

### 3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - DERECHO PENAL

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS INCISOS PRIMERO, SEGUNDO, QUINTO Y OCTAVO DEL ARTÍCULO 22 DEL D.F.L. 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.

#### HECHOS

*Con fecha 21 de noviembre de 2014, el requirente solicitó al Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad de primero, segundo, quinto y octavo del artículo 22 del D.F.L. 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, para que surta efectos en el 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. El recurrente alega que los preceptos impugnados afectan el 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. 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 aquélla 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. Suscribió el cheque, para ser pagado en una fecha posterior a la liquidación del Serval, 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. Daniel Hoppmann Hurtado interpuso en su contra querrela por giro doloso de cheques, la que fue declarada admisible. 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, 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 DEL FALLO:

TIPO: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (acogido)*

ROL: 2744-2014, de 8 de octubre de 2015

PARTES: *Tomás Jocelyn-Holt Letelier con no se consigna*

MINISTROS: *Sr. Carlos Carmona S, Sra. Marisol Peña T., Sr. Francisco Fernández F., Sr. Iván Aróstica M., Sr. Gonzalo García P., Sr. Domingo Hernández E., Sr. Juan José Romero G., Sra. María Luisa Brahm, Sr. Cristián Letelier A. y Nelson Pozo S.*

## DOCTRINA

1. *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. (Considerando 8° de la sentencia del Tribunal Constitucional) 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. (Considerando 10° de la sentencia del Tribunal Constitucional). El principio de culpabilidad tiene un alcance limitador, en el sentido de exigir la concurrencia 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; 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”. 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. (Considerando 15° de la sentencia del Tribunal Constitucional).*

*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. (Considerando 17° de la sentencia del Tribunal Constitucional).*

*En relación a la temática de la prisión por deudas (...) 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. (Considerando 18° de la sentencia del Tribunal Constitucional).*

*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. (Considerando 23° de la sentencia del Tribunal Constitucional).*

*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 (...) 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, al tenor del artículo 42 del D.F.L. N° 707 y en el contexto de las Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal (ley N° 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. 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. (Considerando 25° de la sentencia del Tribunal Constitucional).*

*En este mismo orden de ideas cabe concluir que la norma objetada (artículo 22 del D.F.L. N° 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 (...), 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. (Considerando 29° de la sentencia del Tribunal Constitucional)*

*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 (Considerando 30° de la sentencia del Tribunal Constitucional).*

*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. (Considerando 31° de la sentencia del Tribunal Constitucional).*

*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 (Considerando 32° de la sentencia del Tribunal Constitucional).*

*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 D.F.L. N° 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 riesgosa punitiva por hechos que escapan del ámbito penal (Considerando 33° de la sentencia del Tribunal Constitucional).*

*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. (...) 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. (Considerando 34° de la sentencia del Tribunal Constitucional).*

*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. (Considerando 35° de la sentencia del Tribunal Constitucional).*

*Cita online: CL/JUR/6114/2015*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 93, incisos primero, N° 6, y decimo-primer de la Constitución Política de la República; ley N° 17.997.*

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE GIRO DOLOSO DE CHEQUES, EN  
EL EVENTO DE QUE DICHO DOCUMENTO SEA EXPEDIDO COMO GARANTÍA DE  
OBLIGACIONES COMERCIALES.

MIGUEL SCHÜRMAN OPAZO  
*Universidad de Chile*

El Tribunal Constitucional conoció de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los incisos primero, segundo, quinto y octavo del artículo 22 del D.F.L. N° 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. Dichas disposiciones establecen el denominado delito de giro doloso de cheques –incisos primero y segundo–, establecen la exclusión de la procedencia como defensa del hecho de que el documento haya sido girado sin fecha o con una fecha posterior –inciso quinto– y, finalmente, el inciso octavo establece como una causal legal especial de sobreseimiento definitivo el pago del cheque. En opinión del requirente, la normativa impugnada tuvo el efecto de “objetivar” el delito de giro doloso de cheques, lo que implicaría una infracción a los principios constitucionales de legalidad, culpabilidad, prohibición de prisión por deudas y proporcionalidad. Es necesario consignar que el requerimiento se interpuso con posterioridad a la audiencia de preparación de juicio oral y antes de que se desarrollare el juicio oral. La mayoría del Tribunal Constitucional decidió acoger el requerimiento, en todas sus partes, declarando la inaplicabilidad de todos los preceptos objeto del requerimiento. El razonamiento del voto de mayoría es controvertido completa, pormenorizada y satisfactoriamente –en opinión de quien suscribe este comentario– por el voto de minoría.

El primer motivo de inconstitucionalidad se funda en una supuesta infracción al principio de legalidad en su vertiente referida a la reserva legal (*lex scripta*) dado que el delito estaría establecido por un D.F.L., lo que no satisface el requerimiento

constitucional de reserva legal. Este argumento es desechado tanto por el voto de mayoría como el de minoría. En los considerandos undécimo y siguientes es analizada la evolución de la incriminación del delito de giro doloso cheques, demostrando que el D.F.L. N° 707 no hace más que sistematizar una figura penal que había sido creada previamente por el legislador. Sin embargo, en el considerando trigésimo el Tribunal cambia el objeto de análisis de la vulneración hacia una posible infracción del mandato de determinación (*lex certa*) o también denominado principio de tipicidad considerando que “*los elementos normativos del artículo 22, ya referido, no resultan pertinentes para abarcar la conducta desplegada por el señor [TJ], en la medida que su conducta consistió en girar un cheque en garantía de una obligación, descripción que no se adecua a la conducta descrita por el legislador como correspondiente al mandato constitucional de configurar una conducta delictiva de forma certera, precisa y suficiente para evitar la vulneración del principio de taxatividad*”.

El segundo motivo de inconstitucionalidad se funda en la infracción que dichos preceptos importarían al principio de culpabilidad, garantía que tendría sustento constitucional en la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal. El voto de mayoría acoge también esta impugnación sosteniendo en su considerando trigésimosegundo que “atendido el mérito de los antecedentes y principalmente la carencia de dolo en la conducta del señor [TJ], 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...”.

En tercer término, se sostiene que los preceptos objeto del requerimiento infringen tanto la prohibición de prisión por deudas como el principio de proporcionalidad, dado que al ser la naturaleza de las obligaciones entre las partes de naturaleza mercantil, la criminalización del giro doloso de cheques en dicho ámbito implicaría una sanción penal para un ilícito civil, lo que además de expresamente prohibido sería desproporcionado. Esto es acogido por el voto de mayoría en los mismos términos.

Dado el diseño institucional del control de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional a través del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, bastaría con señalar que los aspectos fácticos sobre los que recaen los razonamientos del voto de mayoría son controvertidos por las partes y que sobre ellos no se rindió prueba alguna durante el proceso, ni ante el Juez de Garantía ni ante el Tribunal Constitucional. Es más, tal como lo señala el voto de minoría, la única vez que se discutió en el tribunal de garantía el sobreseimiento definitivo de la causa por tratarse de un supuesto cheque en garantía, esta solicitud fue rechazada por el tribunal. Así, no constituyen hechos establecidos en la causa el carácter de garantía del cheque girado, la presencia o ausencia de dolo y la naturaleza mercantil de las obligaciones. El establecer dichos extremos es –inequívocamente– competen-

cia privativa del juez del fondo. Si bien el error en la selección de las premisas en el razonamiento es palmario, el Tribunal Constitucional sí podría haber sostenido una tesis similar pero bajo un razonamiento válido. Dado que su competencia para un requerimiento de estas características se circunscribe a declarar la constitucionalidad de determinadas disposiciones legales para un determinado caso, si los hechos del mismo son discutidos, el tribunal podría determinar el ámbito de aplicación constitucionalmente admisible para una disposición legal, para el evento que determinados hechos sean acreditados o no acreditados en la sede judicial que corresponda. Así, la resolución del Tribunal Constitucional tendrá como efecto determinar la validez del uso de determinadas premisas normativas para el razonamiento del tribunal del fondo, pero no lo reemplazará, como finalmente terminó haciéndolo en este caso.

Un error de similar relevancia se aprecia en el razonamiento del voto de mayoría al sostener que existiría una infracción al principio de taxatividad de la ley penal, dado que el artículo 22 no alcanzaría a la conducta desplegada por el requirente. La imposibilidad de subsumir un comportamiento en la descripción típica de una disposición de la parte especial del derecho penal tiene una consecuencia inequívoca en nuestra disciplina, la impunidad. Ello se denomina atipicidad y es el resultado negativo de un ejercicio de subsunción que es –nuevamente- privativo de los jueces del fondo. El control de un error de subsunción no se encuentra a cargo del Tribunal Constitucional, sino que de la Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema –según el caso- a través de la causal de nulidad prevista en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal. Por otra parte, y ahora en un plano lógico, ¿qué sentido tiene declarar inaplicable por inconstitucionalidad un precepto legal que, en opinión del voto de mayoría, no era aplicable al caso?

El segundo motivo por el que se declara la inconstitucionalidad es una supuesta infracción del principio de culpabilidad. Si bien la discusión planteada por el requerimiento es interesante –¿constituye un delito “objetivo” el giro doloso de cheques?–, el tratamiento que le otorga el voto de mayoría al asunto causa perplejidad, dado que no explicita el baremo con el que evalúa la constitucionalidad de las normas. Sin perjuicio de ello, al afirmar que el imputado no actuó dolosamente, parece que se refieren a algo distinto que a si él actuó sabiendo que su actuación satisfacía los elementos objetivos descritos por el inciso segundo del artículo 22 del D.F.L. N° 707.

La principal impugnación histórica del delito de giro doloso de cheques y, por ende, su principal desafío siempre ha sido delimitar esta conducta de la ilegítima prisión por deudas. Determinar un contenido de injusto que exceda el de un mero incumplimiento contractual y justifique su reproche penal. Si bien ese es el camino que podría avizorarse como más fértil para impugnar la constitucionalidad del delito, también es el de más difícil tratamiento. Mientras el voto de mayoría, aceptando la controvertida tesis fáctica de que el cheque fue dado en garantía, sostiene que ese supuesto se refiere a una operación de crédito que recae dentro del ámbito de



la prohibición de prisión por deudas, el voto de minoría –en sus considerandos 13 y 14– lo descarta recurriendo a la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, los cuales han sostenido consistentemente que el delito de giro doloso de cheques no infringe la prohibición de prisión por deudas.

Así, si bien el razonamiento del voto de mayoría contiene premisas fácticas que no debiesen estar a su alcance, plantea una doctrina con efectos potencialmente expansivos: la aplicación del artículo 22 del D.F.L. N° 707 para casos de cheques dados en garantía como parte de una operación mercantil es inconstitucional. Por su parte, el voto de minoría sostiene una tesis también extrapolable a otros supuestos. Así, dado que i) no acepta como válido un razonamiento que recaiga sobre supuestos fácticos no asentados, y ii) considera que por reglas legales expresas el cheque no puede ser algo distinto que un medio de pago, sostiene que las disposiciones legales impugnadas no son inconstitucionales para el caso en revisión.

Este dividido fallo tiene el mérito de reinstalar una antigua discusión en el ámbito del Derecho Penal sustantivo: ¿Cuál es el bien jurídico protegido por el delito de giro doloso de cheques? ¿cuál es el contenido de injusto que legitima el reproche penal de este delito? ¿Constituye una conducta típica de acuerdo al inciso segundo del artículo 22 del D.F.L. N° 707 el girar un cheque en garantía realizando los supuestos adicionales previstos en esa norma? Las respuestas que entrega el voto de mayoría a estas preguntas son tan innovadoras para nuestra doctrina y jurisprudencia como insatisfactorio el razonamiento que está a su base, y es precisamente ese déficit el que permite vaticinar que la sentencia no tendrá los efectos expansivos indicados.