (regulación de los medios de pago, cobro y monto de los intereses, otorgamiento de créditos, sistema de reajustes y un largo etcétera). Y todo lo anterior, porque respecto de ellos el Banco Central tiene por finalidad "cautelar la estabilidad del sistema financiero" con todo tipo de medidas extraordinarias frente a crisis de liquidez, de acceso al crédito y de liquidación forzosa de las instituciones (artículo 36 de la LOC sobre Banco Central). Esta particular atribución entronca con el sentido de orden público que tiene esta función, puesto que no es razonable entender que cuando una de estas instituciones entra en crisis solo están en juego intereses jurídicos individuales. Es una cuestión de orden público económico con intereses colectivos que afecta a toda la sociedad;



DECIMOCTAVO: Que la acción de captar dineros del público e invertirlos constituye una actividad que ha exigido particular interés del legislador. No solo por tratarse de una materia que exija un encuadramiento normativo sino que, a partir de esas normas, tendientes a la formalización del sistema bancario, esta actividad financiera involucra incluso la garantía del Estado para determinadas operaciones financieras de depósito e inversión (artículo 144 de la LGB). Por lo mismo, esta



actividad cuando es vulnerada en sus reglas legales no solo es susceptible de incurrir en un régimen sancionatorio o punitivo, sino que tal reacción puede afectar las bases del sistema financiero como un todo. La doctrina ha destacado que detrás de la consideración regulatoria del sistema financiero y bancario existen razones relativas al factor que juega la confianza respecto de bancos con a) gran fragilidad en su sustentación económica. Una "corrida bancaria" puede echar por el suelo el delicado equilibrio entre captaciones y colocaciones. B) El riesgo sistémico es otro factor institucional por el contagio que una crisis puede tener en la economía de un país. C) La protección de los depositantes, puesto que "los bancos representan verdaderas cajas negras donde el dinero entra y sale sin mayor explicación, mientras que otros consideran que existe una notoria asimetría de información entre los depositantes y los bancos" [Mella, Rodrigo y Larraín, Álvaro (2016), *Derecho Bancario*, Thomson Reuters, Universidad Alberto Hurtado, p. 17]. Por último, está el dilema D) la protección estatal de los depósitos a la que ya habíamos hecho referencia;



DECIMONOVENO: Que lo anterior implica que las relaciones regulatorias hacia los Bancos, propias del Derecho Público, han traspasado ampliamente ese umbral y hoy nos encontramos con que estas normas regulatorias alcanzan las operaciones y actividades que realizan los clientes en el sistema bancario. Importantes objetivos de política pública, que se describieron, exigen entender que hay finalidades de bien común que pueden abarcar a todo el conjunto de la sociedad. "La protección de los depositantes ha servido de fundamento para la implementación de normas que regulan desde el tamaño de la letra de los contratos hasta las formas en que los clientes deben prestar su consentimiento en determinadas operaciones" [Mella y Larraín (3016), p. 20]. Buena parte



de estas reglas implican que la asimetría de la información sea resuelta mediante exigencias normativas y con delegación en una institución pública como la SBIF para fiscalizar el cumplimiento de las mismas.

En consecuencia, nos encontramos frente a una actividad económica susceptible de ser ejecutada como libre iniciativa, pero sujeta a límites relevantes, en especial, "el orden público" (artículo 19, numeral 21° de la Constitución);

3. Que la supuesta remisión del artículo 39 al artículo 40 de la Ley General de Bancos no es una ley penal en blanco inconstitucional.

VIGÉSIMO: Que los requirentes han impuesto que el estándar infringido es aquel referido al principio de tipicidad de la ley penal, en cuanto el mandato del artículo 39 en su hipotética remisión al artículo 40 de la Ley General de Bancos configuraría una ley penal en blanco inconstitucional. Para resolver el punto traeremos a colación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vertida en esta materia y que se reseña de modo sintético en el cuadro siguiente:

Sentencias sobre leyes penales en blanco ante el Tribunal Constitucional (1984 - 2016)

Sentencia Rol N°	Precepto impugnado	Decisión
24	Proyecto de ley que derogaba la Ley de Drogas N° 17.934	Rechazado.
468, 559, 781, 1011, 2773, 2817, 2849 y 2859	Artículo 299, numeral 3° del Código de Justicia Militar. Incumplimiento de deberes militares.	Rechazado (468 y 559). Acogido (781, 2773, 2817, 2849 y 2859).
781, 1011, 2773, 2817, 2849 y 2859.	Artículos 431 y 433 del Código de Justicia Militar.	Acogido respecto del artículo 433 del CJM. El 781 acoge además por el artículo 431 del CJM.
537-538 y 549.	Artículo 434 del Código Penal	Rechazado.





	(piratería).	
1281	Artículo 459 numeral 1° del Código Penal. Apropiación indebida de aguas.	Rechazado
1351-1352 y 1973	Artículos 168 y 176 de la Ordenanza General de Aduanas y artículo 1° del Código Penal.	Rechazado.
1432	Artículo 390 del Código Penal. Parricidio del conviviente.	Rechazado.
1441	Artículo 97 numeral 4° del Código Tributario en relación con los 292 y 293 del Código Penal.	Rechazado. Solo una prevención se refiere extensamente al tema de la ley penal en blanco.
1443	Artículos 16°, 17° y 19° literal a) de Ley de Drogas N° 20.000. Asociación para delinquir.	Rechazado.
1872	Artículo 21 del Decreto Ley N° 701. Plan de manejo forestal.	Rechazado.
2154 y 2716	Artículo 492 del Código Penal. Infracción a reglamentos y normas técnicas.	Rechazado.
2324	Ley N° 20.640 sobre elecciones primarias. Delitos electorales remitidos a la Ley 18.700. C	Acogido.
2530	Artículo 255 del Código de Justicia Militar. Revelación de secretos militares	Rechazado.
2651	Artículos 292 y 293 del Código Penal. Asociación ilícita.	Rechazado.
2670	Artículo 255 del Código Penal. Vejación injusta.	Rechazado.
2738	Artículo 231 del Código Penal. Prevaricación de abogado.	Rechazado.
2758	Artículos 277 y 279 del Código Penal. Juegos de azar	Rechazado.





	ilícitos.	
3081	Modificación del artículo 3° de la Ley N° 19.640 del Ministerio Público. Control preventivo.	Acogida.

VIGESIMOPRIMERO: Que las sentencias que esta Magistratura ha adoptado y especificado desde 1984 a la fecha en materia de leyes penales en blanco, contienen un conjunto de supuestos sobre los cuales ha decidido diversos casos y que podemos caracterizar del siguiente modo:

a.- Que existe un límite formal en el principio de legalidad penal y un límite material en el hecho de que los tipos penales deben estar descritos sustancialmente por la norma legal (STC 1351 c. 23°; 1351, c. 23°; 1432, c. 26°; 1443, c. 23° y 2154 c. 18°, entre otros). Por todas ellas, se ha descrito de la siguiente manera:

"La Constitución Política de la República establece en el artículo 19, N° 3°, ciertos límites para el ejercicio de la potestad punitiva estatal. Entre otros, dispone que "la Constitución asegura a todas las personas: N° 3°... Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una ley nueva favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella". En rigor, en estas disposiciones se contienen distintas garantías, pero el régimen que ellas crean es denominado por la doctrina especializada, en general, como "principio de legalidad" en materia penal. Sin perjuicio de las varias interpretaciones que se le han dado, y de las que se da cuenta más adelante, el mencionado principio establece, por una parte, un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y, por otra parte, un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona" (STC 1351, c. 23°).

b.- Que en cuanto al respeto del principio de





legalidad material el inciso final del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución dispone que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella". La historia de este precepto constitucional había incorporado el adverbio "completamente" con el objeto específico de prohibir la dictación de leyes penales en blanco. No obstante, su derogación fue un aspecto que dio cabida a su admisibilidad constitucional. (STC roles n°s 468, c. 4°; 559, c.5°; 1352, c. 26°; 1432, c. 28°, 1443 c.25° y 1973, c. 4°, entre otros).

"El alcance de esta disposición y particularmente de la expresión "completamente", aparece de las intervenciones de los comisionados señores Lorca y Bertelsen que constan de la sesión 399 de 12 de julio de 1978, pág. 3151 del volumen 11 de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios, intervenciones que literalmente expresan: "El señor Lorca conviene en la necesidad de complementar la norma del Acta Constitucional N° 3, estableciendo que la conducta penada esté clara y expresamente descrita por la ley". "El señor Bertelsen sugiere perfeccionar la redacción propuesta haciendo alusión a que la conducta que se sanciona esté descrita "en forma expresa y completa" por la ley, de modo que no quepan reglamentos ni disposiciones emanadas del Gobierno para desarrollar la ley penal. La ley penal - afirma - debe bastarse a sí misma, y si no se basta a sí misma, no hay delito ni pena". El acta señala a continuación que se aprobó la proposición del señor Bertelsen y el señor Ortúzar (Presidente), precisa que, como consecuencia del acuerdo anterior, la disposición quedó redactada así: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se pretende sancionar esté expresa y completamente descrita en ella". No cabe duda, entonces, que la intención de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y del Consejo de Estado fue prohibir las llamadas leyes penales en blanco. Pero la H. Junta de Gobierno modificó este precepto eliminando la expresión "completa" y dejándolo en los términos del actual inciso final

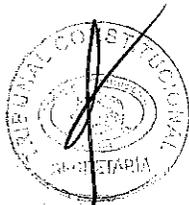




del N° 3 del artículo 19, que sólo exige que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en la ley. Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo aspecto a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales, por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa" (STC 24, c. 4°).

c.- Que hay que distinguir entre diversos tipos de leyes penales, tres problemas distintos que nos sugieren estas redacciones por parte del legislador. Por una parte, están las leyes penales en blanco impropias, que son aquellas que remiten el complemento del injusto a otro precepto legal. Las leyes penales en blanco propias que remiten el complemento normativo a un precepto de inferior rango y las leyes penales abiertas, cuya determinación punitiva la termina realizando el juez. (STC roles N°s 1973, c.7°; 2154, c. 19°; 2651, c. 13° 2670, c. 2° y 2758, c.14°, entre otras).

"Que, enseguida, la jurisprudencia de esta Magistratura Constitucional ha distinguido tradicionalmente entre las leyes penales en blanco propias e impropias, por cuanto cada una de esas categorías presenta consecuencias diametralmente opuestas, desde el punto de vista de su conformidad con las exigencias que el ordenamiento constitucional impone. Así, en la jurisprudencia sobre legislación penal en blanco se ha señalado que "[u]na línea doctrinal dominante señala que las leyes incompletas denominadas en blanco son incompatibles con el principio de legalidad de la ley penal, si el complemento relativo a la descripción de la conducta punible no se encuentra remitido expresamente a otra norma de igual rango, lo que la doctrina denomina 'leyes penales en blanco impropias' o 'normas de reenvío' (Eduardo Novoa),





y si la descripción resulta genérica, imprecisa o parcial, aun cuando cumpla con aquel presupuesto relativo al rango de la norma, la ley penal en blanco vulneraría el principio de la legalidad de la ley penal, con todas las consecuencias jurídicas que su aplicación acarrearía. La doctrina las denomina 'leyes penales en blanco propias' y, cuando la descripción de la conducta punible está entregada a un juez, 'leyes penales en blanco abiertas'. La doctrina también distingue ámbitos materiales de remisión, según la instancia normativa en la que se ha originado la norma que contiene el complemento y si ella pertenece o no al ámbito penal, independientemente de su rango (Dulce María Santana Vega, El concepto de ley penal en blanco, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pgs. 27 y sgtes.)" (STC 2154, c. 19°).

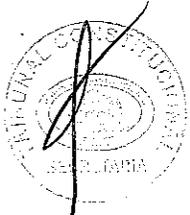


d.- Los tipos penales deben estar descritos del modo más acabado posible. Sin embargo, no es razonable que ellos estén completamente descritos, con plenitud de detalles sino que ha de estar concebido en términos nucleares el injusto reprochado (STC roles N°s 24, c. 4°; 549, c. 4°; 1443, c.28°; 1872, c. 25°, 1973, c. 3° y 2738 c.8°, entre otros).

"La aplicación del principio de tipicidad requiere que el legislador formule las normas penales de manera precisa y determinada, excluyendo la analogía. Un hecho sólo puede ser castigado cuando reviste todas las características contenidas en la descripción del delito; el tipo es la descripción abstracta de una conducta humana punible. La descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida -como lo ha declarado esta Magistratura (sentencia Rol N° 24, de 4 de diciembre de 1984)- cuando "la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no

esenciales". El carácter expreso -claro, patente, especificado - que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales." (STC 549, c. 4°).

e.- El examen de la acción u omisión típica, antijurídica y culpable exige un principio interpretativo que respete el tenor literal de la norma y que a partir del mismo realice una correcta interpretación de las exigencias punitivas. Por lo mismo, no hay que disponer un ejercicio analógico de la punición, pero tampoco uno que lo restrinja en nombre del principio pro-reo o que lo extienda en función de criterios de retaliación. (STC roles N°s 1281, cc. 23° y 24°, 1352, cc. 38° y 39° y 2530, c. 8°, entre otros).



"No existe un criterio restrictivo de interpretación en materia penal, que el intérprete deba seguir. En ello hay coincidencia. Así Novoa sostiene: "se ha argumentado que los preceptos de carácter penal deben ser interpretados de manera restrictiva por el rigor contenido en ellos y por la limitación o restricción de libertad individual que imponen, de manera que si hay dos o más interpretaciones posibles, debe elegirse aquella que resulte más benigna para el reo. El artículo 23 del Código Civil, aplicable a las leyes penales, no admite ese criterio, porque dispone que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación... La misión del intérprete es buscar la auténtica voluntad de la ley y esa voluntad puede ser tanto de benignidad como de severidad. Decidir a priori por el sentido más favorable al reo es forzar arbitrariamente la función interpretativa, abandonando los principios que determinan la correcta forma de llevarla a cabo para encontrar el genuino sentido de la ley, que es el único que interesa." (Novoa Monreal, Eduardo; Curso de Derecho Penal Chileno; T. I; Edit. Jurídica; Santiago, 1960; pág. 141). Etcheberry se



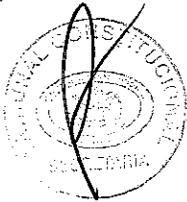
expresa en el mismo sentido: "por lo general, una interpretación restrictiva será favorable al reo, pero no siempre y necesariamente.. Al igual que la interpretación extensiva, la restrictiva es también lícita entre nosotros, siempre que se ajuste a las reglas de interpretación legal. Lo que la ley no ha querido es que lo favorable u odioso de las distintas posibilidades fuerce la interpretación en uno u otro sentido. Lo que interesa es desentrañar el verdadero sentido de la ley y según las reglas que ésta da, sea que aquél resulte igual, o más amplio o más restringido que el lenguaje empleado" (Etcheberry, Alfredo; Derecho Penal; T. I; Edit. Jurídica, Santiago, 1998; pág. 110). Cury, finalmente y en la misma línea anotada, sostiene lo siguiente: "Este punto de vista, que significa una extrapolación del principio procesal in dubio pro reo al campo de la hermenéutica, carece de fundamento. Puesto que la interpretación tiene precisamente por objeto determinar la verdadera voluntad de la ley, sus resultados no pueden ser sino declarativos, en el sentido riguroso del término. La interpretación sólo interpreta, no extiende ni restringe. Por eso, cuando de ella resulta que una norma penal se refiere a un número mayor de casos que los que aparecían de su consideración literal, nada obsta para que se la aplique a todos ellos, sin que ello importe violación alguna al principio de legalidad, y así se deduce, por lo demás, del artículo 23 del Código Civil..." (Cury, E.; ob. cit.; pág. 197).

Que, en el sentido recién señalado, la interpretación extensiva de la ley es perfectamente lícita, sin que quepa confundirla con la analogía. En aquélla, el caso está comprendido en la ley, pese a las deficiencias de lenguaje. En la analogía, en cambio, se parte de la base que el caso no está contemplado, pero se aplica a la situación porque se asemeja, o el caso es muy similar (Etcheberry, A.; ob. cit.; pág. 113). A través de ella se transfiere una regla de un caso normado, a uno que no lo está, argumentando la semejanza existente.

La analogía en materia penal vulnera la reserva legal, pues implica aplicar una ley a un caso no previsto expresamente. "En materia penal, el Art. 19 N° 3 inciso 8° de la Constitución



Política impide la aplicación de la analogía. Como las condenas penales sólo pueden fundamentarse en la ley, será preciso que exista una ley y que su interpretación según las reglas legales nos muestre que comprende determinado caso, para que se pueda pronunciar una condena...Cuando no exista ley, no se podrá condenar. Y lo mismo sucederá cuando exista ley, pero no sea aplicable al caso de que se trata. La analogía, en materia penal, es la creación por el juez de una figura delictiva nueva, sin ley preexistente a la infracción, con lo cual la decisión judicial pasa a ser fuente de derecho penal, en contravención al principio de reserva" (Etcheberry. A.; ob. cit.; pág. 113)" (STC 1281, cc. 23° y 24°);



VIGESIMOSEGUNDO: Que a partir de estas consideraciones, el Tribunal en distintos períodos ha concluido los siguientes estándares en materia de ley penal en blanco:

Primero, las leyes penales en blanco propias son constitucionales en la medida que exista una remisión reglamentaria con una colaboración que se circunscriba a cuestiones no esenciales del tipo penalmente descrito por el legislador. Dicho de otra manera, el injusto debe estar nuclear y esencialmente definido en la ley (STC roles N°s 24, 468, 559, etc.).

"En la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece la legalidad de la ley penal en el artículo 19, N° 3, inciso final, del Código Político, con las denominadas leyes penales en blanco, depende de la ubicación que éstas tengan en las diversas clasificaciones que la doctrina les atribuye según las condiciones mínimas que aquéllas debieran cumplir y que la jurisprudencia ha incorporado en sus resoluciones. (...) Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aun cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa, siempre que en la ley se describa el núcleo central de la conducta punible. El primer grupo de las



permitidas se ajustan a la exigencia del rango legal de la remisión; el segundo, a las exigencias de la tipicidad" (STC 559, c. 7°).

Segundo, la existencia de elementos normativos en el tipo penal no se refiere ni se vincula a la existencia de una ley penal en blanco (STC roles N°s 1281, cc. 11-15; 1432, c. 33; 2615, c. 28°; 2716, c. 16° y 2530, entre otros).

"Independientemente del grado de utilidad de las clasificaciones dogmático-penales, en el caso concreto estamos frente a un delito que presenta elementos normativos, como el término "personas no autorizadas", lo cual requiere una valoración de su contenido por parte del juez. Como ya lo ha señalado este Tribunal, "[e]l discernimiento de los elementos del tipo penal -así tengan preponderancia sus ingredientes descriptivos o valorativos- exige siempre la interpretación del juez, para establecer la adecuación típica de la conducta" (STC Rol N° 1212, considerando 10°). Sin embargo, para que la existencia de elementos normativos vulnere el principio de tipicidad se requiere una vaguedad extensional que impida al juez, en el caso concreto, la determinación de un núcleo fundamental de lo prohibido por la ley. En la norma requerida, es posible determinar para el intérprete del artículo 255 del Código de Justicia Militar un bien jurídico protegido por el delito, y con ello su sentido, extensión y alcance." (STC 2530, c. 10°)



Tercero, la ley penal en blanco propia es inconstitucional cuando ésta remite la determinación de elementos esenciales o nucleares del injusto a una norma de inferior jerarquía que la ley, o cuando haciendo tal remisión de un modo vago e incierto sin identificar cuál es la conducta prohibida que debería ser complementada por la norma inferior. (STC roles N°s 2154, c. 37°, 2324, etc.).

"En efecto, si bien es posible que una ley remita a otra ley para los efectos de definir la



conducta prohibida y su sanción (leyes penales en blanco impropias), no es lícito constitucionalmente que no se precise con claridad cuáles son las conductas lícitas y las prohibidas de esa remisión. Esto es lo que ocurre en la remisión que se hace al Título VII de la Ley N° 18.700, al utilizar la expresión "en lo que fuere procedente". Y lo que se hace con la remisión a los Títulos VIII y IX de la Ley N° 18.603, "en lo que corresponda" (...) El legislador no puede realizar una remisión de la naturaleza de la contenida en la norma que se analiza, que introduce una incertidumbre, insubsanable, al disponer que se van a sancionar delitos y faltas "en lo que fuere procedente". Si bien el legislador puede permitir que el juez desentrañe el sentido de una norma, incluso, interpretando los elementos normativos del tipo penal, no puede no establecer de manera cierta cuáles son las conductas reprochables. En tal sentido, debe precisar qué disposiciones se aplican y cuáles no de la ley remitida, sin incorporar en la norma de remisión elementos abiertos, que pueden generar confusión, ambigüedad o incertidumbre en la configuración de la conducta punible" (STC 2324, cc. 32° y 34°)



Cuarto, que cuando la norma penal remite el reproche final definitivo siendo el juez penal el que completa el injusto nos encontramos frente a dos modalidades de leyes penales abiertas. Una directamente, porque el propio precepto penal otorgó tal facultad al juez. Sea indirectamente porque ha existido omisión de la dictación de reglamentos que complementen el tipo, siendo esa ausencia un elemento clave para identificar cómo se podría completar la norma. En ambos casos, será inconstitucional el resultado por vulnerar el principio de tipicidad de la ley penal (STC roles N°s 1011, 2758, c.12°, etc.).

"Que la posibilidad de extender el significado de las expresiones "obligaciones y deberes" usadas en el artículo 201 citado, al necesario complemento del núcleo de la conducta punible descrita en el



artículo 299 del Código de Justicia Militar, se frustra al tenor del artículo 202 del mismo cuerpo reglamentario, que le sigue, el que dispone: "Todo hecho que revista el carácter de delito deberá ser puesto, ya sea directamente o en cualquiera de las formas señaladas en el artículo 131 del Código de Justicia Militar, en conocimiento del juez naval respectivo, el que resolverá". En consecuencia, antes de conocerla el juez, no se precisa quién determina el carácter de delito de una conducta determinada, por cuanto el que revista tal carácter no está establecido con claridad en la ley; (...)

Que sin la cobertura conformada por la relación entre la norma remisoras y la norma remitida para determinar la conducta punible, pormenorizada en los considerandos CUARTO y SEXTO de esta sentencia y exigible para su conformidad constitucional, no queda sino concluir que ha sido mediante la aplicación únicamente del artículo 433 del Código de Justicia Militar que se ha atribuido a una falta disciplinaria el carácter de delito, lo que produce, en este caso concreto, resultados contrarios a la Constitución, y así se declarará" (STC 1011, c. 12° y 18°).



Quinto, las leyes penales en blanco impropias son constitucionales puesto que se identifica el núcleo de la conducta en una norma de rango legal (STC roles N°s 24, 468, 559, 1351, 1432 y 1973, entre otras) y porque la norma a la cual es reenviado el complemento es, igualmente legal, pero no determina la conducta basal del tipo penal (STC Rol N° 781). Más bien, se trata de leyes que configuran tipos penales con una técnica legislativa deficiente pero no se le puede reprochar que impidan una certidumbre por la vulneración de la acción típica prohibida.

"La jurisprudencia de esta Magistratura ha sostenido que el mandato de la Constitución es compatible con la existencia de una ley penal en blanco impropia, que es aquella cuyo complemento se encuentra en una disposición normativa de igual jerarquía. En la ley penal en blanco impropia la



norma legal contiene el núcleo de la descripción típica y es complementada por otra norma legal, que determina de manera rigurosa el hecho penalmente castigado (SSTC 1351/08, cc. 28º y 32º; y 1352/09, cc. 28º y 32º). En el caso de autos, el tipo se describe en los artículos 292 y 293 y la pena se fija en este último (STC 739/07, c. 12º). El artículo 292 del Código Penal contiene el núcleo de la conducta punible, que no es otro que asociarse u organizarse para perpetrar delitos, disposición que es complementada por el artículo 293 del mismo Código, que fija la pena aplicable de acuerdo con el tipo de delito propósito de la organización: si se trata de perpetrar crímenes, los jefes de la misma, los que ejercen mando y provocadores reciben la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados; si se trata de perpetrar simples delitos, la pena para estos mismos individuos será de presidio menor en cualquiera de sus grados. La suma de las dos disposiciones permite comprender el sentido y alcance del deber de conducta que se impone. En este aspecto, es menester notar que el carácter expreso (claro, patente, especificado) que de acuerdo a la Constitución debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de los elementos esenciales de la conducta punible (STC 549/06, c. 4º)" (STC 2651, c. 12º);



VIGESIMOTERCERO: Que los requirentes sostienen que la aplicación de los artículos 39 en relación con el artículo 40 de la LGB, en el caso concreto, infringen el artículo 19, numeral 3º de la Constitución, específicamente el principio de legalidad penal, su tipicidad, culpabilidad y configuración de una ley penal en blanco;

VIGESIMOCUARTO: Que en este caso, el tipo penal del inciso primero del artículo 39 de LGB sería una ley penal en blanco impropia, con remisión interna dentro de la LGB al artículo 40 del mismo cuerpo legal.

De esta manera, el tipo penal que identifican los



requirentes indicaría que:

"Ninguna persona natural o jurídica que no hubiera sido autorizada para ello por otra ley, podrá dedicarse a giro que, en conformidad a la presente corresponda a las empresas bancarias y, en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero del público, ya sea en depósito, mutuo o en cualquiera otra forma (inciso primero del artículo 39 de la LGB) (...) y en general, realizar toda otra operación que la ley le permita" (parte final del artículo 40 de la LGB).

Con esta construcción, la remisión ampliaría las conductas prohibidas a "cualquier operación que la ley permita hacer a los bancos";



VIGESIMOQUINTO: Que las características hipotéticas que refleja este supuesto tipo penal lo convertiría en una ley penal en blanco impropia. Lo anterior, porque el complemento estaría abandonado a una ley del mismo rango y dentro del mismo cuerpo legal. Desde ya, cabría indicar que este tipo de leyes penales son admisibles constitucionalmente y su reproche alcanza a un dilema de técnica legislativa más que de constitucionalidad.

Sin embargo, hay que desestimar esta hipótesis del todo. Por variadas razones. Primero, porque no configura por sí mismo ninguna regla que imponga algún sentido de remisión a otra norma. Hay una referencia al cumplimiento de los requisitos exigidos por toda la Ley General de Bancos, pero de ella no puede leerse una remisión a todo el ordenamiento ("en conformidad a la presente (...) ley"). En segundo lugar, porque la estructura definitiva del tipo penal remite a un elemento normativo del tipo ("ninguna persona (...) que no hubiere sido autorizada para ello por otra ley"). Hemos hecho referencia expresa a estándares que

implican referirse a elementos normativos del tipo que exigen autorizaciones expresas para obrar (STC Rol N° 2530). Y, tercero, porque si existiere alguna hipótesis de reenvío ello se daría en un marco perfectamente constitucional. No obstante, este ejercicio práctico lo realizaremos en el examen del inciso primero del artículo 39 de la LGB;

4. Que el tipo penal del artículo 39 de la LGB se basta a sí mismo.

VIGESIMOSEXTO: Que esta caracterización del caso, confrontada con la realidad de la gestión pendiente, impide sostener la idea de que los requirentes estén siendo imputados penalmente bajo esa determinación.



A fs. 22 y 23 de este expediente consta la denuncia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Asimismo, a fs. 72 y siguientes consta la audiencia de formalización de la investigación, y en ninguna parte de ambos documentos e instancias existe remisión al artículo 40 de la LGB ni se restringe la referencia punitiva solo al inciso primero artículo 39 del señalado cuerpo legal. Es más la referencia al artículo 39 es integral, con particular énfasis en los incisos que asocian la figura del "intrusismo bancario" en relación con el delito de estafa;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que esta ausencia de remisión expresa al artículo 40 de la LGB ya llevó a algunos Ministros a desestimar, en sede de admisibilidad, a que nos encontráramos frente a una auténtica ley penal en blanco (fojas 154);

VIGESIMOCTAVO: Que el tipo penal del artículo 39 de la LGB se basta a sí mismo. Sin necesidad de remisión alguna a otra norma legal o infralegal, se puede comprobar que los elementos base del tipo penal concurren en este precepto cuestionado.



Identifica un sujeto activo: "persona natural o jurídica". Acción genérica: "dedicarse al giro correspondiente a las empresas bancarias". Acción específica: "captar o recibir en forma habitual dinero del público". Antijuridicidad: "que no hubiera sido autorizada para ello por otra ley" y "en conformidad a la presente" en relación con la sujeción a toda la normativa de la LGB para la constitución como banco. Pena: "presidio menor en sus grados medio a máximo".

La determinación de la culpabilidad y del ejercicio doloso de estas conductas es responsabilidad del juez de fondo acreditarlas y se encuentran subsumidas en la determinación punitiva del artículo 39 de la LGB. Como se ve, no se necesita recurrir a norma alguna para complementar el tipo penal, en cualquiera de sus elementos esenciales e incluso accidentales, así como la pena misma;



VIGESIMONOVENO: Que, en consecuencia, el artículo 39 de la LGB dispone un tipo penal perfectamente cognoscible, donde la conducta está descrita en su núcleo esencial, que identifica plausiblemente un ilícito y que advierte al ciudadano de la existencia punible de una conducta sin necesidad de recurrir a reenvío o remisión complementaria del tipo penal, sea a norma inferior o del mismo rango. De este modo, no solo concurren los elementos propios del principio de legalidad penal sino que también de tipicidad y culpabilidad que se desprenden del artículo 19, numeral 3° de la Constitución;

TRIGÉSIMO: Que, en consecuencia, la teoría del caso sugerida en sede de inaplicabilidad no se corresponde con lo investigado en sede penal. Y si existiera plausibilidad de aplicación de la tesis de los requirentes sería igualmente constitucional su aplicación por la sede correspondiente, no existiendo vulneración alguna a los numerales 3° y 21° del artículo 19 de la



Constitución.

La actividad de captar dineros del público, en el marco de una intermediación financiera, al margen de una autorización legal expresa para operar, no constituye una actividad económica lícita. Es una regla de orden público económico que limita una inexistente libertad natural en la materia.

TRIGÉSIMOPRIMERO: Que sostenido en los argumentos indicados cabe desestimar plenamente este requerimiento.

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 RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1.
- II. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

Los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y, señores Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez, concurren al rechazo del presente requerimiento sólo por las siguientes razones:



1°. Que, por de pronto, para desestimar la presente acción cuadra considerar que a los requirentes se les estaría sancionando, en sede penal, por realizar una actividad propia del giro bancario, sin estar constituidos como banco.

Se alega que para determinar cuáles son aquellas actividades propias del giro bancario, el artículo 40 de la Ley General de Bancos, en su parte final, alude a una frase carente de precisión suficiente: "realizar toda otra operación que la ley le permita" (a la empresa bancaria).

El caso es que, si bien esta remisión podría presentar problemas desde un punto de vista constitucional, sin embargo, la formalización penal que afecta a los requirentes no descansa en la citada frase. Lo que se les imputa es "captar o recibir en forma habitual dinero del público...en [la forma de] mutuo", lo que está contemplado en el artículo 39 y repetido, incluso con mayor grado de precisión, en el referido artículo 40;

2°. Que la norma del artículo 39, en la parte precisa aplicable a los requirentes, no infringe los principios de legalidad, taxatividad y tipicidad penal, recogidos en el artículo 19, N° 3, de la Constitución Política, conforme se puede comprobar de su sola lectura.

Tampoco vulnera el derecho asegurado en el artículo 19, N° 21, inciso primero, de la Carta Fundamental, a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Ello, porque siendo evidentemente lícita la actividad de captar o recibir en forma habitual dineros del público, en depósito o mutuo, a nadie le es prohibido constituirse como empresa bancaria para desarrollar esa función, respetando justamente las leyes que la regulan.





El Ministro señor Nelson Pozo Silva, concurre al rechazo del requerimiento de fojas 1 en base a las siguientes motivaciones:

1°. Que con el mayor respeto del voto mayoritario, no se comparten sus considerandos octavo, vigesimoprimer letra e), del fallo, y, Teniendo Presente, además las razones que se señalan más adelante;

2°. Que, en un contexto general: "la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no puede producir por su severidad, un sacrificio innecesario desproporcionado de la libertad de la que privan, o un defecto... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada" (STC español 110/2000, c.5°);

3°. Que el criterio interpretativo dice relación, en el caso concreto con la actuación de los poderes públicos, y en particular con el rol y atribuciones del legislador, lo cual constituye un argumento sólido y coherente de la dimensión institucional de los derechos fundamentales, donde la superación del legalismo, en especial en el marco de las modernas Constituciones es basado en el reconocimiento de principios jurídicos, que constituyen una evidencia innegable (ver al efecto: Gustavo Zagrebelsky: El derecho dúctil, traducción de Marina Gascón, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, passim.: Luis Prieto Sanchis: Ley, principios, derechos, Dykinson/Instituto Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III), Madrid, 1998, págs. 5-45, especialmente págs. 32-45, entre otros muchos autores);





4°. Que en cuanto al conflicto de constitucionalidad, en criterio de este previniente está centrado en la vulneración del principio de legalidad y la libertad de emprendimiento, lo cual en opinión del requirente configuraría una ley penal en blanco en la medida que exige para la construcción del tipo penal la integración de los preceptos legales impugnados, lo que en definitiva permitiría dejar abierta la conducta al tenor del libelo desarrollado por la actora constitucional;

5°. Que, sin embargo, no es menor que en materia de delitos económicos no sólo sea sancionable la vulneración de tipos penales (aspecto axiológico) que resguardan conductas reprochables puniblemente (bien jurídico protegido), sino también la mera infracción de normas o mejor dicho, la estabilización de la norma, lo cual implica en esa área de la subdisciplina del Derecho penal económico la existencia de leyes penales en blanco, tal como acaece en diversas otras materias de raigambre económicas, por ejemplo, en materia de mercado de valores, lavado de activos, etc.;



6°. Que los fundamentos en relación a que las leyes penales tienden a ser incompletas, por regla general siempre es necesario su complementación, ya sea vía expresa o de manera tacita, esto es, que el juez penal dentro del ámbito de su función y, además, con las limitantes constitucionales del principio de legalidad penal o taxatividad no excedan su funcionalidad ni competencia, de forma que vulnere garantías constitucionales;

7°. Que al respecto el profesor Enrique Cury ha dicho: "1) La ley penal en blanco tiene que describir inmediatamente la acción u omisión que bajo ciertos presupuestos puede llegar a ser sancionada con una pena, abandonando a la disposición complementaria sólo la



precisión de las condiciones en que ello ocurrirá. 2) Cuando la ley en blanco se remite a una norma legislativa de inferior jerarquía, debe determinar por sí misma la sanción aplicable; a aquella sólo puede abandonar la precisión de las circunstancias bajo las cuales la conducta será castigada. 3) Las normas complementarias de la ley penal/ en blanco deben recibir una publicidad semejante a la de ésta, aun cuando se encuentren consagradas en un instrumento legislativo de menor jerarquía que, en otras circunstancias, no estaría sometido a ese trámite. En la práctica esto significa que deben ser publicadas en el Diario Oficial. 4) El órgano al cual se confía la dictación del precepto complementario ha de tener una potestad extendida a todo el territorio sobre el que rige la ley nacional. 5) Puesto que el contenido de la ley complementaria integra el tipo de la ley en blanco, rige para ella la exigencia de determinación del hecho. Es decir, ella debe precisar, tanto como le sea posible los contornos de lo que está prohibido, describiéndolo, conjuntamente con la ley en blanco, de manera pormenorizada. Asimismo, debe someterse a los límites que le han sido fijados por la norma en blanco en relación con la extensión de la prohibición o mandato y la naturaleza del bien jurídico al que ella se propone dar protección, especialmente cuando emana de una instancia legislativa de inferior jerarquía" (Cury Urzúa, Enrique, "La ley penal en blanco", Editorial Temis S.A., Colombia, 1988, pág. 38);



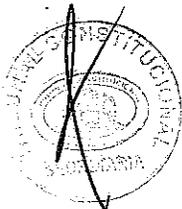
8°. Que en el caso concreto, el desarrollo del Principio de legalidad y la libertad de emprendimiento aparecen suficientemente refutadas en los términos deducidos por la actora, sin embargo, resulta necesario establecer de manera específica que la exigibilidad, a nivel constitucional de la tutela multinivel de la legalidad penal se cumple en el decurso del razonamiento del sentenciador al establecer este el "núcleo" del tipo



respectivo en el enunciado normativo (Rubio Llorente, El principio de legalidad) puesto que, dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede precisar una precisión absoluta, determinándose de ese modo la conducta punible, respetuosa de la taxatividad penal cuando el juez de fondo o de mérito, en cualquier sistema jurídico, inevitablemente realiza una interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza (lex certa), aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien, el derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación;

9°. Que suscribiendo lo razonado por el ya reiterado voto de mayoría y teniendo presente estas consideraciones, este previniente concurre a rechazar el requerimiento de autos, por no existir vulneración de los principios de legalidad, taxatividad y tipicidad penal; asimismo, no consta de los antecedentes que la garantía a desarrollar cualquier actividad económica lícita, que no sea contraria a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, que resguarda el artículo 19, N°21, constitucional, aparezcan vulnerados en el caso concreto;

10°. Que, siendo el fin último de los preceptos cuestionados en el requerimiento el proteger la actividad bancaria de acciones u otras actividades que pudieran calificarse de maliciosas, en su sentido semántico, no debe dejar de observarse que su presencia en el ordenamiento penal económico encuentra plena justificación, dado que se trata de conductas ilícitas que el legislador repudia en resguardo de valores socialmente protegido por el sistema constitucional - penal.

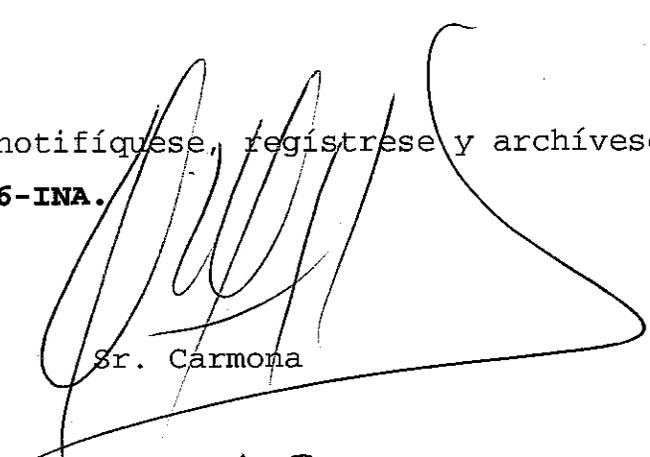




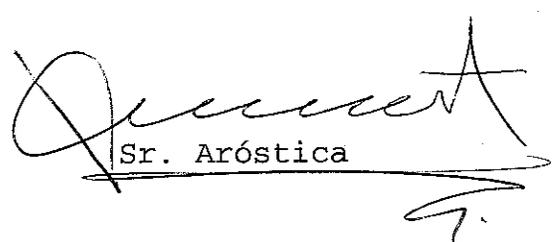
Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino y las prevenciones, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Nelson Pozo Silva, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 3115-16-INA.



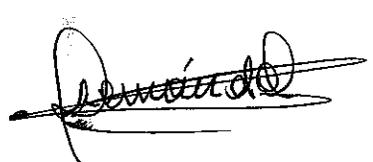
Sr. Carmona



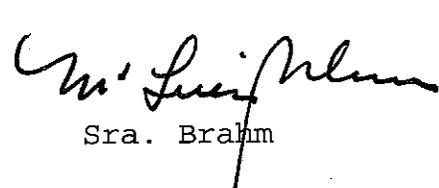
Sr. Aróstica



Sr. García



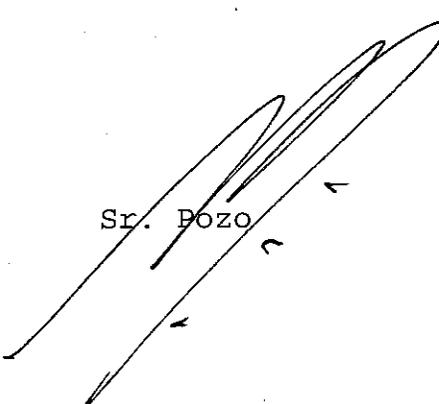
Sr. Hernández



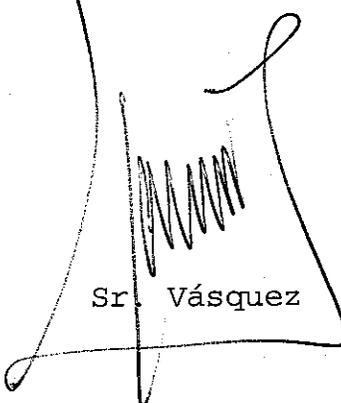
Sra. Brahm



Sr. Letelier



Sr. Pozo



Sr. Vásquez





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

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y Juan José Romero Guzmán concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

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

