

**Monografía acerca de la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, en la década 1990-2000 relativa a la aplicación de la prohibición de la prisión por deuda en relación con el artículo 22 del DFL 707 sobre cuentas corrientes bancarias y cheques.**

Autores:

**Ivonne Bueno Moraga.**

**Cristian Valiente Moreno.**

Profesor guía: Claudio Troncoso



<b>INTRODUCCION .</b>	<b>1</b>
<b>CAPITULO I. ASPECTOS GENERALES .</b>	<b>3</b>
<b>1.- PRISIÓN PREVENTIVA .</b>	<b>3</b>
<b>2.- LIBERTAD PROVISIONAL . .</b>	<b>4</b>
<b>2.1. Características .</b>	<b>4</b>
<b>2.2. Formas de otorgamiento . .</b>	<b>5</b>
<b>2.2.1.Sin caución, es decir, se concede pura y simplemente .</b>	<b>5</b>
<b>2.2.2. Con caución simple . .</b>	<b>5</b>
<b>2.2.3. Con caución efectiva . .</b>	<b>6</b>
<b>3. LIBERTAD PROVISIONAL Y EL GIRO DOLOSO DE CHEQUE .</b>	<b>6</b>
<b>CAPITULO II. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN LA DÉCADA DE 1990 A 2000 ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA PRISIÓN POR DEUDAS EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 22 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY 707 SOBRE CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS Y CHEQUES .</b>	<b>9</b>
<b>1. Tesis por la aplicación de la caución especial del artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes y Cheques . .</b>	<b>10</b>
<b>1.1 La exigencia legal de esta caución no está en pugna con el derecho garantizado en el artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución Política de la República. . .</b>	<b>10</b>
<b>1.2 Historia fidedigna del establecimiento del artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. .</b>	<b>11</b>
<b>1.3 Historia fidedigna del establecimiento del artículo 19 N° 7 letra e) de la Carta Política de 1980. . .</b>	<b>12</b>
<b>1.4 El artículo 44 de la Ley de Cheques no contraviene al artículo 7 N° 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. .</b>	<b>12</b>
<b>1.5 El Pacto de San José de Costa Rica no se aplica a las órdenes de detención emanadas de delitos de giro doloso de cheques, ya que no hay prisión por deudas sino que hay delito. .</b>	<b>13</b>
<b>1.6 Delito de giro doloso de cheques es un delito formal. .</b>	<b>14</b>
<b>1.7 El cheque como instrumento de pago en que hace fe la sociedad. . .</b>	<b>15</b>
<b>2. Tesis de la no aplicación de la caución especial exigida por el artículo 44 de la ley de cuentas corrientes bancarias y cheques . .</b>	<b>17</b>
<b>2.1 Derogación tácita del artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes</b>	<b>17</b>

<b>Bancarias y Cheques por la Constitución Política de la República .</b>	
<b>2.2El artículo 44 de la Ley de Cheques contraviene el Derecho a la Libertad Provisional .</b>	<b>20</b>
<b>2.3La caución especial exigida por el artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques contraviene al artículo 19 N° 26 de la actual Constitución Política de la República .</b>	<b>22</b>
<b>2.4 La caución especial exigida por el artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques contraviene al artículo 7 N° 7 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, ratificado por Chile en 1991 ..</b>	<b>24</b>
<b>CONCLUSIONES . .</b>	<b>27</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .</b>	<b>29</b>
TEXTOS JURIDICOS .	29
AUTOR .	29
OTRAS PUBLICACIONES .	30

# INTRODUCCION

Mediante la Ley 18.825 del 17 de Agosto de 1989, que contiene la Reforma Constitucional, se modificó el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Política, estableciendo que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, imponiendo a los órganos del estado el deber de respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En este contexto, el 5 de Enero de 1991, se publicó en el Diario Oficial el Decreto N° 873, que ordena cumplir en todas sus partes la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".

Este Pacto, en lo que nos interesa, contiene en su artículo 7 lo relativo al derecho a la libertad provisional, a la seguridad personal y sus garantías. En su número 7 establece que "nadie podrá ser detenido por deuda". Esta norma, de plena vigencia en nuestro país por el referido inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, en relación a la prisión preventiva a que se someten a los procesados o acusados por el delito de giro doloso de cheques, y a los requisitos para obtener la libertad provisional establecidos en el artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución <sup>1</sup> y el adicional del artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques - que agrega una caución especial - ha llevado

---

<sup>1</sup> El artículo 19 señala: "La Constitución asegura a todas las personas: 7° El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: e) La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido de la sociedad..."

a la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia a pronunciarse acerca de la procedencia o no de la aplicación de tal caución, de si la exigencia de ella transgrede la prohibición de la prisión por deudas, de si habría derogación tácita del mencionado artículo 44 respecto de la Constitución del 1980, etcétera.

Todas estas disyuntivas ha ido resolviendo nuestra Jurisprudencia a lo largo de estos últimos años, la cual no ha sido uniforme en cuanto a pronunciarse en favor o en contra de la aplicación de la caución especial que contiene la Ley de Cheques, creando al efecto argumentos que dan cabida a diferentes posturas.

Es así como el objetivo de este trabajo es analizar precisamente las posturas de los Tribunales para fallar en uno u otro sentido, estudiando cada argumento, a través de la Jurisprudencia de la década 1990-2000, relacionada con la libertad provisional en el delito de giro doloso de cheques, con la aplicación de la caución y con la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica en lo relativo a la prohibición de la prisión por deudas.

Previamente a entrar de lleno a lo que es la discusión jurisprudencial antes señalada, creemos que es necesario dar una breve explicación acerca de lo que es la prisión preventiva, de lo que es la libertad provisional y de la relación que existe entre esa libertad con el delito de giro doloso de cheques, de manera de lograr una mejor comprensión de la exposición posterior.

# CAPITULO I. ASPECTOS GENERALES

## 1.- PRISIÓN PREVENTIVA

Técnicamente la figura legal denominada “*Prisión Preventiva*”, se puede definir como la “*Privación de libertad por tiempo indeterminado, como consecuencia de la dictación del auto de procesamiento en un juicio criminal*”.

Se puede decir entonces que es la consecuencia legal del “auto de procesamiento”, reglamentado en los artículos 274 al 279 del Código de Procedimiento Penal, sin perjuicio de otras disposiciones.

Conceptualmente, la prisión preventiva es la medida cautelar contra la persona del procesado, ordenada exclusivamente por el tribunal competente y que es consecuencia de la resolución que lo somete a proceso, a la cual nos referimos como “Auto de Procesamiento”, medida que puede prolongarse a lo largo de todo el proceso.

Así, el Auto de Procesamiento es el acto jurídico procesal por medio del cual se somete a proceso al sujeto inculcado en una causa criminal, si se encuentra acreditado el hecho punible y aparecen a lo menos presunciones fundadas de que ha tenido participación culpable en los hechos constitutivos del delito.

Esta medida cautelar contra el procesado, para que se prolongue en el tiempo, debe

necesariamente fundarse en alguna de las tres causales establecidas en el artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución Política de la República, las cuales permiten denegar la libertad provisional.

## **2.- LIBERTAD PROVISIONAL**

La libertad provisional por naturaleza es un derecho de toda persona que se encuentre detenida o sometida a prisión preventiva. Así lo establece el artículo 19 número 7 letra e) de la Constitución Política de la República de 1980, que señala: “La Constitución asegura a todas las personas...7° el Derecho a la libertad provisional y a la seguridad individual”. La letra e) de este artículo establece que la libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el Juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”. Agrega, que será la ley quien establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.

### **2.1. Características**

---

La libertad provisional es un derecho de todo detenido o preso, el cual puede ser ejercido siempre en la forma y condiciones previstas en el Título IX del Libro II del Código de Procedimiento Penal. (artículo 356 inciso 1° del C.P.P.)

Así, este derecho contiene las siguientes características:

Es constitucional, porque se encuentra reconocida como tal en La Carta Fundamental y además está presente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales deben ser respetados y promovidos por los órganos del estado de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República.

Es relativo, puesto que este derecho puede ser denegado por resolución fundada en base a antecedentes calificados en el proceso, siempre que la prisión preventiva sea considerada por el juez como indispensable para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad.

Es permanente, ya que la limitación a su ejercicio sólo puede ser establecida de manera transitoria por el Tribunal y mientras se mantengan los motivos que justifiquen su no otorgamiento. Es así como el legislador en el artículo 356 inciso 2° del C.P.P. señala que “la prisión preventiva sólo durará el tiempo necesario para el cumplimiento de sus fines, agregando en el artículo 364 del mismo cuerpo legal, que “la libertad provisional se puede pedir y otorgar en cualquier estado del juicio”

Es condicional, puesto que su reconocimiento se sujeta a la condición que el inculpado o procesado asegure su comparecencia cuando el Juez lo citare por estimar necesaria su comparecencia personal o cuando se tratare de llevar a efecto el cumplimiento de la sentencia. (artículo 367 del C.P.P.)

Es procesal, pues su ejercicio debe efectuarse por el inculpado o procesado mientras



penda el proceso penal, ya que una vez finalizado éste, ya no procede la libertad provisional sino que algunas de las medidas alternativas para el cumplimiento de la pena o procede la libertad condicional, que es concedida por el Ministerio de Justicia.

Es un derecho subjetivo público, en el sentido que es una facultad que el inculpado o procesado tiene frente al poder público.

Es irrenunciable, puesto que no es posible su disposición por parte del sujeto privado de libertad.

Es obligatorio, por cuanto el tribunal debe reconocerlo imperativamente en la medida que no concurran las circunstancias que hacen posible su denegación y se cumplan las formas y condiciones previstas por ley para su ejercicio.<sup>2</sup>

## 2.2. Formas de otorgamiento

La libertad condicional en cuanto a su forma, se condiciona a la gravedad del delito de que se trate, pudiendo proceder:

### 2.2.1. Sin caución, es decir, se concede pura y simplemente

---

La libertad provisional se concede sin caución una vez que se ha averiguado que el delito de que se trata está sancionado sólo con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio menor en su grado mínimo<sup>3</sup>.

Además, si el delito imputado no mereciere pena aflictiva, no se exigirá caución ni al procesado en cuyo favor se pronunciare en primera instancia sentencia de absolución o auto de procesamiento, aún cuando la sentencia o auto hayan de ser revisados por tribunal superior, ni al procesado condenado en primera instancia a una pena cuyo tiempo se hubiere completado durante la detención y la prisión preventiva<sup>4</sup>.

### 2.2.2. Con caución simple

---

El artículo 359 del Código de Procedimiento Penal la establece, señalando que se suspenderá el decreto de detención o de prisión preventiva contra una persona sindicada de delito a que la ley no señale pena aflictiva, siempre que ella afiance suficientemente su comparecencia al juicio y a la ejecución de la sentencia que se pronuncie<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Maturana Miquel, Cristián y Mosquera Ruiz, Mario. Apuntes de la cátedra de Derecho Procesal II. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1998

<sup>3</sup> Artículo 357 inciso 1º del Código de Procedimiento Penal

<sup>4</sup> Artículo 358 Nº 1 y 2 del C.P.P.

### **2.2.3. Con caución efectiva**

---

Se establece en los casos de delitos que tengan asignada por ley pena afflictiva y consiste en una hipoteca, o un depósito de dinero o de efectos públicos de un valor equivalente. También pueden ser constituidas por terceros<sup>6</sup>.

## **3. LIBERTAD PROVISIONAL Y EL GIRO DOLOSO DE CHEQUE**

El cheque es una orden escrita y girada en contra de un banco, para que éste pague a su presentación, el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente.<sup>7</sup>

El delito de giro doloso de cheques se configura cuando el librador gira cheques sin tener fondos o créditos disponibles en su cuenta corriente o retira los fondos disponibles después de expedido o gira sobre cuenta cerrada o no existente, o revoca el cheque por causales distintas de las señaladas en la ley, y

no consignare fondos suficientes para atender al pago del cheque, de los intereses corrientes y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días contados desde la fecha que se le notifique el protesto. En tal caso, será sancionado con las penas de presidio que contempla en Código Penal.<sup>8</sup>

En el caso de los procesos criminales seguidos por giro doloso de cheques, procederá la excarcelación de acuerdo a las reglas generales, exigiéndose además, una caución de un monto no inferior al importe del cheque, más los intereses y costas que el tribunal fije prudencial y provisoriamente. Podrá hacerse efectiva la responsabilidad civil del librador sobre dicha caución.<sup>9</sup>

Es precisamente la procedencia o no de esta caución, la que ha dado lugar a una jurisprudencia contradictoria de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, los cuales en ciertos casos se han inclinado a exigirla y otras veces han negado su procedencia por las razones que en las siguientes páginas se van a exponer.

<sup>5</sup> El artículo 359 del CPP a partir de su inciso 3° establece los 4 casos en que se aplica particularmente este tipo de caución.

<sup>6</sup> Artículo 361 de igual Código.

<sup>7</sup> Artículo 10 del DFL 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

<sup>8</sup> Artículo 22 DFL 707.

<sup>9</sup> Artículo 44 DFL 707.





# **CAPITULO II. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN LA DÉCADA DE 1990 A 2000 ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA PRISIÓN POR DEUDAS EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 22 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY 707 SOBRE CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS Y CHEQUES**

Las distintas Cortes de Apelaciones de todo el país y la Excelentísima Corte Suprema a diario están conociendo decenas de recursos, ya sea de apelación, de amparo, en el caso de las primeras, y de queja y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el caso de la segunda, en que se solicita que se otorgue la libertad provisional de los detenidos o

presos por haber cometido el delito de giro doloso de cheques de acuerdo a las normas generales, con prescindencia de la caución especial que establece el artículo 44 del DFL 707.

El tema resulta relevante puesto que se ha visto en la aplicación de esta caución una especie de prisión por deuda, por cuanto para acceder a la libertad provisional, el procesado además de tener que pagar la fianza general, debe pagar una caución que consiste en un monto no inferior al importe del cheque, más intereses y costas.

Al respecto, los tribunales en general no han sido uniformes a la hora de fallar sobre esta materia y en ciertos casos han otorgado la libertad provisional exigiendo tal caución, en tanto que otras veces la han denegado, formulando diversos argumentos para respaldar su aplicación o no aplicación.

A continuación se expondrán cada una de estas tesis en forma separada y con los fundamentos más importantes que las apoyan.

## **1. Tesis por la aplicación de la caución especial del artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes y Cheques**

Nuestras Cortes de Apelaciones a lo largo del país y nuestra Excelentísima Corte Suprema a través de numerosos fallos, dejaron vislumbrar en la década en estudio, el apoyo a esta tesis, aunque no de manera definitiva y uniforme.

Al efecto, esgrimieron numerosos y diversos argumentos para respaldarla, fundándose, por ejemplo, en que la caución de la Ley de Cheques es un requisito adicional para acceder a la libertad provisional, en la historia fidedigna del establecimiento del artículo 19 N° 7 letra e), en que la Convención Americana de Derechos Humanos no se aplicaba a las órdenes de detención emanadas del delito de giro doloso de cheques, etcétera.

Tales argumentos se desarrollarán en las próximas páginas con la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que los avalan.

### **1.1 La exigencia legal de esta caución no está en pugna con el derecho garantizado en el artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución Política de la República.**

---

En efecto, se ha señalado que tal caución no contraviene lo establecido en la Constitución en su artículo 19 N° 7 letra e), por cuanto esta norma además de consagrar de forma general el derecho a la libertad provisional, establece que ella procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad, y concluye ordenado que "La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla".

## **CAPITULO II. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN LA DÉCADA DE 1990 A 2000 ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA PRISIÓN POR**

Por lo tanto, la caución que exige el referido artículo no sería más que un requisito, la circunstancia o la modalidad que la Ley de Cheques establece para obtener la excarcelación, y no por cierto una limitación que impida el ejercicio de ese derecho, ni menos una especie de condición que vulnere la esencia de la garantía de la libertad provisional, no siendo entonces aquel precepto legal contrario a lo que establece la Constitución, guardando la debida correspondencia con la norma constitucional que consagra ese derecho, y por lo mismo, no estando en pugna con la garantía señalada en el artículo 19 N° 26 de la misma Carta Fundamental<sup>10</sup>.

En este sentido falló la Excelentísima Corte Suprema, el 25 de Junio de 1991, al conocer de un recurso de queja interpuesto por don Eduardo Lavados Valdés, parte querellante, en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago quienes habían revocado la resolución del juez de primera instancia que había concedido la libertad provisional con la caución especial del artículo 44. Así, la Excelentísima Corte decidió dar lugar al recurso, dejando sin efecto lo resuelto por la Corte de Apelaciones, en orden a no exigir la referida caución.<sup>11</sup>

Con igual razonamiento la Corte Suprema se pronunció respecto del recurso de queja N° 4474-91, caratulado “Ramírez Donoso, Jorge” y del recurso de queja N° 4438-91, caratulado “Lagos Tortilla, Lincoyán”, interpuesto en contra de los Señores Ministros de la ltma. Corte de Apelaciones de Chillán.

### **1.2 Historia fidedigna del establecimiento del artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.**

Los antecedentes legislativos referentes al establecimiento del artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que introdujo el Decreto Ley N° 2.622, de 1978, a indicación del señor Fiscal del Banco Central, confirman la tesis expuesta, desde que la Comisión de Estudios de la nueva Constitución, consultada respecto de esa proposición evacuó un informe, el que hizo suyo la Secretaría de Legislación respectiva, y que, en lo medular, consideró que aquella indicación no contravenía lo prescrito en la garantía contemplada en el artículo 1° N° 6 letra d) del Acta Constitucional N° 3, precepto que la actual Constitución reprodujo en forma casi idéntica en el artículo 19 N° 7 letra e), puesto que al disponer, la norma constitucional, que la ley establecerá los requisitos y modalidades para obtener la excarcelación, “resulta evidente que uno de estos requisitos puede ser la caución”, la cual “es adecuada a la naturaleza del delito.”

De esta forma se pronunció la Excma. Corte Suprema en Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad rechazado con fecha 4 de Septiembre de 1992.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> El artículo 19 de la Constitución establece: “La Constitución asegura a todas las personas... N° 26 La seguridad de que todos los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”

<sup>11</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII (1991), N° 2 (Mayo-Agosto), Sección 4. Sentencia con el mismo criterio en Gaceta Jurídica, N° 175, año 1995, p. 110.

### **1.3 Historia fidedigna del establecimiento del artículo 19 N° 7 letra e) de la Carta Política de 1980.**

---

La Comisión de Estudios de la nueva Constitución, al estructurar la garantía constitucional del artículo 19 N° 7 letra e) de la Carta Política de 1980, dejó expresa constancia en las actas oficiales respectivas, que tal norma garantizaba de un modo general el derecho a la libertad provisional de los detenidos o procesados, sin perjuicio de las restricciones necesarias para el éxito del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad, y de la conveniencia de que fuera la ley la que estableciera los requisitos y modalidades para obtenerla, entre los cuales se señaló a la fianza o caución como condición para conseguirla. (Sesiones 117 y 118, celebradas el 29 de abril y el 6 de junio de 1975)

En este sentido falló la Corte Suprema en sentencia de 10 de Septiembre de 1991, recaída en recurso de queja caratulado “Tejos Canales, Alejandro”, en donde ésta acoge el recurso y hace exigible la caución especial de la Ley de Cheques.<sup>13</sup>

Este argumento nos ratificaría la idea que la cuestionada caución no es inconstitucional, sino que es un requisito impuesto por la ley, en forma complementaria a los establecidos en la Constitución, para obtener la libertad provisional de los procesados por giro doloso de cheques, conforme a la propia historia fidedigna del establecimiento del artículo 19 N° 7 letra e) de ésta.

### **1.4 El artículo 44 de la Ley de Cheques no contraviene al artículo 7 N° 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

---

El 5 de enero de 1991, se publicó en el Diario Oficial el Decreto N° 873, que ordena cumplir en todas sus partes la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”. En lo que interesa examinar, nuestros Tribunales han señalado que en el artículo 7° de ese pacto se consagra lo referente al derecho a la libertad personal, a la seguridad personal y sus garantías, y entre éstas, en lo que concierne a la prisión preventiva, en su numerando 5° ese precepto dispone, que toda persona detenida deberá ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe su proceso, y establece, además, que esa libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. Tal circunstancia y preceptiva, como puede apreciarse, encuentran también perfecta armonía con la normativa legal y constitucional en estudio.

En el numerando 7° del comentado artículo 7° del “Pacto de San José”, se asegura el derecho de que nadie será detenido por deudas, pero tal norma no resulta contrariada por el artículo 44 de la Ley de Cheques, en cuanto a la caución que establece, desde que

<sup>12</sup> Fallos del Mes N° 406, año 1992, p. 664.

<sup>13</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII (1991), N° 3 (Septiembre-Diciembre), Sección 4.



dada su naturaleza jurídica no se trata propiamente de la exigencia de una deuda civil sino que de una simple condición legal para que los individuos privados de libertad, por delitos descritos en esa ley, puedan obtener su excarcelación asegurando de ese modo su comparecencia en el juicio.

Así se pronunció el 30 de Enero de 1992, la Excma Corte Suprema, la cual acogió el recurso de queja caratulado “Agrícola Valdemoso Ltda.”, Rol N° 4.065, imponiendo la caución especial del artículo 44 de la Ley de Cheques como condición para acceder a la libertad provisional, señalando que la aplicación de dicha caución no es contraria al artículo 7 N° 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prohíbe la prisión por deudas.<sup>14</sup>

El argumento antes expuesto se ha esgrimido en vista a que muchos han considerado que la exigencia de la caución del artículo 44 es un caso de prisión por deuda, ya que los encarcelados por el delito de giro doloso de cheques, para acceder a la libertad provisional, deben pagar una fianza y esta caución, la cual consiste, como se ha dicho, en el pago del importe del cheque, más intereses y costas. Por lo tanto, esto equivaldría a cobrar el total de la deuda para acceder a la libertad, lo cual estaría infringiendo el Pacto.

Sin embargo, el razonamiento de la Corte está en perfecta concordancia con los señalados en los números precedentes, en orden a considerar la caución como un requisito para obtener la libertad provisional, y no como un caso de prisión por deuda, ya que la exigencia de ella no se mira como la pretensión de una deuda civil, sino como la condición legal para acceder a ella.

### **1.5 El Pacto de San José de Costa Rica no se aplica a las órdenes de detención emanadas de delitos de giro doloso de cheques, ya que no hay prisión por deudas sino que hay delito.**

En Recurso de Amparo conocido por la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas interpuesto por don Francisco Javier Mansilla a favor de don Arturo Ocampo Buljan, quien estaba procesado, acusado y encarcelado por el delito de giro doloso de cheques, en contra del Juez del Cuarto Juzgado del Crimen de esa ciudad, no se dio lugar a tal recurso por cuanto se estimó que el pacto de San José de Costa Rica no se aplicaba a las órdenes de detención emanadas de los delitos de giro doloso de cheques, pues no se trataba de una prisión por deudas, sino que de la perpetración de un hecho ilícito tipificado de la manera prevista por el inciso 7° del número 3° del artículo 19 de la Constitución Chilena (principio de legalidad o reserva).

Además se tuvo en cuenta que el mismo tratado internacional establece en su artículo 7° N° 2 que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, lo cual corrobora el principio antes señalado.”<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Gaceta Jurídica, N° 141, año 1992, p. 58.

En otro Recurso de Amparo conocido por la misma Corte de Apelaciones, esta vez en Marzo de 2000, en causa Rol N° 70.576-00<sup>16</sup>, interpuesto por don Luis Díaz Coñuecar a favor de doña Alicia Gallardo Mansilla, quien estaba procesada por presunto delito de giro doloso de cheques, en contra del Juez del Juzgado de Letras del Crimen de Puerto Natales, se rechazó el recurso (fallo que fue apelado por los concurrentes y conocido por la Excma. Corte Suprema la cual lo declaró inadmisble), argumentándose, entre otros aspectos, que no parecía acorde con los principios jurídicos-penales chilenos afirmar que en la especie pueda haber, ni aún eventualmente, un encarcelamiento por deudas, dado que en el caso en cuestión, la encarcelada se encontraba privada de libertad y bajo prisión preventiva, por estar procesada y acusada en condición de autora de delitos reiterados de giro doloso de cheques, lo cual es absoluta y legalmente compatible con lo exigido en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal<sup>17</sup> para el sometimiento a proceso, ya que la prisión preventiva es uno de sus primeros y principales efectos, como se desprende del artículo 277 del Código citado; lo que en suma, significa que el amparado está privado de libertad no con ocasión de una deuda impaga u obligación no solucionada, sino como consecuencia de una medida cautelar personal plenamente autorizada por el ordenamiento jurídico vigente para asegurar la persona de un agente delictual.

Por lo tanto, podemos concluir que en este caso, la jurisprudencia ha estimado que por la naturaleza misma del delito y por las mediadas cautelares con que cuenta el sistema, la prisión preventiva es solamente un efecto del sometimiento a proceso por el cometimiento de un delito, y en ningún caso se trataría de una prisión por deuda por el no pago o incumplimiento de una obligación de dar.

## **1.6 Delito de giro doloso de cheques es un delito formal.**

---

Resulta lógico que uno de los requisitos para obtener la libertad provisional puede ser la caución del artículo 44 de la Ley de Cheques, y con mayor razón en este caso en que el delito de giro doloso de cheques es un delito formal, que existe por el sólo hecho de no haberse consignado los fondos suficientes para atender al pago, intereses y costas, dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se haya notificado judicialmente al librador del protesto respectivo.<sup>18</sup> Así lo establece el artículo 22 de la Ley de Cheques. Por lo tanto, no se requieren más pruebas que la de corroborar que dentro de esos tres días no se consignaron los fondos.

<sup>15</sup> Gaceta Jurídica N° 232, año 1999, p 156.

<sup>16</sup> Gaceta Jurídica, N° 238, año 2000, p. 118.

<sup>17</sup> El artículo 274 del Código de procedimiento penal establece: "Después que el juez haya interrogado al inculpado, lo someterá a proceso, si de los antecedentes resultare: 1° Que está justificada la existencia del delito que se investiga, y 2° Que aparecen presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. El juez procesará al inculpado por cada uno de los hechos punibles que se le imputen, cuando concurren las circunstancias señaladas.

<sup>18</sup> Revista Gaceta Jurídica N° 141, año 1992, p. 58.

## **1.7 El cheque como instrumento de pago en que hace fe la sociedad.**

La caución especial que se pretende exigir es adecuada a la naturaleza del delito, en tanto el cheque es un instrumento de pago en que hace fe la sociedad y que, por lo tanto, las disposiciones legales que perjudican su eficacia, afectan la seguridad de la sociedad.

19

En recurso de amparo conocido y fallado por la ltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas el 20 de octubre de 1999, bajo el Rol N° 69.502, se señaló además, que resultaba legítimo concluir que la modalidad introducida por el artículo 44 de la Ley de Cheques, no pugnaba con la Constitución sino que, por el contrario, constituía una manera especial de hacer provisionalmente la prisión preventiva del procesado, que estaba en armonía con la naturaleza misma del delito de giro doloso de cheques que, en esencia, atentaba contra varios bienes jurídicos en forma simultánea y no contra uno solo en forma particular, cuales son el patrimonio, la fe pública y el orden público económico y socioeconómico en conjunto.<sup>20</sup>

Postura de la Corte Suprema respecto de Recursos de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad

El pleno de la Corte Suprema, frente a la solicitud de que se declare inaplicable la parte final del artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques<sup>21</sup> (que exige que para que un procesado por dicho ilícito pueda obtener su excarcelación, se debe rendir una caución por un monto no inferior al importe del cheque, más intereses y costas), por considerarse que es contrario a las normas contenidas en el artículo 19 números 2, 3, 7 letra e) y 26 de la Constitución Política de la República, decidió declarar sin lugar tal recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Política de la República y lo dispuesto en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, señalando al efecto:

Que, el artículo 19 número 7 letra e) de la Constitución Política de la República prescribe textualmente: “La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”. El artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, cuya inaplicabilidad se solicita que se declare debido a que es contrario al precepto constitucional transcrito, es del siguiente tenor: “En los procesos criminales por los delitos contemplados en los artículos 22 y 43, procederá la excarcelación de acuerdo a las reglas generales. En todo caso se exigirá, además, caución y no se admitirá otra que no sea un depósito de dinero de un monto no inferior al

<sup>19</sup> <sup>18</sup> Idem, p. 664

<sup>20</sup> Gaceta Jurídica, N° 232, año 1999, p. 156.

<sup>21</sup> Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad fallado el 3 de Septiembre de 1999 en causa Rol N° 1.359-99. Véase en Gaceta Jurídica N° 231, año 1999, p 88.

importe del cheque, más los intereses y costas que fije prudencial y provisionalmente el tribunal”.

Que, para poder pronunciarse acerca de la materia sometida a la consideración del tribunal, es menester determinar cuál es el exacto alcance del referido precepto legal, como también la finalidad perseguida por el constituyente al consagrar la garantía constitucional establecida en el artículo 19 número 7 letra e) de la Carta Fundamental.

Que, de acuerdo a lo que dispone el inciso 2º del artículo 19 del Código Civil, para interpretar una expresión obscura de la ley se puede recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento. Al efecto, corresponde tener presente que en los antecedentes legislativos referentes a la exigencia de la caución que se contempla en el artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques consta que ante una consulta que se planteó en el año 1978 a la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, ésta precisó que tal exigencia no contraviene el principio establecido en el artículo 1º número 6 letra d) del Acta Constitucional N° 3, que en su tenor casi literal reprodujo el artículo 19 número 7 letra e) de la Constitución vigente; se estimó que si bien la libertad provisional era un derecho, sería la ley la que establecería los requisitos y modalidades para obtenerla, se dijo también: “Es evidente que uno de estos requisitos puede ser la caución”. Ampliando las razones para explicar este criterio, se agregó: “Si bien esta Comisión comprende que la facultad del legislador para establecer los requisitos y modalidades que deben cumplirse para obtener la libertad provisional, no pueden llegar hasta el extremo de desconocer la esencia misma de este derecho, no es menos cierto que, en este caso específico, la caución que se pretende exigir es adecuada a la naturaleza del delito. La Comisión no ha podido desentenderse tampoco del hecho de que el cheque es un instrumento de pago en que hace fe la sociedad y que, por lo tanto, las disposiciones legales que perjudican su eficacia en cierto modo afectan la seguridad de la sociedad”.

Que, en consecuencia, la exigencia de la caución dispuesta por el artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques constituye uno de los requisitos o modalidades que el precepto constitucional deja entregado a la facultad del legislador para reglar el beneficio de la excarcelación, lo que además se corrobora con el comentario que consta en las Actas de la Comisión de la actual Constitución, en relación al artículo 19 número 7 letra e) (sesiones N° 17 y 118 celebradas el 29 de abril de 1975 y 6 de junio del mismo año, respectivamente), parecer que deja en claro que la ley puede ordenar restricciones, sea para asegurar el éxito de la investigación, la seguridad del ofendido o de la sociedad. Por consiguiente, si bien el número 7 del artículo 19 de la Carta Fundamental dispone como principio general el derecho a la libertad que le corresponde a los procesados, la ley puede establecer ciertas restricciones, tales como exigir una caución para lograrla, considerando al efecto las seguridades aludidas.

Que abona lo señalado, la circunstancia de que entre las modalidades previstas por el número 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, está garantizar la seguridad del ofendido, exigencia que no puede circunscribirse únicamente a la vida, a la integridad física o a la libertad personal de la víctima; la noción de seguridad ha de entenderse según la naturaleza del delito de que se trata. En la especie, el giro doloso de cheques produce un menoscabo al patrimonio del portador del documento, de modo que

resulta comprensible el requisito de una caución equivalente a su valor para otorgar la libertad a su girador, pues es voluntad de la ley la confiabilidad de ese documento, lo que explica que el mismo artículo 44 de la Ley de Cheques se preocupe de precisar que “la responsabilidad civil del librador podrá hacerse efectiva sobre dicha caución”.

Que, atendido lo expuesto, se debe concluir que la disposición cuya inaplicabilidad se solicita declarar, no está en contradicción con el artículo 19 número 7 letra e) de la Constitución Política de la República y, por lo mismo, debe ser aplicada cuando se concede la libertad provisional a los procesados sujetos a la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

## **2. Tesis de la no aplicación de la caución especial exigida por el artículo 44 de la ley de cuentas corrientes bancarias y cheques**

Así como parte de la jurisprudencia nacional ha respaldado la postura de exigir la señalada caución, otra parte de la jurisprudencia ha estado por su no aplicación, esgrimiendo al efecto distintos argumentos jurídicos que validan esta postura ante un tema que no ha dejado de ser controvertido en la última década.

De este modo, han primado algunos argumentos por sobre otros, entre los cuales se destacan cuatro, como son: el que señala que el artículo 44 de la Ley de Cheques estaría derogado tácitamente por la Constitución Política de la República, el que estima que dicho artículo contraviene el derecho a la libertad provisional, el que se inclina por la contravención de esa norma al artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, y el que dice relación con que la caución especial es contraria al artículo 7 N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica. Todas estas posturas serán la materia prima de esta parte del trabajo y se desarrollarán in extenso a continuación.

### **2.1 Derogación tácita del artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques por la Constitución Política de la República**

---

La caución exigida por el artículo 44 de la ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, o Ley de Cheques, presenta un esencial problema de contradicción con la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales aprobados por Chile, lo cual exige determinar cual es la vía procesal adecuada para solicitar que se deje de exigir tal caución. Para ello es importante determinar primero la fecha de entrada en vigencia de la Ley de Cheques.

Se ha discutido acerca de la fecha cierta en que se estableció el artículo 44, existiendo dos posturas: una dice que su texto quedó fijado por el DFL N° 2.622 del 25 de abril de 1.979, y una segunda postura que dice que fue establecido por el DFL N° 707 el 21 de julio de 1982. La importancia de la fecha en que comenzó a regir la norma, radica

en que de acuerdo con la doctrina predominante actualmente en el pleno de la Excelentísima Corte Suprema, la declaración de inconstitucionalidad por interposición del recurso de inaplicabilidad, sólo procede respecto de los preceptos legales posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución Política actual del 11 de marzo de 1981. Ahora, tratándose de las normas legales promulgadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución y que resulten contradictorias con el texto fundamental, deberán ser declaradas tácitamente derogadas en todo o en parte, por los jueces de la instancia.

Esta doctrina no ha sido siempre la que ha predominado. Durante la vigencia de la Constitución Política de 1.925, no se diferenciaba entre normas dictadas con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta Fundamental imperante, por el contrario, sólo se analizaba el texto de la norma impugnada y se determinaba si era contraria o no a ella.

A partir de 1.978, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido mayoritariamente, que la contradicción entre un precepto legal anterior a la entrada en vigencia de la Constitución y el texto de esta última, es una cuestión de derogación tácita de leyes por la norma superior posterior y que corresponde ser declarada por el Juez a quo o de la instancia y no por la Corte Suprema. Sin embargo y en ocasiones excepcionales, la Corte Suprema ha entrado en conocimiento de recursos de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad interpuestos contra la aplicación de preceptos legales promulgados con anterioridad al 11 de marzo de 1.981, pero en definitiva no ha dado lugar a la Inaplicabilidad, fundándose en el argumento de la derogación tácita.

“Es el recurso de inaplicabilidad el establecido precisamente para encarar y resolver si alguna de esas leyes ordinarias contradice o no una determinada regla constitucional en términos de oposición total y decisiva”.<sup>22</sup>

En la actualidad, la tendencia predominante es la “Derogación Tácita” de acuerdo con el artículo 52 del Código Civil<sup>23</sup>. La existencia de minorías, que se oponen a la aplicación del artículo 52, resultan claves en el conflicto generado por el artículo 44, considerando que la fecha correcta del establecimiento de esta norma es el 25 de abril de 1979 con la dictación del DFL N° 2.622, ya que el DFL N° 707 del 21 de julio de 1982, sólo fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, permitiendo aclarar que es una norma anterior a la Constitución de 1.981, por lo tanto, y siguiendo la doctrina mayoritaria de la Corte Suprema, esta norma debe ser declarada tácitamente derogada por la Constitución, en cada caso particular por los jueces a quo.

Resulta importante decir, que el artículo 19 N° 7 letra e) de la Carta Fundamental, es posterior y superior al mencionado artículo 44, el cual no persigue, a saber, ninguno de los tres fundamentos constitucionales que permiten a un Juez de la instancia denegar la libertad provisional.

<sup>22</sup> Fallos del Mes N° 284, año 1982, p. 249.

<sup>23</sup> Artículo 52 del Código Civil: “La derogación de las leyes será expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga a la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial.

## **CAPITULO II. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN LA DÉCADA DE 1990 A 2000 ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA PRISIÓN POR**

En el mismo sentido, nuestra Excelentísima Corte Suprema, con fecha 5 de mayo de 1993 conociendo de un recurso de queja, se pronunció revocando la sentencia apelada, estableciendo en el considerando 1º:

“Que los únicos fundamentos que pueden llevar a denegar la libertad provisional, de acuerdo con la Constitución Política, son aquellos relativos a que la prisión sea necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad toda, por existir antecedentes graves que el encausado tratará de eludir la acción de la Justicia o continuará con su actividad delictiva, de manera que desapareciendo esos supuestos la libertad debe concederse”. El considerando 2º dice igualmente:

“Que el artículo 44 de la ley de cheques al exigir una caución no inferior al importe del cheque, más intereses y costas, se aparta de la norma constitucional, pues está imponiendo un requisito específico que no está comprendido en ninguno de los tres motivos comprendidos en el artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución, que permiten, fundándose en ellos, denegar la libertad provisional, considerando además que la norma constitucional es posterior al artículo 44, siendo derogada tácitamente por ésta y no procediendo en la actualidad la exigencia de dicha caución”.<sup>24</sup>

De igual forma se ha pronunciado en distintas oportunidades, como es el caso de la resolución recaída en el amparo conocido por la Corte Suprema, con fecha 15 de Diciembre de 1998 y en cuyo considerando tercero estableció, que la antinomia anotada se resuelve por la vía de la derogación tácita efectuada por la norma superior posterior, esto es, por la Constitución Política de la República, motivo por el cual tal exigencia no puede ser requerida al procesado para obtener la libertad provisional.

De esta forma la Corte Suprema resolvió de acuerdo al artículo 52 del Código Civil, la derogación tácita del artículo 44, revocando así la sentencia apelada de 3 de diciembre de 1998 que rechazó el amparo y estableciendo en su lugar que se concede la libertad provisional con el sólo hecho de satisfacer la fianza fijada de acuerdo con las normas generales.<sup>25</sup>

Resulta claro, como la Corte Suprema en estos dos fallos citados, al igual que en tantos otros, se ha pronunciado por la doctrina de la “Derogación Tácita” del artículo 44 de la Ley de Cheques por el artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución, siguiendo el artículo 52 del Código Civil y estableciendo además que no sería posible la declaración de inaplicabilidad de una norma legal contraria a la Constitución que hubiere sido dictada con anterioridad a ella, por cuanto, técnicamente, el problema es otro; se trata de lo que se denomina “Supervivencia de la Ley en el Tiempo”, que no cabe dentro de la hipótesis del Recurso de Inaplicabilidad, siendo más bien un asunto que compete a los Jueces de la instancia, como se ha señalado. De esta manera, si una ley contiene preceptos contrarios a la Carta Fundamental que ha sido dictada con posterioridad a ella, las disposiciones de ésta derogan las de aquélla en lo que se contraponga al nuevo texto constitucional.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Gaceta Jurídica N° 155, año 1.993, p. 100.

<sup>25</sup> Gaceta Jurídica N° 222, año 1.998, p. 103.

Para aclarar toda duda, se debe tener en cuenta el artículo 80 de la Constitución, el cual faculta a la Corte Suprema en forma exclusiva, para declarar inaplicable todo precepto legal contrario a la Carta Política en casos particulares. Esto vale decir que el artículo 80 se refiere a normas que se encuentran vigentes. Así resulta que sólo son susceptibles de Recurso de inaplicabilidad las normas legales aplicables actualmente, y las que no lo son quedan excluidas del ámbito de este recurso, no importando para el caso que la norma que no está en vigencia se encuentre o no conforme a la Constitución actual. Esto resulta de entender, que la norma que no está en vigencia no es susceptible de inaplicabilidad porque no corresponde ser aplicada y por ello la falta de importancia respecto de su conformidad o no con la Constitución, considerando que la derogación tácita es una de las formas en que una norma pierde su vigencia, declarándolo así el juez de la instancia para el caso particular y no la Corte Suprema, como sí corresponde con el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.

A pesar de lo expuesto, resulta interesante constatar que la Corte Suprema en ciertas oportunidades ha fallado estableciendo que no corresponde la aplicación del artículo 44 de la Ley de Cheques, ya que es una norma de menor jerarquía que los artículos 19 N° 7 y 26 de la Constitución, cuya aplicación preferente debieron realizar los jueces que conocían esas causas, concediendo a los reos la libertad provisional exigiendo fianzas a rendirse en alguna de las formas previstas en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, sin exigir la caución del artículo 44.

Sorprende ver la falta de profundidad, por decir lo menos, con que la Corte Suprema ha analizado estas causas, ya que si bien ha sido capaz de destacar la inferioridad jerárquica de la caución del artículo 44, no ha sido lo suficientemente acuciosa, como en la mayoría de las oportunidades, para advertir que la norma además es de una data anterior, por lo tanto, al tratarse de una norma inferior y anterior a la norma constitucional es por tanto derogada tácitamente por ésta, como se explicó anteriormente.<sup>27</sup>

## **2.2 El artículo 44 de la Ley de Cheques contraviene el Derecho a la Libertad Provisional**

---

Del artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución, así como del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, se desprende que la libertad provisional es la regla general en nuestro ordenamiento jurídico y sólo excepcionalmente puede ser negada por los tres motivos contemplados en el artículo constitucional referido, siendo estos últimos: mantener la prisión o detención del individuo porque es necesario para la investigación del sumario criminal, necesario para la seguridad del ofendido o para la seguridad de la sociedad.

La libertad provisional es una institución creada con el fin de asegurar al detenido o

<sup>26</sup> Fallos del Mes N° 390, año 1.991, p. 130; Gaceta Jurídica N° 150, año 1.992, p.62; Fallos del Mes N° 414, año 1.993, p. 304; Fallos del Mes N° 412, año 1.993, p. 58; Fallos del Mes N° 393, año 1.991, p. 402; Gaceta Jurídica N° 159, año 1.993, p. 132 Y Fallos del mes N° 433, año 1.994, p. 1.012.

<sup>27</sup> Gaceta Jurídica N° 230, año 1.999, p 111; Gaceta Jurídica N° 232, año 1.999, p 156 y Gaceta Jurídica N° 237, año 2.000, p.145.



## **CAPITULO II. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN LA DÉCADA DE 1990 A 2000 ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA PRISIÓN POR**

preso, el reconocimiento de que su situación procesal es incierta ya que no existe condena en su contra, por lo cual resulta injusto mantenerlo privado de su libertad, pudiendo en definitiva resultar inocente de los cargos en su contra, Es por eso que de manera excepcional el Juez podrá negar la libertad provisional fundándose en alguna de las tres causas constitucionales.

El mencionado artículo 19 N° 7 letra e), en su parte final dispone "...la ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla", ordenando a la ley establecer las cuestiones prácticas necesarias para el goce de la libertad provisional, pero en ningún caso está dejando una puerta abierta para que la ley establezca otras excepciones que permitan a los tribunales frustrar el goce de la mencionada garantía constitucional .

El artículo 44 de la Ley de Cheques, al exigir el pago de una caución que asciende al total de lo adeudado, está excediendo el mandato constitucional, creando así, una nueva y cuarta excepción que exige al detenido o preso disponer de una determinada suma de dinero para conseguir su libertad, siendo ésta una condición que en nada se relaciona con los tres fundamentos constitucionales que permiten al tribunal no conceder la libertad provisional. Difícil resulta entender, entonces, como el no depositar la caución exigida pueda poner en peligro la investigación del sumario o la seguridad del ofendido o de la sociedad.<sup>28</sup>

Nuestra Excelentísima Corte Suprema, en este mismo sentido ha fallado que el artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución Política de la República, establece la procedencia de la libertad provisional del procesado a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para la investigación del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad, ninguna de cuyas situaciones aparece configurada en la especie.

Además, en esta situación, la disposición constitucional debe prevalecer sobre lo dispuesto en la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques en su artículo 44, ya que la Carta no condiciona la excarcelación del reo a ningún otro requisito.<sup>29</sup>

Igualmente la Corte Suprema se pronunció en distintas oportunidades, como lo hizo en un fallo de 1.993, donde estableciendo que la Constitución Política ha consagrado en su artículo 19 N° 7 letra e), una garantía o derecho a la libertad que no puede quebrantarse o deteriorarse ni por la ley ni por la autoridad, salvo en las excepciones contempladas en la misma norma, la que agrega que la ley establecerá los requisitos y modalidades para obtener la libertad provisional, lo que se ha cumplido por el legislador con las modificaciones introducidas al título IX del libro II del Código de Procedimiento Penal. La caución del artículo 44 constituye un grave quebrantamiento al principio general de la libertad mediante excarcelación y no encontrando fundamento entre las excepciones constitucionales ni en otras disposiciones legales.

Es importante tener conciencia, de que el régimen de excarcelación consagrado en

<sup>28</sup> Revista de Ciencias Penales. Rivera Villalobos, Hugo. "Alcances Críticos al delito de Giro Doloso de Cheque", tomo XXXVII. Vol. I, p.51

<sup>29</sup> Fallos del Mes N° 398, año 1.991, p. 326.

la Ley de Cheques se opone también a otras normas relativas a la posibilidad de conseguir la libertad, ya que la libertad provisional no es la única forma. También existe la figura de la “Remisión Condicional de la Pena”, consistente en la suspensión del cumplimiento de la condena y en la discreta observación y asistencia de la autoridad administrativa durante cierto tiempo. Para que opere, la ley exige entre otras condiciones, la satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por sentencia, no obstante el tribunal en caso de impedimento justificado podrá prescindir de dicha exigencia sin perjuicio de que se persigan por las reglas generales.<sup>30</sup>

La Corte Suprema ha fallado estableciendo que la Remisión Condicional de la Pena procede en el caso del Delito de Giro Doloso de Cheques, sin necesidad de satisfacer la responsabilidad civil originada por el hecho de haber quedado impago el cheque, y existiendo impedimento justificado, ha de otorgarse el beneficio con el sólo pago de las costas del juicio, señalando además que de exigirse el pago del importe del cheque, no tendría sentido el beneficio ya que desaparece el delito y habría que sobreseer definitivamente al reo, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley de Cheques.

La exposición anterior permite concluir que la norma del artículo 44, resulta ilógica en observancia del ordenamiento jurídico nacional, ya que en la posición de un procesado por giro doloso de cheques, quien puede finalmente resultar inocente, para lograr conseguir la libertad provisional debe caucionar el importe del cheque más costas e intereses, en cambio un sujeto condenado por sentencia judicial ejecutoriada, puede conseguir el beneficio de la Remisión condicional de la Pena, obteniendo así su libertad sin necesidad de caucionar el importe del cheque si existe un impedimento justificado, excusa que el artículo 44 no estima, resultando una situación a lo menos contradictoria, representativa de problemas de inadecuación de leyes, al tener un ordenamiento jurídico que beneficia al responsable condenado por haber girado fraudulentamente un cheque y perjudicando con impedir hacer uso de su derecho a la libertad provisional al simple procesado , quien aún no es declarado culpable y que puede incluso ser en definitiva declarado inocente, contraviniéndose además el Principio Penal que dicta “se presume inocente hasta que se pruebe lo contrario”.

### **2.3 La caución especial exigida por el artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques contraviene al artículo 19 N° 26 de la actual Constitución Política de la República**

---

El 19 N° 26 de la Constitución Política prescribe:

“La Constitución asegura a todas las personas: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Esta norma constitucional es conocida como “la garantía de las garantías”, ya que su

<sup>30</sup> Ley N° 18.216, artículo 5°.

## **CAPITULO II. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN LA DÉCADA DE 1990 A 2000 ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA PRISIÓN POR**

rol es garantizar la seguridad de las normas que por mandato constitucional complementan, regulan o limitan las garantías establecidas por ella. Importante es que exista el mandato expreso o la autorización explícita en la Constitución, haciendo inobjetable constitucionalmente la norma, es decir, que los preceptos legales no pueden regular, complementar o limitar los derechos y libertades sin orden o permiso expreso del poder constituyente.<sup>31</sup>

La parte final de este artículo ha sido comentado por el Tribunal Constitucional, que ha resuelto:

“Un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se le impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”.<sup>32</sup>

Efectivamente el artículo 19 N° 7 letra e), contempla un mandato constitucional: “que la ley establecerá los requisitos y modalidades para obtener la libertad provisional”. Si bien la ley ha sido llamada a complementar la garantía en dichos sentidos, esto no significa otra cosa que establecer los requisitos prácticos y las modalidades administrativas necesarias para que éstos cumplan realmente los efectos perseguidos por la ley, y en ningún caso ordena o permite el establecimiento legal de una cuarta o quinta excepción que permita a los tribunales de justicia denegar fundadamente la libertad provisional.

El artículo 44 de la Ley de Cheques, establece una caución especial consistente, como se ha dicho antes, en el importe del cheque más intereses y costas fijados prudencialmente por el Juez, como requisito especial para conseguir la libertad provisional quien se encuentre detenido o preso por el delito de giro doloso de cheques, lo que acorde con el párrafo anterior, resulta contrario al mandato constitucional por no representar un caso de reglamentación de las normas constitucionales, sino que uno de imposición de límites no reconocidos por el constituyente. Es más, el legislador ha excedido los límites del mandato fundamental afectando la libertad provisional con una mera declaración que no tendrá valor práctico respecto del delito de giro doloso o fraudulento de cheque, ya que si el procesado paga la caución exigida por el artículo 44, obtendría el Sobreseimiento Definitivo conforme al inciso 8° del artículo 22<sup>33</sup>, poniendo fin al juicio. Está claro que la libertad provisional, garantía constitucional previa a la libertad definitiva, y por ende al sobreseimiento definitivo, queda compungida a cumplir con una exigencia gravosa que hace desaparecer lo sustancial en este delito, que es el no pago del cheque, no dejando oportunidad a la institución debido al término del juicio.

<sup>31</sup> Cea Egaña, José Luis. Apuntes de Clases, Cátedra de Derecho Político. Universidad de Chile, 1998

<sup>32</sup> Sentencia de 24 de Febrero de 1987, “Fallos del tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de julio de 1992”. Recopilación e Índices de Rafael Larraín Cruz. Editorial jurídica de Chile. Santiago, 1993, p. 38.

<sup>33</sup> El artículo 22 inciso 8° establece: En cualquier momento en que el procesado o condenado pague el cheque, los intereses corrientes y costas judiciales, el juez sobreseerá definitivamente, a menos que de los antecedentes del proceso aparezca en forma clara que el procesado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar

La Corte Suprema en este sentido se ha pronunciado estableciendo que: “de conformidad a lo expuesto y lo normado por el artículo 19 N° 26 y el artículo 52 del Código Civil, se revoca la sentencia apelada de 3 de diciembre en curso, en cuanto rechazó el recurso de amparo y se resuelve que se acoge, debiendo únicamente el procesado Manuel De la Torre Blanco, para obtener su libertad provisional, satisfacer la fianza fijada por los jueces de la instancia y no así la caución”.<sup>34</sup>

Así, la Corte Suprema deja patente la oposición, en términos teóricos y prácticos, existente entre el artículo 44 y el 19 N° 26 de la Constitución.

## **2.4 La caución especial exigida por el artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques contraviene al artículo 7 N° 7 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, ratificado por Chile en 1991**

---

La “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, conocida como “Pacto San José de Costa Rica”, dispone en su artículo 7 N°7:

“Nadie podrá ser detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de la autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”.

La norma es clara, prohíbe limitar la libertad personal mientras no se satisfagan o garanticen obligaciones civiles patrimoniales, salvando el caso de deudas por incumplimiento de deberes alimentarios. No resulta difícil percatar la oposición que presenta a esta norma el artículo 44, ya que el girador del cheque permanecerá en prisión hasta que pague la deuda, vale decir, no obtendrá su libertad mientras el acreedor beneficiario del cheque no sea pagado en el valor del documento, intereses y costas judiciales.

Si bien, el “Giro Doloso de Cheques no configura prisión por deudas, es justamente el artículo 44 el que lo convierte en tal, al exigir el monto de lo adeudado, adicionalmente a la fianza exigible de acuerdo con las normas generales para obtener la libertad, y que en ningún caso será provisional, sino definitiva como se explica en el punto anterior.

Es el inciso 8° del artículo 22 del Decreto con Fuerza de Ley 707, quien se encarga de reafirmar el carácter de prisión por deudas, que da el artículo 44 de la ley de cheques al giro fraudulento de cheques, al establecer:

“En cualquier momento que el procesado o condenado pague el cheque, los intereses y las costas judiciales, el juez sobreseerá definitivamente, a menos que de los antecedentes del proceso aparezca en forma clara que el procesado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar”.

Esta excusa absolutoria acusa, como se señala anteriormente, el carácter de prisión por deudas que establece el artículo 44, reforzado por el citado artículo 22, que permite por su parte, sobreseer definitivamente al procesado o condenado cuando pague, no

---

<sup>34</sup> Gaceta Jurídica N° 222, año 1998, p. 103.

## **CAPITULO II. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN LA DÉCADA DE 1990 A 2000 ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA PRISIÓN POR**

dejando cabida a la libertad provisional ya que sólo permite optar, al que tiene el poder adquisitivo suficiente para elegir pagar o no, entre no pagar y continuar bajo prisión preventiva, o pagar y conseguir el sobreseimiento definitivo con la libertad definitiva como consecuencia.

Es aún más injusta la situación provocada por el artículo 44, si se analiza desde un punto de vista económico, ya que favorece únicamente a los giradores que en principio parecían más reprochables, los que disponen de medios para pagar, o sea, que no lo hicieron a tiempo por no querer o no preocuparse lo suficiente de sus obligaciones, dejando en la misma situación a quienes no pagaron por mala fortuna y se encuentran en la pobreza.<sup>35</sup>

La Corte Suprema se ha pronunciado en este sentido, estableciendo que el artículo 7 N° 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene plena vigencia en nuestro país en virtud del artículo 5° de la Constitución Política de la República, afirmando que no cabe duda alguna, que al exigirse una caución equivalente al importe del cheque, los intereses y costas, la permanencia del girador en un recinto carcelario sería una prisión por deudas, expresamente prohibida en la actualidad.<sup>36</sup>

La importancia de este fallo radica en dos aspectos. Primero, señala la aplicación directa que se debe hacer de las normas contempladas en los tratados internacionales aprobados por Chile, en virtud del artículo 5 de la Constitución y segundo, declara expresamente que la caución especial del artículo 44 de la ley de cheques, constituye un caso de prisión por deudas, prohibido por el ordenamiento nacional e internacional.

En idéntico sentido, el voto disidente del Abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, señor Joaquín Curtze, fue de parecer que se debió acoger el amparo deducido, por cuanto estima el voto de la mayoría de la Excelentísima Corte Suprema respecto de la aplicación de las normas del Pacto de San José de Costa Rica, el cual resulta aplicable en la especie, por tanto la libertad puede concederse bajo fianza simple sin necesidad de caución.<sup>37</sup>

En opinión del señor Milton Juica Arancibia y don Fernando Castro Alamos, de acuerdo con lo resuelto por nuestros tribunales de justicia, atendida la naturaleza del cheque y el efecto que produce en cuanto a la extinción de obligaciones, su pago en juicios civiles como penales, provoca el perjuicio del procesado por delito de giro doloso de cheques que no está en condiciones de pagar el crédito representativo de aquellos documentos, de acuerdo con la exigencia que impone el artículo 44, encontrándose en una situación de privación de libertad por no tener la solvencia económica suficiente para satisfacer el pago de los cheques protestados, por lo que esta norma se encuentra en contradicción evidente con el artículo 7 N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Etcheberry, Alfredo. "Derecho Penal", tomo III. Parte Especial. Segunda edición, Carlos Gibbs. Santiago. P. 475.

<sup>36</sup> Gaceta Jurídica, N° 237, año 2000, p. 145.

<sup>37</sup> Fallos del Mes, N° 390, año 1991, p. 130.

<sup>38</sup> Informe Ministro señor Milton Juica Arancibia y del Abogado Integrante señor Fernando Castro Alamos. Gaceta Jurídica, año 1992, N° 141, p. 61.

## CONCLUSIONES

Aún cuando en Chile se ha puesto progresivamente en vigencia un nuevo sistema Procesal Penal que pretende otorgar un mayor respeto a las garantías personales de los individuos y subsanar las antiguas lagunas y vicios legales, no es menos cierto que algunos puntos de la legislación penal sustantiva actual, como es el caso del artículo 44 de la Ley de Cheques, todavía presentan problemas de “Inadecuación Legal” al entrar en conflicto con otras normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Es por esta razón que hoy en nuestro país existe Jurisprudencia encontrada en cuanto a la aplicación o no de este tipo de normas, especialmente la que contiene el artículo 44 de la referida Ley.

En relación a la materia objeto de estudio del presente trabajo, que dice relación con el análisis de la Jurisprudencia en la década 1990-2000 creada por los Tribunales Superiores de Justicia a través de sus sentencias relativa a la aplicación de la prohibición de la prisión por deuda en relación con el artículo 22 del DFL 707 sobre cuentas corrientes bancarias y cheques o “Ley de Cheques”, podemos decir que hoy tenemos dos posiciones bien claras al respecto: la aplicación de la caución especial del artículo 44 de la ley de cheques y la no aplicación de ella, ambas con amplio respaldo de la jurisprudencia como se vio a lo largo de estas páginas, y que con el tiempo no ha logrado uniformarse, generando con esto las diferencias ya consabidas.

En vista de lo expresado en favor de la tesis de la no aplicación del artículo 44, resulta armónico y consecuente con nuestro ordenamiento jurídico respaldar tal posición de acuerdo con los argumentos expuestos en favor de ésta.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario destacar que la Corte Suprema no ha puesto jamás en duda la plena vigencia y obligatoriedad de un Tratado Internacional, como es el Pacto de San José de Costa Rica, es más, ha declarado de modo expreso que sus disposiciones están en vigencia, pero como sabemos, no existe uniformidad en cuanto al alcance y aplicación de sus disposiciones y de las leyes nacionales, produciéndose jurisprudencia encontrada al respecto.

Con el mérito de lo expuesto, lo más sensato es concluir asertivamente con la tesis de la no aplicación del artículo 44 de la Ley de Cheques, ya que la inadecuación legal de esta norma, hace del delito de Giro Doloso de Cheques un caso de prisión por deudas, delito que aisladamente de ella se encuentra en armonía con el Pacto de San José de Costa Rica y con el resto de la normativa nacional. Es así como la aplicación del artículo 44 por disposición judicial, provoca contradicciones múltiples que dan lugar a los diversos argumentos en pro y en contra de su aplicación.

Es oportuno destacar también otro problema particular creado por la aplicación del referido artículo 44, cual es la confusión entre los requisitos para obtener la libertad provisional y los necesarios para obtener el sobreseimiento definitivo, pues, como se expresó con anterioridad y conforme al artículo 22 de la Ley de Cheques respecto al delito de giro fraudulento de cheques, el cumplir con la caución del artículo 44 conlleva la dictación del sobreseimiento definitivo, no dejando cabida a la institución constitucional previa, "Libertad Provisional".

En fin, hoy más que nunca parece absolutamente necesaria una intervención legislativa que se encargue de proporcionar certeza a situaciones oscuras que generan dualidades, deformando instituciones y generando "Inseguridad Jurídica". De otra forma no resulta lógico dar cabida a una reforma procesal penal, que persigue especialmente la protección de las garantías personales, si no está clara la aplicación o no de ciertas normas, que de aplicarse, afectarían justamente derechos fundamentales, y que tratándose de normas como el artículo 44, el daño generado es mayor ya que desbaratan todo un sistema penal, dejando al juicio de los Tribunales de Justicia, el dar o no aplicación a una norma tan incongruente e ilógica, como es la caución especial del artículo 44.



# BIBLIOGRAFIA

## TEXTOS JURIDICOS

Constitución Política de la República de Chile.

Código de Procedimiento Penal

Código Penal

Código Procesal Penal

DFL 707 fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques.

Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada "Pacto de San José de Costa Rica.

Pacto de Derechos Políticos y Civiles.

## AUTOR

- Bustos Ramírez, Juan. Prisión Preventiva y Libertada Provisional. Revista del Abogado. Publicación del Colegio de Abogados de Chile, Noviembre de 1994.
- Detzner; John A. Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La recepción del derecho internacional de derechos humanos en derecho interno chileno. Santiago Chile. Comisión chilena de derechos humanos, 1998.
- Etcheberry, Alfredo; Derecho Penal, Tomo III, parte especial, 2ª edición, Editorial Gibbs A. Santiago 1965, p. 475.
- Hales Zúñiga, Raimundo Javier. De la Libertad Provisional en el delito de giro doloso de cheques. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Central, 1992.
- Morales Oyarzo, Jorge Blas. Prisión por deudas en Chile. Revista Jurídica del Trabajo año LXII, número 561-5, Mayo de 1991.
- Silva Silva Hernán. El delito de giro doloso de cheques. 2ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1992.
- Verdugo Marinkovic, Mario. Giro fraudulento de cheques: Controversia sobre la libertad provisional de los procesados. Revista de Abogados/ Publicación del Colegio de Abogados de Chile, Julio de 1994.
- Verdugo Pfeffer, Nogueira. Derecho Constitucional. Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1994.
- Cea Egaña, José Luis. Apuntes de clases. Cátedra de Derecho Político. Universidad de Chile. 1998.
- Maturana Miquel, Cristian y Mosquera Ruiz, Mario. Apuntes de la cátedra de Derecho Procesal II. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1998.

## **OTRAS PUBLICACIONES**

- Revista Gaceta Jurídica, desde N° 141 de 1992 a N° 237 de 2000.
- Revista Fallos del Mes, desde N° 284 de 1982 a N° 433 de 1994.
- “Fallos de Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de Diciembre de 1985 y el 23 de Julio de 1992”. Recopilación e Indices de Rafael Larraín Cruz. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1993. p. 38.
- Informe del Ministro, señor Milton Juica Arancibia y del Abogado Integrante, señor Fernando Castro Alamos. Gaceta Jurídica. N° 141. 1992. p. 61.
- Revista de Jurisprudencia y Derecho. 1991.