

### III. Cortes de Apelaciones

#### 1. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL

GIRO DOLOSO DE CHEQUES - PRESCRIPCIÓN - SUSPENSIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN - LA NOTIFICACIÓN JUDICIAL DEL PROTESTO DEL CHEQUE NO SUSPENDE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

#### PRESCRIPCIÓN PENAL GIRO DOLOSO DE CHEQUES

RODRIGO GONZÁLEZ-FUENTE RUBILAR\*

De acuerdo con el art. 22 del D.F.L. N° 707 (Ley sobre Cuentas Bancarias y cheques) el tipo penal de giro doloso de cheque consiste en librar un cheque sin tener fondos en la cuenta corriente, o en retirar los fondos disponibles después de expedido el cheque, o en girar después de cerrar la cuenta o respecto de una cuenta inexistente, o en revocar el cheque por causales distintas de las señaladas en el artículo 26 (orden de no pago), siendo necesario, además, la no consignación de los fondos suficientes para cubrir el pago del cheque y las costas judiciales dentro del plazo de tres días, contados desde la notificación judicial del protesto.<sup>1</sup>

Por su parte, la responsabilidad penal se extingue según el art. 93 N° 6 del Código penal por la prescripción de la acción penal. Según el art. 95 del mismo texto legal, la prescripción corre desde el momento de la comisión del delito. Ahora bien, sea que se considere la notificación judicial del protesto un elemento del tipo penal o una condición objetiva de punibilidad,<sup>2</sup>

\* Profesor Instructor de Derecho penal de la Universidad de Concepción.

<sup>1</sup> Morales Palma, Jorge, Cheques, Letras de Cambio y Pagarés, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2010), p. 20.

<sup>2</sup> En general, el delito de giro doloso de cheques ha sido una figura muy controvertida, y especialmente en lo que se refiere a la naturaleza de la notificación judicial del protesto. Ver SILVA SILVA, Hernán, El Delito de Giro Doloso de Cheques ante la Doctrina y la Jurisprudencia, 3ª ed., T. I, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1998), p. 43. Para algunos se ha considerado como un elemento típico del delito de giro doloso de cheque, ver BARAHONA BUSTOS, Víctor, Los Elementos del Delito de “Giro Doloso de Cheque” y nulidades de pueden afectarlos, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1962), pp. 25-26. Otros consideran que el no pago dentro de tercer día constituye una condición objetiva de punibilidad, ver SCA Puerto Montt 06.06.2007, Rol 100-2007, párr. 6; SCA Puerto Montt 29.05.2007, Rol 105-2007, párr. 2.

la prescripción de la acción penal del giro doloso de cheques, de acuerdo a la regla especial contenida en el D.F.L. N° 707, comenzará a correr a partir de la fecha del protesto bancario (art. 34 en relación con art. 33).

Por su parte, el art. 96 del Código Penal establece que la prescripción se suspende en los casos en que el procedimiento se dirija contra el delincuente. Ello se producirá desde que se realice alguna gestión por o ante un tribunal con competencia penal, el Ministerio Público o la Policía (art. 7° Código Procesal Penal), es decir, la suspensión de la acción penal tendrá lugar desde que exista un hecho de connotación penal en el cual se atribuya responsabilidad penal.<sup>3</sup> Debido a que el delito de giro doloso de cheques es, mayoritariamente, un delito de acción penal privada, la suspensión de la prescripción de la acción penal tendría lugar con la interposición de la querrela.<sup>4</sup> Las gestiones realizadas para llevar a cabo la notificación judicial del protesto de un cheque no podrían producir la suspensión de la acción penal,<sup>5</sup> pues aún no existiría el hecho que fundamentaría un procedimiento que pueda ser dirigido en contra del girador del cheque.<sup>6</sup> Ello sólo sería posible transcurridos tres días desde la notificación judicial del cheque. Ese es el razonamiento de la presente sentencia que rechaza el argumento de la sentencia de primera instancia, la cual había establecido que la gestión preparatoria de notificación judicial del protesto produciría la suspensión de la acción penal. Luego, la sentencia del tribunal de alzada resulta acertada, pues no se puede otorgar al mismo tiempo a hechos que fundamentan la persecución penal, la condición de causal de suspensión de la acción penal derivada del mismo hecho.<sup>7</sup> En el caso en comento, la interposición de la querrela trascurrido con creces el plazo de un año contado desde el protesto bancario de los cheques no podría permitir su suspensión, desde el momento que la responsabilidad penal ya se había extinguido al transcurrir dicho plazo.

<sup>3</sup>SCA Puerto Montt 12.2010, Rol 229-2010, párr. 7.

<sup>4</sup>SCA Santiago 05.08.2011, Rol 1308-2011, párr. 5.

<sup>5</sup>SCA Puerto Montt 22.05.2012, Rol NDEG 122-2012, párr. 6.

<sup>6</sup>SCA Concepción 16.02.1996, Rol 573-96, párr. 10.

<sup>7</sup>SCS 15.05.2006, Rol 3814-03, párr. 6.

CORTE DE APELACIONES

San Miguel, catorce de enero de dos mil trece.

VISTOS:

Que en estos antecedentes RUC N° 1210028925-1, RIT N° O-9004-2012, del Juzgado de Garantía de San Bernardo, por resolución dictada en la audiencia realizada el día 27 de diciembre del año recién pasado, se rechazó la petición formulada por la defensa de los querrelados, EUSEBIO MORAGA MIRANDA y EUSEBIO MORAGA CALDERÓN, en orden a sobreseer definitivamente la causa por haberse extinguido por prescripción de la acción la responsabilidad penal de los recién nombrados en el ilícito de giro doloso de cheques que se les atribuye.

En contra de la aludida resolución, el señor abogado de los imputados, don Jorge Ferdman Niedman, interpuso recurso de apelación, solicitando a esta Corte se le revoque y en su lugar se acoja su petición de sobreseimiento definitivo de la causa por el motivo ya anunciado.

Estimado admisible el recurso, en la audiencia pertinente intervino por éste el profesional más arriba nombrado, sin que concurrieran a estrado el Ministerio Público ni la querellante.

CON LO OÍDO Y CONSIDERANDO:

Que el recurrente funda su pretensión en síntesis, en que esta causa se inicia por querrela de giro doloso de cheques entablada en contra de sus representados, sustentada en tres cheques con vencimientos en los meses de junio y

julio de 2011, todos protestados el día 1 de agosto del mismo año, según aparece de las fotocopias de tales instrumentos mercantiles que le fueron exhibidas el día 27 de diciembre último.

Afirma que, por consiguiente, habiéndose presentado la querrela el día 1 de octubre de 2012, esto es, catorce meses después de la data de los protestos, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y numeral 6 del artículo 93 del Código Penal, la acción penal ejercida se encuentra prescrita, procediendo por tanto se declare el sobreseimiento definitivo de la causa acorde a lo establecido en el artículo 250 letra d) del Código Procesal Penal. Petición que fue debatida y resuelta en la audiencia realizada el día 27 de diciembre último, ocasión en la que el Tribunal acogió la tesis de la querellante en cuanto a que la gestión preparatoria de notificación de protesto de cheque habría suspendido la prescripción, siendo desestimada su pretensión.

Indica que tal decisión importa un grave error pues se ha hecho aplicable en materia penal una regulación no contemplada en la ley del ramo, pretiriéndose de esta última aquella que regla las instituciones en juego por las razones que explica.

Por lo expuesto, solicita se revoque la resolución enalzada y en su lugar se sobresea definitivamente esta causa por haberse extinguido la responsabilidad penal de sus representados.

*Segundo:* Que de lo reseñado y el mérito de los antecedentes fluye, que el asunto aquí debatido se circunscribe

en determinar si la acción emanada de los cheques que motivan esta causa se encuentra prescrita y, por consiguiente, como lo afirma el recurrente, se configura la causal contenida en la letra d) del artículo 250 del Código Procesal Penal para decretar el sobreseimiento definitivo a favor de los enjuiciados; o, como se infiere de la resolución en alzada, si tal declaración no es factible por haberse suspendido el término de la prescripción al existir demanda de gestión preparatoria en sede civil.

*Tercero:* Que para dilucidar lo anterior es preciso señalar que el Título V del Libro I del Código Penal establece la forma y oportunidad en que se extingue la responsabilidad penal por un hecho ilícito, estatuyendo en el numeral 6 del artículo 93 de dicho compendio normativo, que ello se produce por prescripción de la acción penal; respecto de la cual el artículo 96 del mismo cuerpo legal dispone: “Esta prescripción...se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él (el delincuente)...”.

*Cuarto:* Que de la referida norma fluye la necesidad de determinar ciertamente, la ocasión en que el “procedimiento se dirige contra el delincuente”.

*Quinto:* Que al efecto, es menester tener presente que el artículo 7° del Código Procesal Penal, en su inciso segundo indica: “...se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un Tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía,

en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”. Norma que como lo sostienen los profesores María Inés Horvitz y Julián López en su obra Derecho Procesal Chileno, Tomo I, p. 471 “...no cabe duda que resulta aplicable para determinar el momento en que se ha iniciado un procedimiento penal en contra del mismo (el imputado)...”.

En el mismo orden de ideas, el artículo 172 del citado cuerpo legal prescribe: “la investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querrela”. En cuanto a esta última, los artículos 111, 112 y 113 del Código Procesal Penal, establecen los requisitos de ella, como asimismo, según reza el inciso segundo del artículo 112: “admitida a tramitación...el querellante podrá hacer uso de los derechos que le confiere el artículo 261”.

*Sexto:* Que de las disposiciones precisadas es claro que la querrela se inserta en la etapa de investigación correspondiente al procedimiento ordinario establecido para la pesquisa de los delitos de acción pública y conjuntamente con constituir una de las formas de dar inicio a dicho procedimiento, evidencia en quien la formula asumiendo el rol de querellante, la intensión cierta de cooperar en la actividad desarrollada por el Ministerio Público para la investigación del hecho punible y sus partícipes.

*Séptimo:* Que en consecuencia, dado que de los antecedentes elevados a esta Corte es indesmentible que la querrela

presentada contra los imputados ante el Juzgado de Garantía de San Bernardo, fue admitida a tramitación, de lo que se sigue que cumplió a cabalidad con todas y cada una de las exigencias contenidas en los artículos 111, 112 y 113 del Código Procesal Penal, que además se dirige contra personas determinadas, por un hecho cierto y preciso, forzoso es concluir, que mediante su interposición, se inició el procedimiento penal, precisamente a fin de determinar la responsabilidad de Eusebio Moraga Calderón y Eusebio Moraga Miranda, en el delito de giro doloso de cheques que se les atribuye en calidad de autores y en grado de consumado.

*Octavo:* Que, por otra parte, es inequívoco que dicha querrela se presentó el día 1 de octubre de 2012, fecha clara y cierta, desde la que por lo expuesto en los anteriores razonamientos, a la luz de las normas precitadas, ha de tenerse como aquella desde la que se dirige el procedimiento en contra de los querrelados.

*Noveno:* Que establecido lo anterior, es necesario determinar si en el caso en análisis el inicio del procedimiento en la oportunidad ya dicha, ha producido el efecto de suspender el término de la prescripción conforme lo señala el artículo 96 del Código Penal ya citado.

*Décimo:* Que para ello debe considerarse, que tratándose en la especie de la acción penal derivada del giro de cheques, necesariamente ha de estarse a la normativa legal que regula la materia, esto es, el D.F.L. N° 707 del Ministerio de Justicia que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley

sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en cuyo artículo 22 tipifica el delito de giro doloso o fraudulento de cheque y en su artículo 34 prescribe: “La acción ejecutiva contra los obligados al pago de un cheque protestado y la acción penal, prescribirán en un año contado desde la fecha del protesto establecido en el artículo 33”, data que en este caso, como ya se ha asentado, es el día 1 de agosto de 2011.

*Undécimo:* Que, por consiguiente, habiéndose iniciado el procedimiento contra los querrelados el 1 de octubre de 2012, en tanto que los protestos de los cheques que originan la acción se realizaron el 1 de agosto de 2011, necesariamente ha de concluirse que entre una y otra fecha transcurrió en exceso el término de un año señalado en la ley especialísima sobre la prescripción de la “acción penal” contra los obligados al pago de un cheque protestado. Norma que no regula de manera alguna la suspensión ni interrupción de la referida acción, la que, por ende, se rige por los preceptos del Código Penal más arriba indicados.

*Decimosegundo:* Que, por otra parte, aparece útil señalar, que en este caso no son aplicables las disposiciones relativas a la prescripción contenidas en los artículos 98 y siguientes de la Ley N° 18.092, sobre Letra de Cambio y Pagaré, pues claramente ellas aluden a “la demanda judicial de cobro de la letra, o la gestión judicial necesaria o conducente para deducir dicha demanda o preparar la ejecución”. En otros términos, única y exclusivamente se refieren a la acción civil de cobro del documento

mercantil correspondiente, que cierta e inequívocamente no es la seguida en esta causa, en la se ha pretendido perseguir la responsabilidad criminal por la comisión de un delito.

*Decimotercero:* Que por lo expuesto en los anteriores considerandos, se accederá a la pretensión de los querrelados en cuanto a revocar la resolución dictada en la audiencia celebrada el 27 de diciembre de 2012 y en su lugar declarar prescrita la acción penal seguida en su contra, por lo que configurándose en este caso la situación prevista en el artículo 250 letra d) del Código de Procedimiento Civil, se sobreseerá definitivamente esta causa.

En mérito de lo razonado y visto además lo dispuesto en los artículos más arriba citados, 352 y 364 y siguientes del Código Procesal Penal, SE REVOCA la resolución apelada dictada en la audiencia realizada con fecha 27 de diciembre del año recién pasado, que no dio lugar a declarar prescrita la acción de giro doloso de cheque seguida en contra de Eusebio Moraga Calderón y Eusebio Moraga Miranda, y por lo mismo rechazó la petición de sobreseer

definitivamente la causa y, en su lugar, SE DECLARA:

1. Que la acción penal en esta causa por el delito precedentemente indicado y contra los imputados más arriba señalados se encuentra prescrita.

2. Que como consecuencia de lo anterior, se sobresee definitivamente esta causa por haberse extinguido la responsabilidad penal respecto de los aludidos querrelados en el delito que se les atribuye en la querrela que origina este proceso.

Redacción de la Ministro Señora María Soledad Espina Otero.

Regístrese y comuníquese.

Rol N° 5-2013.

RUC N° 1210028925-1.

RIT N° O-9004-2012.

Pronunciada por los Ministros señor Roberto Contreras Olivares, señora María Soledad Espina Otero y el abogado integrante don Francisco Javier Hurtado Morales, quien no firma no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de esta causa, por encontrarse ausente.

En San Miguel a catorce de enero de dos mil trece, notifiqué por el Estado Diario la resolución precedente.