

**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

# **El Delito de giro doloso de cheques en la Reforma Procesal Penal**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor Patrocinante: Sr. Samuel Muñoz Weisz.

**Michael Smythe Van Bebber**

**Valdivia Chile 2004**



# Contenido

Informe Profesor Patrocinante .	1
INTRODUCCION .	3
CAPITULO I. Nociones generales sobre el cheque . .	5
1.1- Definiciones .	5
1.2- Conclusiones .	7
CAPITULO II. El cheque y el delito de giro doloso de cheques . .	9
2.1- El cheque en nuestra legislación . .	9
2.2- Elementos o requisitos del cheque .	9
2.3- Naturaleza jurídica del cheque . .	11
2.4- Nociones generales acerca del delito de giro doloso de cheque . .	12
2.5- Naturaleza jurídica del delito de giro doloso de cheque .	13
2.6- Elementos o requisitos del delito de giro doloso de cheques .	15
2.7- Punibilidad del delito de giro doloso de cheques y acciones que de él nacen . .	17
2.8- Bien jurídico protegido por el artículo 22 de la Ley de Cheques .	18
2.9- Críticas a la figura delictual descrita .	19
CAPITULO III. Tramitación del delito de giro doloso de cheques .	21
3.1- Tramitación del delito de giro doloso de cheques antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal .	21
3.2- Libertad bajo fianza en el delito de giro doloso de cheques . .	24
3.3- Jurisprudencia . .	26
3.4- Problemática de la excarcelación con respecto a nuevas querellas por el delito de giro doloso de cheques . .	27
3.5- El delito de giro doloso de cheques bajo la reforma procesal penal .	28
3.6- Consecuencias del cambio legislativo .	30
3.7- Tramitación del delito de giro doloso de cheques en la actualidad . .	33
CAPITULO IV. Conclusiones . .	37
BIBLIOGRAFIA .	39



## Informe Profesor Patrocinante

VALDIVIA, 8 de Marzo de 2004.

REF: Informa Tesis que indica

DE : SAMUEL MUÑOZ WEISZ

PROFESOR DE DERECHO PROCESAL

A : JUAN OMAR COFRE LAGOS

PROFESOR SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

DE MI CONSIDERACIÓN:


Que conforme a la reglamentación en actual vigencia, vengo en informar la Tesis elaborada por el alumno MICHAEL SMYTHE VAN BEBBER, titulada "EL DELITO DE GIRO DOLOSO DE CHEQUES EN LA REFORMA PROCESAL PENAL".

Sin duda que las noveles instituciones creadas a partir de la sustitución del sistema procesal penal en nuestro país, y los principios que la inspiran, han llevado a replantear diversas cuestiones jurídicas, no sólo desde un aspecto puramente procesal, sino también sustantivo.

Que en ese orden de ideas, el delito de "Giro Doloso de Cheques" que se ha abordado en el presente trabajo, presenta una singular connotación, como lo plantea el alumno tesista, tanto es así, que el legislador, no pudiendo desconocer la real significación del ilícito en comento, y del bien jurídico tutelado, le ha dado un tratamiento particular que escapa a aquel que tradicionalmente se consagraba, estatuyendo que en estos casos la persecución penal sólo compete al titular de la acción, la que califica de privada, sometiéndolo de esta forma a las normas particulares que rigen en tal caso y que se han analizado en el presente trabajo.

Si bien la investigación denota un adecuado manejo de los conceptos vertidos, se echa de menos una mayor profundidad en aquellos aspectos conflictivos que persisten y que la motivaron a lo menos en parte, los que si bien son esbozados, no son acotados, ni enfrentados a las nuevas instituciones procesales con miras a enunciar opiniones sustentables relacionadas con la hipótesis presentada, por lo que el profesor que suscribe APRUEBA la presente tesis con nota CUATRO COMA CINCO (4.5).-

Saluda Atentamente a usted.



SAMUEL MUÑOZ WEISZ  
PROFESOR PATROCINANTE



# INTRODUCCION

La intención del por qué de la siguiente memoria no ha sido otra que la de acercar al lector a una realidad fáctica y social, que me ha parecido, desde hace mucho, muy contraria y muy desfasada a los tiempos que hoy en día corren.

Subsistir en una sociedad como en la que vivimos, donde el dinero y, por consiguiente, la obtención del mismo, es prácticamente el único medio de subsistencia y, para algunos es el único fin, implica, por lo tanto, que en la vida diaria se realicen una multiplicidad de transacciones o negocios entre los particulares y entre éstos y las instituciones bancarias, esto último, por la sencilla razón que estar en el sistema financiero permite a las personas interactuar con sus pares e insertarse en el medio social económico y político.

Si esto último sucediera siempre, estaríamos en presencia de un mundo perfecto, donde la existencia del delito objeto de esta tesis tendría muy poca aplicación en la práctica. Pero esto no es así, y no lo es, porque existe una multiplicidad de factores que inciden en ello. No es mi idea realizar una investigación de corte cultural, social, histórica o económica del por qué de la gran ocurrencia del delito de giro doloso de cheques, sino que solamente tratar de ilustrar lo que en realidad sucede.

El cheque, como instrumento mercantil que es, supone un grado de confianza entre aquellos que lo utilizan y por tanto supone que efectivamente representa una cantidad de dinero que será recibida al momento de presentarlo a cobro en el Banco, pero, ¿qué sucede si al momento de su presentación a cobro, el Banco no lo paga?. Por cierto, la confianza desaparece y es necesario perseguir su pago a través de los medios y formas

que establecen las leyes respectivas.

Aquí es donde surgen los problemas, ya que el procedimiento aplicable antes de la Reforma Procesal Penal, daba lugar a una serie de inconvenientes, tanto para el ofendido o víctima, como para el que giraba el cheque sin tener el respaldo o la calidad para hacerlo. Al mismo tiempo, también la práctica comercial había desnaturalizado la figura del cheque, el que ya no era solamente utilizado como un medio de pago, sino que significaba, para aquellos que no estaban muy solventes económicamente o aquellos que querían asumir un mayor riesgo, un medio para obtener créditos, y poder así cumplir con sus obligaciones.

Lo que se pretende alcanzar con esta tesis, no es otra cosa que tratar de demostrar que este delito nunca fue de aquellos que tenían una justa y racional sanción por parte de nuestros Tribunales, por la sencilla razón que no existían leyes, y aún no existen, que fuesen concordantes con la realidad empíricamente comprobada; como también demostrar que con la entrada en vigencia de la reforma, se abrirá un nuevo camino para el tratamiento más adecuado y a la vez más real de acuerdo a los principios establecidos en el nuevo sistema procesal penal.

Por estas razones, se presentarán al lector tres capítulos, en los cuales se abordarán los temas relativos al cheque, al delito de giro doloso de cheques, con sus consecuentes problemáticas normativas y prácticas, como también la tramitación del mismo, tanto en el antiguo como en el nuevo procedimiento.



# CAPITULO I. Nociones generales sobre el cheque

## 1.1- Definiciones

Dentro de la gran cantidad de definiciones doctrinarias existentes acerca de lo que se debe entender por *cheque*, encontramos las siguientes que son de sumo relevantes y aclaratorias.

Pedro Huguet, sobre el cheque, dice: “Llámase cheque un documento que permite a la persona que lo expide retirar, para sí o para un tercero, todo o parte de los fondos que tiene disponibles en poder del librado, o sea, de la persona, sociedad o Banco contra quien lo expide”.<sup>1</sup>

El doctor y abogado Arturo Majada nos señala a su vez diversos conceptos sobre el cheque:<sup>2</sup>

Ascarelli expresa: “El cheque... es un título de crédito que contiene una orden de pago, girada contra un banquero, por quién tiene fondos en poder de éste y de los cuales

---

<sup>1</sup> Huguet y Canpaña, Pedro. *La letra de cambio, cheques, pagarés, talones*. 5° edición, ampliada y puesta al día por José San Román Colino, Doctor de Derecho, abogado del Ilustre Colegio de Madrid, Ediciones Giner, Madrid-España. 1969, (p. 372).

tiene derecho a disponer por medio de cheques”.<sup>3</sup>

Auletta, que: “Es un título de crédito mediante el cual el librador ordena a un banquero pagar a la vista una suma determinada al portador legítimo del cheque”.<sup>4</sup>

Ripert expone: “El cheque es un título girado sobre un Banco o un establecimiento asimilado para obtener el pago, a favor del portador, de una suma de dinero que está disponible en beneficio de éste”.<sup>5</sup>

Capitant, de acuerdo a la legislación francesa y conforme a éste precepto legal, lo define como “instrumento escrito que, bajo la forma de una orden de pago, sirve a una persona (llamada librador) para efectuar, a favor de un tercero o de sí misma, el retiro total o parcial de los fondos disponibles que tenga acreditados en cuenta en el establecimiento de otra persona (llamada girado)”.<sup>6</sup>

Alvaro Puelma nos indica: “Armonizando lo dispuesto en los artículos 10, 13, 22 y 40 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, creemos que para nuestro ordenamiento jurídico *cheque* es una orden escrita de pago, de una suma de dinero revestida de las formalidades contra un Banco”.<sup>7</sup>

Aparte de las definiciones doctrinarias dadas anteriormente, en algunos países el Código de Comercio y leyes especiales sobre títulos y valores, o de otro tipo, conceptualizan lo que es el cheque. A continuación veremos algunos artículos de Derecho comparado que se refieren a este punto.

En Uruguay, la Ley 14.412, del año 1975, en su artículo 2° expone: “...es una orden de pago, pura y simple, que se libra contra un Banco en el cual el librador debe tener fondos suficientes depositados a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización expresa o tácita de girar en descubierto”.

El Código de Comercio español, en su artículo 534, sección 2°, dice: “El mandato de pago, conocido en el comercio con el nombre de cheque, es un documento que permite al librador retirar en su provecho o en el de un tercero todos o parte de los fondos que tiene disponibles en poder del librado”.

---

<sup>2</sup> Majada, Arturo. *Cheques y talones de cuenta corriente en sus aspectos bancario, mercantil y penal*. 4° edición, Bosch Casa Editorial S.A Barcelona-España, 1977.

<sup>3</sup> Ascarelli, *Derecho Mercantil*. México, 1940, (p. 368), citado por Majada, ob. cit.

<sup>4</sup> Auletta, *Elementi di Diritto Commerciale*. Milán, 1948, (p. 172), citado por Majada, ob. cit.

<sup>5</sup> Ripert, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*. Buenos Aires, 1954. Tomo III, (p. 259), citado por Majada, ob. cit.

<sup>6</sup> Capitant, Henri. *Vocabulario Jurídico*. reimpresión, Ediciones Depalma. Buenos Aires-Argentina, 1986, (p. 181), citado por Hernán Silva Silva en su obra *El delito de giro doloso de cheques*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, (p. 5).

<sup>7</sup> Puelma Accorsi, Alvaro. Profesor titular de Derecho Comercial de la Universidad Católica de Santiago, *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1971, (p. 171).

La ley francesa de fecha 14 de junio del año 1865 anota: “El cheque es un escrito que bajo la forma de un mandato de pago sirve al librado para retirar en su provecho o en el de un tercero todo o parte de los fondos que resulten a su favor y disponibles en cuenta con el librado”.

## 1.2- Conclusiones

De las definiciones precedentes, tanto doctrinales como legales, podemos concluir que se desprenden principios fundamentales del cheque que hay que tener presentes. Como, por ejemplo, que el cheque es una orden escrita e incondicional de pago, que no admite modalidades o cláusulas ajenas al mismo, para que un Banco pague a su portador cierta suma de dinero con cargo a los fondos que tiene disponibles en su cuenta corriente. Puede también afirmarse que el cheque es pagadero a su sola presentación, aunque en él se anote una fecha de cobro posterior a la de su emisión o giro real. Así, no se acepta el cheque posdatado, desde el punto de vista de la ley.

El cheque es un documento o instrumento esencialmente formal, autónomo, pagadero a la vista, que simplifica la circulación del dinero y agiliza los negocios. Mediante el cheque se evitan los riesgos propios de la moneda, como su pérdida, hurto, robo, etc. Desde el punto de vista bancario facilita la liquidación de las operaciones mercantiles. Se sostiene que entre los propios Bancos, constituye un instrumento de compensación, por los créditos y débitos que se dan a diario en las instituciones referidas.

El cheque es un título de valor, con un mandato de pago de cierta cantidad de dinero. La orden de pago tiene que referirse exclusivamente a dinero y no a la entrega de otros títulos o valores. Majada dice: “El importe del cheque debe estar constituido por una suma determinada de dinero. Es decir, debe expresarse con toda claridad o precisión el importe del cheque en tal forma que represente una cantidad líquida. No sería suficiente con que la suma, importe del cheque, fuera determinable, se requiere que sea determinada”.<sup>8</sup>

Cuello Calón hace una reseña de la importancia del cheque de la siguiente manera: “El cheque instrumento de pago, que hoy casi llega a asumir el rango de verdadera moneda, ha alcanzado en nuestra época, como bien es sabido, una considerable difusión. Mas para que llene satisfactoriamente su función es menester que infunda confianza, que su tomador tenga seguridad completa que será pagado a su presentación, que tenga casi la misma seguridad que la moneda. Si la confianza en el cheque se quebranta, disminuye su circulación y cesan, por consiguiente, las considerables ventajas económicas que origina”.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Majada, Arturo. ob. cit., (p. 61).

<sup>9</sup> Cuello Calón, Eugenio. *La protección penal del cheque*. Libramiento de cheques sin provisión – Bloqueo de cheque, etc. – Falsificación de cheques. Derecho extranjero, Derecho español, 3° edición, Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona-España, 1959, (p. 7), citado por Silva, ob. cit., (p 12).



# CAPITULO II. El cheque y el delito de giro doloso de cheques

## 2.1- El cheque en nuestra legislación

De conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, D.F.L. 707, del año 1982, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial del 7 de octubre de 1982, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado, “el cheque es una orden escrita y girada contra un Banco para que éste pague, a su sola presentación, el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente”.

## 2.2- Elementos o requisitos del cheque

De la misma definición dada con antelación, podemos dilucidar los siguientes requisitos o elementos:

- a) Se trata de una orden escrita de pago; este elemento emana de la propia

definición del cheque. Es un documento, una orden escrita, un título de valor, que contiene la orden de pago. Se argumenta que es un mandato cartular, no siendo válidas las órdenes verbales de pago. La escritura es esencial para la validez de la obligación que conlleva dicho instrumento. El cheque se expide en formularios o talonarios impresos numerados, proporcionados por el Banco al cuentacorrentista. Con respecto a esto último, nuestros Tribunales han resuelto que “establecido que el cheque de autos no fue escrito en formulario suministrado por el Banco, tal documento no es cheque y si por error el Banco lo pagó, no puede cargarlo al cuentacorrentista” (consid. 4°).<sup>10</sup>

b) El documento se gira contra un Banco; esto sucede en la casi totalidad de los países. Como el cheque encierra una orden de pago y si hay provisión de fondos, el banquero debe proceder a su cancelación. Si no hay fondos o éstos son insuficientes, o no hay autorización para su sobregiro, el cheque se protesta por las causales legales que serán analizadas en su oportunidad.

Como bien lo señala Hernán Silva Silva, “una de las funciones primordiales, por no decir la fundamental, es que mediante el cheque se retiran fondos que están acreditados en la cuenta corriente”.<sup>11</sup>

c) Debe ser pagado a su presentación; una vez que el librado recibe el cheque y si éste cumple con los requisitos legales, debe proceder a su pago en forma inmediata. Como se dijo anteriormente el cheque es un instrumento incondicional puro y simple, dado que no admite ningún tipo de modalidad o cláusulas. No tienen validez los cheques posdatados o diferidos, y como también ya fue enunciado, si los cheques llevan fecha futura a la de su emisión y hay fondos, deben ser pagados. Así lo ha establecido también nuestra Corte Suprema, al decir “que no puede sostenerse que un cheque pueda ser girado a días vista, o estar sometido a condición”.<sup>12</sup>

d) El girador debe tener una cuenta corriente bancaria; es requisito esencial en nuestra legislación la existencia previa de un contrato de cuenta corriente celebrado con un Banco para poder emitir regularmente un cheque. Es así, que el artículo 1° de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques preceptúa: “La cuenta corriente bancaria es un contrato en virtud del cual un Banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta la concurrencia de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado”.

De esta forma, el talonario de cheques es sólo accesorio a la cuenta corriente bancaria; si ésta no existe, no puede haber libramiento de cheques.

e) Deben existir en la cuenta corriente bancaria fondos suficientes o disponibles para efectuar el pago; es también esencial que el girador de un cheque tenga fondos disponibles y suficientes, de antemano, antes de emitirlo o contar con el respaldo del Banco para el sobregiro. Si no hay fondos suficientes, el cheque será protestado por la

---

<sup>10</sup> Gaceta Jurídica N° 100, año 1988, (pág. 31).

<sup>11</sup> Silva Silva, Hernán. *El Delito de Giro Doloso de Cheques*. 2ª edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992, (p. 16).

<sup>12</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LIII, 2ª parte, sección 4ª, año 1956, (p. 166).

causal de falta de fondos. Es necesario que los fondos estén en la cuenta corriente en dinero efectivo y antes de su cobro.

## 2.3- Naturaleza jurídica del cheque

Para la Ley de Cheques, el cheque es una orden de pago, similar a la moneda o billete de curso legal vigente. No es un título de crédito, como lo son la letra de cambio y otros efectos mercantiles. Siguiendo esta misma línea de argumentación, José Francisco Gómez considera que: “el cheque es un instrumento de liquidación y pago, que no admite vencimiento, ni se funda en créditos; como tampoco es susceptible de renovación, ni abonos parciales y por lo tanto, debe pagarse a su presentación y librarse sobre fondos disponibles. La letra de cambio y de libranza admiten diferentes vencimientos y pueden librarse sin previa provisión de fondos; siendo, en general pagados estos documentos a cierta fecha de su emisión y requieren aceptación previa”<sup>13</sup>

El cheque, según la doctrina mayoritaria, es una orden de pago del todo o parte de los fondos que el librador tenga en cuenta corriente y debe ser pagado por el Banco, a su presentación. De este principio se desprende que no pueden girarse cheques a fecha o sometidos a cualquier otra condición o modalidad.

Según Hernán Silva Silva “...se aduce que siendo el cheque una orden de pago y no un título de crédito, es *un sustituto del dinero*”.<sup>14</sup>

Estas opiniones, sin embargo, aunque me parecen de sumo respetables, carecen de un elemento esencial a la hora de descubrir la verdadera naturaleza jurídica del cheque, ya que sólo toman en consideración aspectos puramente teóricos y no muestran lo que realmente sucede en la práctica comercial. En este sentido, nadie puede desconocer hoy en día, la masiva utilización de cheques, que por decirlo de alguna forma, están sujetos a modalidades o condiciones que son impuestas por los propios particulares. La razón de esto radica que dentro de la costumbre comercial se utiliza al cheque *no como un medio de pago sino como un instrumento de crédito*. Este es el caso de los llamados cheque en garantía y el cheque a fecha, los cuales son utilizados en la práctica mercantil como un medio para obtener prestaciones dinerarias, que en muchas ocasiones suelen encubrir mutuos cuyas tasas de interés podrían considerarse rayanas en la usura. A la misma vez, esto daba origen, al utilizar el cheque como instrumento de crédito, que si las operaciones comerciales sufrían algún tipo de contratiempos, estos cheques eran protestados y previa gestión civil, se devenía un proceso penal que culminaba fácilmente en un auto de procesamiento y en una orden de aprehensión. (Como se verá mas adelante, esto último ya no sucede, debido a que con la entrada en vigencia de la reforma, el auto de procesamiento ha desaparecido como institución procesal).

---

<sup>13</sup> Gómez Correa, José Francisco. *Estudio sobre la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y el cheque ante la jurisprudencia*. Imprenta el Imparcial. Santiago, 1940, (p 94 y 95).

<sup>14</sup> Silva Silva, Hernán. ob. cit.

Se puede aseverar que el cheque se desnaturaliza, cuando este documento deja de lado su carácter de instrumento de pago que legalmente posee, para convertirlo ilegalmente en un instrumento de seguridad. El tratadista argentino Sebastián Soler, al referirse a este delito, nos dice lo siguiente: "...consiste en exigir o aceptar un cheque o giro a título de documento, crédito o garantía. No ya como un instrumento de pago, sino como un documento que pueda ser empleado oportunamente como medio compulsivo, en cuanto mediante ese papel puede plantear el dilema entre el cumplimiento y la cárcel".

15

A diferencia de lo que ocurre en otros países americanos, como es el caso de Uruguay (Artículo 60 de la Ley N° 14.412) y de Costa Rica (Artículo 243 bis de la Ley N° 6.726), en nuestro país no se considera esta figura de la desnaturalización del cheque o exigencia dolosa de cheque, por lo que consideramos, al igual que gran parte de la doctrina nacional, la imperiosa necesidad de tipificar esta figura delictual, para así poner freno a la numerosa cantidad de abusos que a diario se cometen, ya sea por parte de prestamistas, usureros y extorsionadores.

## 2.4- Nociones generales acerca del delito de giro doloso de cheque

El delito conocido generalmente como "giro doloso de cheque" ha merecido la preocupación permanente de los legisladores y de la doctrina nacional. En efecto, en el texto primitivo se lo consideró como un tipo de estafa y se lo sancionó como tal. (Ley N° 3.845 de 1922). En la práctica, el sistema no dio los resultados esperados, ya que el cheque era recibido con reticencia en los medios comerciales, por cuanto el procedimiento para perseguir su cobro era en extremo engorroso, ya que el querellante debía acreditar la intención dolosa del girador.

Con el propósito de dar al documento una protección penal mas vigorosa y hacer del cheque una moneda más, la Ley N° 7.498 de 1943 estableció en su artículo 22 un tipo penal específico que se configuraba por la simple concurrencia de ciertos requisitos formales, que ha saber eran: el protesto del documento, la notificación del mismo al girador, y la certificación de la falta de consignación en el término de tres días.

A mayor abundamiento, se estableció en el artículo 44 de la ley, que para obtener la libertad provisional el procesado debería pagar el valor del cheque, sus intereses y costas. La Ley N° 17.422 de 1971 modificó el artículo 22 y 44 para humanizar la ley, ya que esa fecha habían 4.000 detenidos, 50.000 procesados y 124.000 prófugos por los delitos establecidos en la Ley de Cheques, debido a que no podían rendir la fianza del caso. Para tal finalidad se rebajó la caución especial a un máximo del 50 % del valor del cheque. El decreto N° 2.622 del 11 de marzo de 1979, modificó nuevamente los artículos 22 y 44, restableciendo la caución total a fin de garantizar la plena eficacia del cheque.

---

<sup>15</sup> Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tipografía Editora. Buenos Aires-Argentina, 1963.



En resumidas cuentas, este delito fue creado en nuestra ley positiva por el artículo 22 de la Ley N° 7.498 de 1943, hoy contemplado en el artículo 22 del D.F.L. 707, y puede decirse que se trata de una infracción penal que se encuentra descrita en una ley especial y no en el Código Penal, aunque se le aplica las penas corporales que contempla el artículo 467 del Código Penal y considerando para ello, el monto o cuantía de los cheques girados. Es un delito específico distinto al delito de estafa, pero se sanciona con las penas de ésta.

La jurisprudencia y doctrina nacionales emplean habitualmente la terminología “giro doloso de cheques”, lo que ha sido criticado por muchos y en muchas ocasiones. En efecto, la reforma del artículo 22 que hizo la Ley N° 7.498, eliminó la expresión “giro doloso”, pues no toma el elemento dolo como fraude o engaño, que es el elemento de la estafa. Se le puede denominar como *giro fraudulento de cheque, delito de no pago de cheque protestado, libramiento irregular de cheque, giro en descubierto, etc.*

En estricta relación con lo anteriormente señalado, es destacable mencionar la opinión del destacado jurista nacional don Alfredo Etcheberry, que al respecto puntualiza: “La Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques contempla, en su artículo 22, una infracción con pluralidad de hipótesis, a la cual no da nombre especial. Hemos preferido denominarla “giro fraudulento de cheque” en vez de “giro doloso de cheque”, que es el nombre mas difundido entre nosotros, ya que esta última expresión vale tanto como decir “giro intencional de cheque”, lo que en buenas cuentas no es decir nada. Reconocemos que la expresión empleada por nosotros no es tampoco plenamente satisfactoria, ya que en esta particular figura pueden no darse los requisitos del fraude o sus modos de comisión, o sea, el engaño y el abuso de confianza. Pero al menos ella hace referencia a un tipo delictivo determinado, al cual la ley ha querido asimilar esta figura”<sup>16</sup>.

## 2.5- Naturaleza jurídica del delito de giro doloso de cheque

Se ha discutido por parte de la doctrina nacional, si estamos en presencia de un delito de acción o de omisión, o si es una mezcla de ambos, o si se trata de un delito complejo de acto doble.

Dentro del grupo de autores que sostienen que estamos en presencia de un delito de acción, encontramos a don Luis Cousiño, quien expresa que el giro doloso de cheques “...es un típico delito de acción que se comete, configura y consume por la sola acción de girar sin tener fondos o créditos disponibles o suficientes en su cuenta corriente en poder del Banco librado o por retirar fondos disponibles después de expedido el cheque o por girar sobre cuenta corriente cerrada o no existente”<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Etcheberry, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*. 2° edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1987, (p. 99).

<sup>17</sup> Cousiño Mac-Iver, Luis. *Los delitos contemplados en la Ley de Cheques*. Revista de Ciencias Penales, Segunda época, tomo X, N° 2 y 3, 1948, (p. 97).

Otros, en cambio, opinan que el delito se consuma por la omisión de consignar fondos suficientes a la orden del tribunal competente, dentro del plazo de tres días siguientes a la notificación judicial del protesto.<sup>18</sup>

Otra tesis, apoyada también por el profesor Luis Cousiño, es la denominada Teoría de las condiciones objetivas de punibilidad.<sup>19</sup> Este autor descompone los elementos del delito, y distingue los tipos penales y las condiciones objetivas de punibilidad. Puntualiza que el delito de giro doloso es de acción, sea girar sin fondos, retirar los disponibles, girar sobre cuenta cerrada o no existente o revocar el cheque fuera de los casos que autoriza la ley. Agrega que el protesto de cheque, la notificación judicial del protesto y la no consignación de fondos en plazo, no son elementos del delito, sino condiciones objetivas de punibilidad. La acción es el elemento del tipo penal, no así la notificación judicial ni la no consignación, que son elementos ajenos al tipo, y que no integran la figura delictiva del artículo 22, sino que son presupuestos procesales.

Finalmente, está la tesis de don Guillermo Vázquez Méndez, que por cierto es la que adherimos, y que nos dice lo siguiente:

“La estructura del delito está integrada por una acción u omisión, considerada dañina, voluntaria y penada legalmente. La estructura del delito específico, considerado en la Ley de Cheques, en su parte material es doble: consta de acción y omisión sucesivamente; pero esta estructura tiene además, la particularidad de ser variable, en lo que se refiere a una de esas partes. Tenemos así, una estructura integrada por dos partes sucesivas, realizadas en dos momentos distintos”.<sup>20</sup>

*Primera parte.* El elemento variable consiste en un acto positivo, en una acción que reviste alguna de estas tres formas:

- a) Girar sin cuenta corriente, por no haberla tenido el girador o por hallarse cerrada;
- b) Girar en cuenta corriente, pero desprovisto de fondos o créditos que permitan un sobregiro.
- c) Girar con cuenta corriente y con fondos suficientes pero retirando éstos después del giro y antes del pago del cheque.
- d) Revocar la orden de pago sin causa legal que justifique la revocación, es decir, no habiendo sido falsificada la firma del librador, ni habiendo alterado el cheque con respecto a la suma girada o a la persona del beneficiario.

*Segunda parte.* Elemento fijo, consistente en un hecho negativo, en una omisión, que es la de no consignar fondos suficientes para atender el pago del cheque y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días, contados desde la fecha en que se notificare el

---

<sup>18</sup> Barahona Bustos, Víctor. *Los elementos del delito de giro doloso de cheques y las nulidades que pueden afectarlo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1962, (p. 18 y 19).

<sup>19</sup> Cousiño Mac-Iver, Luis. Artículo cit. (p. 99 y ss.).

<sup>20</sup> Vázquez Méndez, Guillermo. *Tratado sobre el cheque: historia, legislación, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000, (p. 347 y 348).

protesto. (artículo 22, inciso 1° de la Ley de Cheques).

Es así, que la omisión del pago es "... el verdadero núcleo del delito, tanto porque esta omisión es el único elemento invariable, como porque sólo al verificarse ella se incurre en la pena; o mejor: porque en esta omisión se concentra para el legislador chileno, la voluntad delictuosa; toda la voluntad ilícita anterior adquiere categoría de delito al persistir en la omisión de pago después de los trámites que son un aviso, una amenaza, una espera y una oportunidad de deshacer el mal comenzado. La omisión de los actos positivos anteriores, si no van unidos al núcleo, carecen de conexión con la sanción penal y, jurídicamente, no alcanzan la categoría de delito, quedando en la de actos ilegales no penados..."<sup>21</sup>.

## 2.6- Elementos o requisitos del delito de giro doloso de cheques

Tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, los elementos que configuran el tipo penal del delito de giro doloso de cheques, y que deben concurrir en su totalidad, son los siguientes:

a) Emisión o giro de un cheque; el girador emite un cheque en contra de su cuenta corriente que tiene en un Banco, la que debe ser por escrito, para que así se pague la suma debida al beneficiario. Como se dejó establecido en el acápite anterior, el girar un cheque es acción y también se podría aseverar que se trata de un acto solemne, ya que la orden de pago debe darse por escrito.

b) Protesto de cheque; puede definirse al protesto de cheques que realiza un Banco como un certificado o un acto solemne que acredita la negativa del pago, la causa de su no pago o rechazo, indicándose el día y hora de la diligencia. El protesto debe estamparse al dorso del cheque, pero en la práctica se hace en formularios especiales o colillas que posee cada Banco. No es necesario en esta diligencia la presencia de un ministro de fe. Lo que sí debe respetarse son las formalidades o requisitos que establece el artículo 33 de la Ley de Cheques.

### Clases de protestos:

\_ Protesto por falta de fondos: Esta clase de protesto se explica por sí sola, y consiste en que el girador no tiene en el Banco fondos suficientes para el pago del cheque, o no se le ha concedido sobregiro, o un préstamo para abonar a su cuenta corriente.

\_ Protesto por cuenta corriente cerrada: Significa que el librador tiene su cuenta corriente cerrada, ya sea de forma voluntaria o porque el Banco dio por terminado el contrato de cuenta corriente.

\_ Protesto por orden de no pago: Significa que el girador del cheque revoca o deja

---

<sup>21</sup> Vázquez Méndez, Guillermo. ob. cit.

sin efecto la orden de pago que debe hacer el Banco.

También existen otros tipos de protestos por causales de forma, como lo serían, por ejemplo, cheques mal extendidos, deteriorados, firma disconforme, etc. Estos tipos de protestos formales o también llamados devoluciones o constancias, no generan responsabilidad penal a su girador, ya que técnicamente no existe cheque.

c) Notificación judicial del protesto: esta gestión procesal se solicita ante el Juez Civil que corresponda al del domicilio que el girador de la cuenta corriente tenga registrado en el Banco, y a él se le pone en conocimiento de la existencia de un cheque protestado (artículo 41, parte final del D.F.L. 707). Según este mismo artículo, la notificación del protesto podrá hacerse personalmente o en la forma dispuesta en el artículo 44, inciso 2ª, del Código de Procedimiento Civil.

d) La no consignación dentro del plazo legal: el girador del cheque debe pagar, ante el tribunal correspondiente, el capital y las costas, dentro del plazo fatal de tres días hábiles contados desde la fecha de la notificación judicial del protesto. No consignados los fondos suficientes dentro del plazo que establece la ley, se configura el delito de giro doloso.

Estamos aquí en presencia, como bien lo señala Vázquez Méndez <sup>22</sup>, frente al elemento objetivo del delito de giro doloso de cheques, es decir, que los actos, omisiones y circunstancias configurantes anteriormente descritas, constituyen el daño o acción dañosa.

Aparte de este elemento objetivo, este mismo autor nos señala que existe un elemento subjetivo que también configura el delito en comento, y que por cierto, pensamos que es de gran plusvalía a la hora de realizar un exhaustivo estudio de las circunstancias que configuran el delito objeto de esta tesis. Así, el delito de giro doloso de cheques, está constituido subjetivamente por la voluntad de hacer, lo que es contrario a la ley y está castigado por ella, aunque no sea, precisamente, para quebrantar la ley. Puede así el delincuente, tener algún fin particular que suele llamarse “dolo” o intención delictuosa; pero, en lugar de la intención propiamente dicha, puede haber simple “culpabilidad”, que supone también alguna voluntad contraria a la ley, por cuanto el culpable no ha puesto la debida diligencia en evitar el hecho delictuoso. La diferencia fundamental entre el dolo y la culpa está en que la conducta dolosa importa un desprecio de las normas penales, porque el sujeto hace a sabiendas lo que la ley reprueba; en cambio, la conducta culpable supone solamente indiferencia del sujeto ante el orden penal. Como acota Novoa Monreal, la culpa se originaría prácticamente, de dos maneras diferentes, que serían, por no poner el cuidado necesario en un acto determinado (negligencia); y por el afrontamiento de un riesgo (imprudencia).

En tercer lugar, existiría un elemento jurídico, que señala que no existe delito si no existe una pena que se encuentre preestablecida. La Ley de Cheques establece, como se verá en el acápite siguiente, una pena para el delito específico que ella considera en el artículo 22. Sólo diremos por ahora, que la realización del delito del artículo 22 es independiente de la existencia o ausencia de fraude o engaño.

---

<sup>22</sup> Cfr. Vázquez Méndez, Guillermo. ob. cit.

## 2.7- Punibilidad del delito de giro doloso de cheques y acciones que de él nacen

La Ley de Cheques se remite en este punto al artículo 467 del Código Penal, que trata las penas del delito de estafa. Como se dijo anteriormente, el delito de giro doloso de cheques es un delito específico y autónomo, distinto al delito de estafa, y sólo tienen en común la sanción penal. La pena se aplica en relación al monto o suma del cheque.

El artículo 22 del D.F.L. 707 señala que será sancionado con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal, debiendo aplicarse las del N° 3, aún cuando se trate de cantidades inferiores a las ahí fijadas.

De un cheque protestado se originan dos tipos de acciones: una civil por medio del cual se hace efectiva la responsabilidad patrimonial y que puede ser ejecutiva u ordinaria. Esta acción puede hacerse valer contra cualquiera de los obligados al pago del cheque, como son el girador, endosante o avales y, se hace efectiva sobre los bienes de los deudores y no sobre su persona. Los bienes sobre los cuales ella puede recaer son todos aquellos que tienen el carácter de embargables, haciendo valer el acreedor su derecho de prenda general sobre esta clase de bienes. También se origina una responsabilidad penal que se hace efectiva en la persona del girador del cheque y que trae consigo la pena señalada en el párrafo anterior. El por qué del origen de estas dos acciones es sólo una consecuencia directa de la aplicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

En cuanto a la prescripción de estas acciones, el legislador ha establecido plazos dentro de los cuales los interesados deben ejercitar sus acciones. Sobre el particular, el artículo 34 de la Ley de Cheques establece que 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. Es interesante hacer notar que el plazo para contar la prescripción de la acción ejecutiva y la penal es uno solo, de un año, y desde la fecha del protesto y no desde cuando se giró el cheque. Según el artículo 95 del Código Penal, el plazo de prescripción debería contarse desde la fecha en que se perpetró el delito, que sería la regla general, pero para el caso de este delito específico, se cuenta desde el día del protesto, que es un acto independiente de la voluntad del girador en el cuál además no tiene ningún grado de participación, pues el protesto del cheque o la negativa para su pago lo ejecuta el Banco librado.

En cuanto a la prescripción de la pena, como el delito de giro doloso de cheques se estima que es un simple delito, en conformidad al artículo 97 del Código Penal, esta sería de cinco años, contados por regla general, desde la fecha de la sentencia de término dictada en el juicio respectivo.

## 2.8- Bien jurídico protegido por el artículo 22 de la Ley de Cheques

Debemos señalar que no existe unidad de criterios en la doctrina nacional y extranjera, en torno a cual es el bien jurídico protegido y que es infringido o violado por la comisión del delito de giro doloso de cheques.

a) Según algunos doctrinadores, como la Ley de Cheques le dio a este documento la misma calidad que un billete de Banco, es decir, tuvo en vista el aspecto económico financiero para fomentar el uso y empleo del cheque, lo que la ley protege es *el orden económico*. “ La protección del cheque desde el ángulo penal sería el orden económico general, y no el interés particular. Se estaría en presencia de un interés público superior sobre el patrimonio individual, y considerando el papel, que desempeña el cheque como pago de obligaciones y como instrumento de circulación de la riqueza”<sup>23</sup> .

b) Para otros, el delito de giro doloso de cheques atenta contra la *fe pública*, esto es, la creencia que se tiene de que el cheque corresponde en forma segura y absoluta a una orden de pago efectiva. Es la creencia que tiene la comunidad de la orden de pago inmediato y efectivo del cheque. Debemos criticar esta tesis por un motivo fundamental, cual es, la poca claridad o precisión de lo que debe entenderse por fe pública. Es un concepto de difícil definición, que además de ser muy amplio, es muy vago.

c) Una tercera corriente estima que lo que se tutela es *la seguridad del tráfico mercantil*, como también, el prestigio mercantil del cheque. Se basan en que el cheque es un título de valor, que trae aparejadas certeza y seguridad. Muñoz Conde señala: “...la finalidad perseguida por el legislador es clara: proteger la seguridad del tráfico mercantil a través de la protección del título-valor abstracto en sí...”<sup>24</sup> .

d) Una última interpretación, que sin lugar a dudas es la que está más conforme con el espíritu de la Reforma Procesal Penal, es aquella que nos dice que el bien jurídico tutelado es *el patrimonio individual del beneficiario*. El bien jurídico tutelado por la ley no es otro que la propiedad, teniendo presente la finalidad del pago, y que se libera de punibilidad el girador cuando cubre su importe. Don Manuel de Rivacoba afirma: “ En Chile el cheque sin fondos está concebido, en cambio, como un delito preponderante y acaso sea más certero decir que únicamente contra la propiedad. Para persuadirse de ello, basta con reparar en que a pesar de no constituir ninguna especie ni modalidad de estafa y pese también a excluirse expresamente de aquel cualquier ánimo de defraudar, las penas con que se halla conminado dependen, lo mismo que en el hurto y las defraudaciones, y en otros delitos contra los derechos patrimoniales, del valor económico del objeto material, o sea, en el caso concreto del cheque, de la cuantía pecuniaria que

---

<sup>23</sup> Cousiño, Luis. Ob. cit., (p. 98).

<sup>24</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla-España, 1979, (p.254).

importe el documento, o, por decirlo con mayor exactitud, están asimiladas a las de la estafa, o, con mayor rigor aún, la ley se remite a ésta para señalarlas.

Todavía más expresivo es que el pago de su monto, y de los intereses y las costas devengadas, cualquiera que sea el momento en que se practique, incluso mediando sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada y hasta habiéndose cumplido tal sentencia, haga desaparecer, con independencia de los efectos civiles que también produzca, la responsabilidad delictuosa, o, si ha sido ya extinguida, elimine los antecedentes penales que de ella se siguen”.<sup>25</sup>

Esta teoría es de gran utilidad para quienes sostenemos la posibilidad de dar eficacia a los acuerdos reparatorios en la tramitación de una causa por el delito de giro doloso de cheques, ya que en lo que aquí nos interesa sólo pueden referirse a hechos investigados que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial.

## 2.9- Críticas a la figura delictual descrita

Siguiendo la opinión de Vázquez Méndez<sup>26</sup>, la Ley de Cheques y el delito contemplado en su artículo 22, puede ser criticado al menos en los siguientes puntos:

En primer lugar, la ciencia penal no ha logrado establecer un ordenamiento que sea producto de una sistematización que involucre una lógica jurídica, en el cual se determine fehacientemente el bien jurídico objeto de protección. Al mismo tiempo, al no ser del todo clara la estructura del tipo penal del delito descrito en el artículo 22 del D.F.L. N° 707, es casi imposible realizar una valoración de la culpabilidad del sujeto activo que permita aplicar la sanción por parte de la sociedad.

En segundo lugar, no se sabe a ciencia cierta si estamos frente a un delito de acción o de un delito por omisión o, también, frente a un delito complejo de acción y de omisión.

En tercer lugar, debemos aceptar la crítica en cuanto a la imprecisión del momento en que se comete el delito, como también que el plazo de prescripción de la acción penal, establecida en el artículo 34 de la ley, no se ajusta al sistema del Código Penal ni a la doctrina. No sólo hay confusión en cuanto al momento en que se comete el delito, sino que hasta que momento se puede perseguir la responsabilidad penal. Esta situación ha hecho posible la discusión que si la gestión de notificación del acta de protesto del cheque interrumpe o no la prescripción del artículo 34, que es de un año a partir de la fecha del protesto. La doctrina también es anómala en este punto; ya que si aceptamos aquella que nos dice que el delito nace con el giro del cheque, la prescripción debería contarse desde la fecha del giro. Si se estima que el delito se tipifica con el transcurso de los tres días hábiles desde la notificación, el plazo de un año debería contarse desde el día siguiente del tercer día de notificado. Sin embargo, la ley, en su artículo 34, establece

---

<sup>25</sup> de Rivacoba, Manuel. *Nueva Crónica del Crimen*. Edeval. Valparaíso, 1981, (p. 296).

<sup>26</sup> Cfr. Vázquez Méndez, Guillermo. ob. cit.

como fecha de inicio el día del protesto, es decir la acción penal empieza o después de cometido el delito o antes de cometerse, lo que en todo caso es una aberración jurídica; el artículo 1° del Código Penal establece que el delito es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley y como sabemos, el protesto es un acto ajeno a la voluntad del eventual delincuente en que interviene el Banco librado, lo que contraviene la disposición legal antes citada.

En cuarto lugar, el D.F.L. N° 707 de 1982, que es posterior a la actual Constitución Política, en su artículo 44 vulnera los principios de excarcelación o libertad provisional consagrados en la referida Carta Fundamental, al hacer exigencias que hacen ilusorio el derecho constitucionalmente establecido. Por ser de suma relevancia e importancia, este tema será abordado con mayor atención y extensión en el capítulo siguiente.

Finalmente, es dable criticar esta figura, ya que la legislación de cheques crea una eximente de responsabilidad criminal ajena a toda doctrina de Derecho Penal, ya que, cualquiera sea el estado de la causa criminal, con el pago del cheque, en capital, intereses y costas, se termina el delito ya cometido y se estima como si nunca hubiese existido. Se pudiese dar el caso de que esta exención de responsabilidad penal fuese provocada por un tercero, pagando los valores señalados y que no haya tenido nada que ver en el giro del cheque ni en el proceso.



## CAPITULO III. Tramitación del delito de giro doloso de cheques

Antes de proceder a explicar el procedimiento aplicable al delito de giro doloso de cheques, es necesario comprender que, con la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, se ha producido un desplazamiento en las competencias y funciones antiguamente radicadas en los Jueces del Crimen hacia el Ministerio Público, los Jueces de Garantía y los Tribunales Penales Orales. Teniendo presente esto, y para así poder cumplir con los objetivos trazados al inicio de esta tesis, desglosaremos el estudio y análisis de la tramitación del delito en cuestión en dos partes, comprendiendo la primera de ellas, la tramitación que se le daba con anterioridad a la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal y, la segunda, por ende, la tramitación que debe dársele hoy en día.

### **3.1- Tramitación del delito de giro doloso de cheques antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal**

Una vez que se cometía el delito, debía conocer de él el Juez del Crimen

correspondiente, el que se encontraba determinado por el inciso 7° del artículo 22 de la Ley de Cheques, que decía de la siguiente manera: “Será Juez Competente para conocer de los delitos que se penan en la presente ley, el del domicilio que el librador del cheque tenga registrado en el Banco”.

Antes de la existencia de este inciso, grande había sido la discusión en torno a la necesidad de determinar la competencia de los diversos Tribunales, debido a que eran muchos los interesados que hacían notificar el cheque en el lugar en que se había girado, y se denunciaba el delito cometido o se presentaba querrela en el lugar del giro del documento y no en el lugar en que el girador tenía su domicilio, por lo menos el domicilio que tenía registrado en el Banco. Con la aparición de este inciso se terminó toda discusión en torno al tema y por ende esta situación dejó de ser un problema.

Importa saber ahora, cómo llegaban los antecedentes al Juez del Crimen correspondiente para tomar conocimiento y decisión sobre esta materia. Antes de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, como este delito era considerado de aquellos que confieren acción penal pública, el Juez podía tomar conocimiento por los siguientes medios:

a) Por querrela, la que podía ser iniciada por el ofendido o por un tercero, siempre y cuando se cumplieran con los requisitos que ordenaba el Código de Procedimiento Penal. El artículo 93 de dicho cuerpo legal disponía: “Toda persona capaz de parecer en juicio por sí misma, puede querrellarse ejercitando la acción pública de que se trata en los artículos 10 y 11 de este Código, si no le está expresamente prohibido por ley”. Esta norma estaba en concordancia con lo que disponía el artículo 15 de este mismo cuerpo de leyes, y que decía: “La acción penal pública puede ser ejercida por toda persona capaz de parecer en juicio, siempre que no tenga especial prohibición de la ley y que se trate de delitos que deban ser perseguidos de oficio”.

b) Mediante denuncia, sea por parte del ofendido o por parte de tercero, cumpliendo éste también con la obligación de afianzar los resultados de la causa por los perjuicios que pueda irrogar al girador.

c) El Ministerio Público, que por disposición legal, quedó reducido a la actuación de oficio del propio Tribunal para ejercitar la acción pública.

En teoría esto pudiera parecer algo sencillo, pero además existían una serie de otros requisitos que le eran propios al delito en comento, es así que para llegar al Tribunal del Crimen la querrela o denuncia, y para que puedan ser cursadas, era necesario en primer término, que se acompañase el cheque protestado, en su original. También era requisito que se acompañasen las copias auténticas de la actuación judicial de la gestión de notificación del acta de protesto y el certificado que no había sido pagado el cheque mediante consignación en el Juzgado que conoció la gestión.

Hasta estos momentos no había problema alguno, salvo la siguiente cuestión que ha sido objeto de un arduo debate procesal y jurisdiccional. El Juzgado Civil que conoció de la gestión, a la única persona que puede entregar el cheque es al dueño del documento o a su representante, pero se ha creído por muchos interesados que una vez transcurrido el plazo legal después de la notificación judicial, el Juez Civil debía denunciar el delito y enviar los antecedentes al Juzgado del Crimen. La razón de lo anterior era porque se

decía que se trataba de un delito determinado, donde había un autor perfectamente establecido y por lo tanto el Juez se encontraba obligado a denunciar. Así lo creyeron muchos magistrados y a petición del interesado que había gestionado judicial petición en el Juzgado Civil, tomaba el expediente con cheque y todo y se lo enviaba al Juzgado del Crimen o a la Sección Criminal si el Tribunal tenía doble competencia.

Como bien dice Vázquez Méndez <sup>27</sup>, “si esto en apariencia estaba bien, procesalmente estaba mal. Primero: al Juzgado Civil no se le denuncian delitos, ni menos en un expediente civil; Segundo: el Juez en lo Civil no puede actuar de oficio, porque el que puede actuar de oficio es el Juez del Crimen..., en consecuencia, el Juez Civil no puede disponer del cheque, ni aún a pedido del propio interesado. Es éste quien tiene que acompañar todos los antecedentes al Juzgado del Crimen. ...El Juez Civil no puede denunciar el delito y no está obligado a ello”.

Una vez que se presentaba una denuncia o querrela, donde debía acompañarse el cheque, las compulsas o copias autorizadas de lo actuado en el Juzgado Civil en la gestión de notificación, con certificado de haberse efectuado tal notificación, que habían transcurrido los tres días posteriores a la notificación y que el girador no había consignado fondos para pagar el cheque y las costas, el Juez del Crimen, según lo disponía el artículo 42 de la Ley de Cheques, procederá a encarar reo al girador de los cheques a que se refiere el artículo 22. Es decir, el Juez, con los antecedentes que se le presentaban y que consistían en los anteriormente indicados, debía declarar reo al girador y posteriormente debía ordenar su detención, que era la consecuencia inmediata de la dictación del auto de procesamiento.

Consecuencia directa de la dictación del auto de procesamiento, era que no existía en materia de giro doloso de cheques, la simple detención, como si ocurría para la correcta investigación de otro tipo de delitos, sino que solamente existía la prisión preventiva, esto es, la privación de libertad posterior a la declaratoria de reo.

Partía, en consecuencia, el procedimiento criminal con un auto de procesamiento, lo que traía consigo una serie de secuelas: en primer término, la ley hacía suponer que los antecedentes que exige el artículo 42 son determinantes para justificar la existencia del hecho punible y las presunciones para estimar al girador del cheque como autor del delito. En segundo lugar, hacía posible el embargo de los bienes del inculpado, ya que el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal disponía: “En la resolución que someta a proceso al inculpado, el juez ordenará de oficio que, si tiene bienes, se le embarguen los que sean suficientes para cubrir las costas y gastos que puede ocasionar el juicio al Estado y el máximo de la multa señalada por la ley al delito, fijando el monto hasta el cual deba calcularse el embargo”. En tercer lugar, el procesado no podía salir excarcelado mientras no cumpliera con lo que disponía el artículo 44 de la Ley de Cheques, es decir, pagar una caución equivalente a un depósito de dinero de un monto no inferior al importe del cheque, más los intereses y las costas que fije prudencial y provisionalmente el tribunal. Por la importancia y trascendencia de este último tema, nos ocuparemos de él más adelante.

---

<sup>27</sup> Vázquez Méndez, Guillermo. ob. cit.

En cuanto a las actitudes que podía adoptar el procesado una vez que había ingresado al Tribunal, se encontraban, en primer lugar, la de pagar el cheque, intereses y las costas de las actuaciones judiciales de la actuación civil y del proceso criminal. Con ello procedía, si no existían más causales para mantenerlo en prisión, otorgarle la libertad y sobreseerlo definitivamente en conformidad a la que establecía el artículo 22 en su inciso 8°, es decir, siempre y cuando apareciera de los antecedentes del proceso que el procesado no había girado él o los cheques con el ánimo de defraudar.

Este sobreseimiento significaba que los antecedentes personales, la naturaleza, circunstancia y móviles de la infracción penal, le permitían al Juez suponer o presumir que el procesado no volvería a delinquir. Esta presunción la debía aceptar el Juez siempre que el procesado acreditara los hechos ordenados por la ley. En la práctica, bastaba que el propio querellante o denunciante se desistiera de la querrela o denuncia y declarara que el procesado no le ha causado perjuicio y que supone que no ha querido causárselos.

Pero este sobreseimiento podía llegar hasta ahí y ordenar el juez archivar los antecedentes, como también ordenar el trámite de la consulta (hoy ya no procede), a la respectiva Corte de Apelaciones. Este trámite de la consulta no es otra cosa que el visto bueno que pone la Corte de Apelaciones a ciertas resoluciones judiciales, ya que la ley estima que el Juez pudo haberse equivocado o que deliberadamente ha penado al inculpado de una forma más débil a la que correspondía, y siempre y cuando no la haya conocido por vía de la apelación.

La otra actitud que podía tomar el procesado era simplemente no pagar, debiendo así esperar la sentencia definitiva.

Una tercera actitud por la que podía optar el procesado, era la de, dentro del tercero día desde la gestión civil, haber puesto tacha de falsedad a su firma o haber planteado la cuestión de que el cheque había sido adulterado, debiendo el Juez del Crimen someterlo a tramitación vía incidente y tramitarlo como incidente previo y devolverlo.

### 3.2- Libertad bajo fianza en el delito de giro doloso de cheques

La libertad provisional o excarcelación la podemos definir como un beneficio que la ley acuerda al detenido o al procesado que cumpla con los requisitos que la Constitución y el Código de Procedimiento Penal establecen. Osvaldo López define a la libertad provisional como: “el derecho que la ley acuerda al imputado de delito, para hacer cesar la detención o la prisión preventiva, en su caso, cuando afianza suficientemente su persona, asegura el saneamiento de la acción en la forma y casos que la misma ley determina”.<sup>28</sup>

La recién citada libertad provisional, libertad bajo fianza o excarcelación, ha sido objeto de constantes y acaloradas discusiones por parte de nuestra doctrina como

---

<sup>28</sup> López, Osvaldo. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I, (p. 286), citado por Vázquez Méndez.

también por parte de nuestros Tribunales de Justicia, debido a la problemática en torno al modo y las condiciones en que ésta debe, o más bien dicho, debía otorgarse en el delito de giro doloso de cheques.

La razón de lo anteriormente expresado, radicaba en la clara contradicción entre dos normas de nuestro ordenamiento jurídico, que por cierto eran de distinta jerarquía, y que ha saber eran el artículo 19 N° 7 de nuestra Constitución Política y el artículo 44 de la Ley de Cheques.

La Constitución Política, en su artículo 19 N° 7 establece: “el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia, la libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el Juez como necesaria para la investigación del sumario o para la seguridad del ofendido y de la sociedad”.

A su vez el artículo 44 establece: “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 importe del cheque, más los intereses y costas que fije prudencial y provisionalmente el tribunal”.

Las interrogantes que surgen de la lectura de estos artículos son muchas; ¿es constitucional este artículo 44? ¿está esta disposición derogada por la norma del artículo 19, N° 7 letra e) de la Constitución? ¿es contraria esta disposición de la Ley de Cheques a lo dispuesto en la Convención Americana de los Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, que consagra en su artículo 7 el derecho a la libertad personal y sus garantías, y entre ellas, que toda persona detenida deberá ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de continuarse el proceso, Convención de que Chile es suscriptor, siendo este pacto de rango constitucional?

Desde luego, sabemos que la Constitución Política prima sobre cualquiera disposición anterior o posterior a su dictación. Si una ley resulta contraria a la Constitución, esa ley anterior debe entenderse tácitamente derogada, y si es posterior, es una ley inconstitucional, y será la Corte Suprema la que en cada caso deberá así declararlo. Esta disposición del artículo 44, fue establecida por el decreto 3.777 de 1943 y el D.F.L. 707 de 1982 que fijó el texto refundido. Por lo anteriormente dicho, este artículo 44 en la parte que fija además la caución, es contrario a la Constitución, por lo que debemos llegar a la conclusión de que esta derogada tácitamente.

En estricta relación con lo anterior, el artículo 19, N° 7, letra e), de la Constitución Política de la República, que como sabemos establece la amplia procedencia de la libertad provisional, también agrega que será la ley la que establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla. Resulta evidente que esto último hace referencia a lo que establece el Código de Procedimiento Penal, que es el que fija y reglamenta todo lo relativo a materias de carácter procesal-criminal.

En lo relativo a las opiniones jurisprudenciales de nuestros tribunales, han existido durante largo tiempo diversos criterios en cuanto al otorgamiento o no de la libertad bajo fianza, como también las condiciones en que ésta debía ser otorgada. En otras épocas,

cuando el girador no podía satisfacer la caución aludida, debía esperar meses detenido, para que el tribunal le concediese su libertad, con fianza simple, como la que es común a todos los delitos, y no la especial de la Ley de Cheques. Hasta hace unos pocos años, y con sentencias no uniformes, aunque de mayoría, para otorgar la libertad provisional, exigía la consignación completa del artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, y fallos disidentes o de minoría, estaba con su concesión, regulándose un porcentaje del valor del cheque o un monto fijo. En estos últimos años, se produjo un vuelco en los fallos, en orden que en las sentencias de nuestros tribunales, específicamente de las de nuestra Corte Suprema, se vienen resolviendo en forma uniforme la procedencia de la excarcelación del delito en comento, sin la caución perentoria dineraria del artículo 44, y solo fijándose una fianza equivalente a un porcentaje del valor del cheque, que fluctuaba entre el 10 y el 30 % del importe del documento. En otros casos se fijaban sumas inferiores, según el criterio del juez, y atendidas las circunstancias particulares en cada ocasión. Es así como el juez analizaba el monto de la deuda, si hubo abonos, el tiempo que ha estado detenido el querellado y sus posibilidades o medios económicos.

### 3.3- Jurisprudencia

La Corte Suprema siguiendo los razonamientos anteriores ha resuelto: “Resolviendo sobre la apelación que niega lugar al recurso de amparo, la que determina o decide que el referido artículo 44 de la Ley Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques es de menor jerarquía que los artículos 19 N° 7 y 26 de la Constitución Política, cuya aplicación preferente debieron hacer los jueces de la causa, y que, visto lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta Fundamental y artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, se revoca la resolución apelada y en su lugar declara que se acoge al recurso de amparo y se concede al recurrente su libertad bajo fianza, que se regula en \$ 2.600.000, que deberá rendirse en alguna de las formas previstas en el artículo 361 de dicho código”.<sup>29</sup>

En relación al tema, también se ha resuelto: “la mantención en prisión preventiva del amparado, es una imposición de la caución especial que se refiere el artículo 44 del D.F.L. N° 707 y constituye una arbitrariedad toda vez que para el goce de la garantía establecida en el artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución Política de la República, se impone en definitiva una condición que viene hacer ilusorio tal derecho fundamental, situación que proscribiera abiertamente el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, además corresponde privilegiar la aplicación de la norma constitucional sobre la legal”.<sup>30</sup>

Otro fallo publicado en la Semana Jurídica dictamina que: “el artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques es de menor jerarquía que el artículo 19 N° 7 y

---

<sup>29</sup> Fallos del mes. Año 1999, N° 491, (p. 2377).

<sup>30</sup> Gaceta Jurídica. Año 2001, N° 251, (p. 109)

26 de la Constitución Política de la República, cuya aplicación debieron observar los jueces de la causa en virtud de la primacía de la Ley Fundamental. La fianza se fijará por el juez de la instancia en una suma no inferior al 12% del capital de los cheques materia del proceso. Corte Suprema, 1 de febrero de 2001, Rol N° 421-01.<sup>31</sup>

### **3.4- Problemática de la excarcelación con respecto a nuevas querellas por el delito de giro doloso de cheques**

Referido a la excarcelación, también se ha planteado una cuestión que no ha tenido una solución radical y definitiva tanto por fallos de primera como de segunda instancia.

El problema se suscitaba cuando un girador estando sometido a proceso como autor del delito de giro doloso de cheques y se le había concedido el beneficio de la libertad bajo fianza, una vez estando en libertad se le acumulaban al juicio penal nuevas querellas por el mismo delito. Se ha tenido conocimiento que algunos tribunales de primera instancia como también Cortes de Apelaciones, han mantenido este beneficio, para las nuevas querellas y autos de procesamiento que se acumulaban. En sentido contrario, varios jueces de primera instancia, sostenían que debía constituirse una nueva fianza por los demás delitos que se acumulen.

Existe al respecto cierta jurisprudencia que clarifica este problema: un fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt con fecha 11 de octubre del año 2000, resolvió, rechazando un recurso de amparo de la siguiente forma: "... las órdenes de aprensión fueron la consecuencia de nuevos autos de procesamiento dictados contra el amparado con posterioridad a la fecha en que se le concedió la excarcelación; en tal evento, ha mutado su situación procesal con la perpetración de nuevos delitos, lo que conlleva a un nuevo pronunciamiento sobre su libertad provisional, si es que se le priva de ella como consecuencia de las ordenes de prisión que sobre el amparado pesan..".

Resolviendo el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia aludida que rechazó el recurso de amparo, la Corte Suprema lo acogió diciendo: "que del mérito de los antecedentes y de la causa tenida a la vista, aparece que actualmente en el proceso existe vigente libertad provisional concedida al amparado y ordenes de aprehensión pendientes despachadas en su contra, lo que resulta incompatible, sin perjuicio de que la detención dispuesta deriva de autos de procesamientos librados en causas que se acumularon posteriormente a la referida excarcelación. Que en consecuencia, corresponde por esta vía cautelar la corrección de esta anómala situación que infringe disposiciones legales de carácter procesal, con amago a la libertad personal del amparado.

Procediendo esta Corte de Oficio, y de conformidad a lo dispuesto, en el artículo 366

---

<sup>31</sup> Semana Jurídica. Año 1 N° 18, marzo 2001.

del Código de Procedimiento Penal, eleva el monto de la fianza de la libertad provisional concedida a Don Guido Klein Baraje, a fojas 171 y 175 de los autos adjuntos a la cantidad de \$ 8.000.000, debiendo rendirse el saldo pendiente en conformidad a la norma legal pertinente”<sup>32</sup>

### 3.5- El delito de giro doloso de cheques bajo la reforma procesal penal

El 31 de mayo del 2002 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.806 sobre Normas Adecuatorias del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal. Esta ley ha tenido por objeto ajustar la legislación vigente al nuevo Sistema Procesal Penal, para superar los problemas de aplicabilidad y compatibilidad provocados por la reforma.

Entre las normas que han sido objeto de modificación en virtud de esta Ley N° 19.806, se encuentra el D.F.L. N° 707 de 1982, que fija el texto refundido de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. La modificación de este cuerpo legal constituía algo absolutamente necesario, por cuanto muchas de sus disposiciones presentan características especiales que no resultan aplicables ni fácilmente compatibles con el nuevo sistema. Entre los problemas de desadaptación que ofrecía esta normativa en relación con el nuevo sistema procesal penal podemos citar a modo de ejemplo: Las normas relativas al ejercicio de la acción penal pública, las normas relativas al procesamiento y el decreto de prisión preventiva de auto de procesamiento ya que esta última institución procesal ya no existe en el nuevo proceso penal, la cuestión de la cuantía de la caución para recuperar la libertad provisional ya que en el nuevo proceso penal no existe la libertad bajo fianza salvo casos excepcionales, como también la posibilidad de dar o no dar eficacia a los acuerdos reparatorios.

La reforma introducida por la Ley N° 19.806 resuelve expresamente alguna de estas cuestiones y, más aún, va mucho más allá de modificar cuestiones meramente procesales. El Legislador, teniendo a la vista cuales eran los problemas de adecuación de la antigua norma al nuevo procedimiento, no sólo se preocupó de solucionar estas cuestiones, sino que además adoptó una decisión sustancial en esta materia, que ha saber fue: *Convertir el delito de giro doloso de cheques en un delito de acción privada.*

En efecto, entre las modificaciones incorporadas al D.F.L. N° 707, se sustituyó su artículo 42, quedando de la siguiente forma: “Los delitos previstos y sancionados en el artículo 22 que deriven del giro del cheque efectuado por un librador que no cuente de antemano con fondos o créditos disponibles suficientes en su cuenta corriente, que hubiere retirado los fondos disponibles después de expedido el cheque o hubiere girado sobre cuenta corriente cerrada, conferirán acción penal privada al tenedor del cheque protestado por dichas causales.

---

<sup>32</sup> Revista de Derecho , Criminología y Ciencias Penales. *Jurisprudencia en los últimos años sobre la libertad bajo fianza en el delito de giro doloso de cheques.* N° 3, Universidad San Sebastián, Chile, 2001, (p. 288 – 290).



Los restantes delitos establecidos en esa disposición y en el artículo 43, darán lugar a acción penal pública, pero los fiscales del Ministerio Público sólo iniciarán la investigación cuando se les presente el cheque protestado y la constancia de haberse practicado la notificación judicial del protesto y de no haberse consignado los fondos en el plazo indicado en el mismo artículo 22, sea que se haya opuesto o no tacha de falsedad en el momento del protesto, o dentro de los tres días siguientes a la notificación judicial del mismo”.

Lo anteriormente señalado, significa que se ha modificado la naturaleza jurídica de la figura, que pasa de ser un delito de acción pública a uno de acción privada, en los supuestos de giro de cheque sin contar con fondos o créditos disponibles suficientes en la cuenta corriente, en aquellos en que se hubieren retirado los fondos disponibles después de expedido el cheque y cuando el cheque se hubiere girado sobre cuenta corriente cerrada.

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que fue la encargada de discutir el Proyecto de Normas Adecuatorias, en las páginas 6 y 7 de su Informe del 16 de octubre del 2001, estableció que la decisión de modificar la naturaleza jurídica del delito de giro doloso de cheques, se habría tomado en base de consideraciones de política criminal sustantiva, según las cuales entendido que el cheque es un instrumento de pago, salvo ciertas conductas muy próximas a la estafa, y en la medida que se extingue la acción penal con el pago de la deuda, no es razonable que el Ministerio Público haga las veces de cobrador a favor del tenedor del documento.

Verdaderamente, se trata de consideraciones de carácter sustantivo, por cuanto el problema de la protección penal del cheque pertenece, en realidad, al Derecho Penal sustancial. Por lo tanto, una reforma de tanta envergadura como lo es la modificación de la naturaleza jurídica del delito de giro doloso de cheques, en lo relativo al titular de la acción penal, no puede sino estar apoyada en argumentos de fondo.

En honor a la verdad, el Legislador, al adoptar la modificación antes reseñada, no se preocupó de determinar previa y expresamente cual es el verdadero fundamento del régimen de punición de estas conductas. Pese a ello, la reforma sobre la naturaleza de estos delitos supone, o mejor dicho, nos hace suponer que existe una muy importante señal para estimar que se está reconociendo o dando primacía a la protección particular del afectado, frente a los otros posibles bienes jurídicos de carácter supraindividual, que como ya fue reseñado en el transcurso de esta memoria, serían la Fe Pública o el Orden Público Económico, entre otros.

Esta preeminencia del interés individual como bien protegido es reafirmado, por lo demás, cuando la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el informe ya citado, afirma que lo que la reforma pretende evitar es, precisamente que el Ministerio Público - o los Juzgados del Crimen, cuando el procedimiento todavía estaba vigente en algunas regiones- haga las veces de cobrador gratuito a favor del tenedor del documento, o dicho en otras palabras, que el Ministerio Público actúe para proteger, únicamente, el interés económico individual del afectado; interés que, en consecuencia, será el único o primer bien jurídico protegido por la norma.

Como se puede observar, la reforma del delito de giro doloso de cheques, en lo que

respecta al régimen de acción penal privada, tiene un alcance y consecuencias que exceden por mucho a la mera adecuación de sus normas al nuevo sistema procesal penal. Incluso, conviene recordar que esta reforma ya había sido planteada en otras épocas, aunque nunca había llegado a concretarse. Corría el año 1959, cuando una modificación de similares características había sido propuesta por el entonces diputado del Partido Radical don Raúl Juliet, quien afirmaba que “La sociedad no tiene motivos para ser vindicada por los delitos creados por la Ley de Cheques, ellos en estricto derecho y doctrina pura, deben ser perseguidos por la persona ofendida o por su representante legal”.

### 3.6- Consecuencias del cambio legislativo

Existen muchas interrogantes y de muy variada índole en torno a las repercusiones que traerá aparejada la Reforma Procesal Penal, en lo que dice relación con el delito de giro doloso de cheques. A continuación se presentarán algunos puntos necesarios de clarificar.

#### a) Vigencia de las normas de la Ley N° 19.806.

Debemos preguntarnos a partir de que momento comienzan a regir las disposiciones que modifican el D.F.L. N° 707, esto es, si son normas que entraron a regir inmediatamente para todo el país, a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, o si están sujetas a la regla de la gradualidad.

Dentro de todos los supuestos modificatorios que trae esta ley, encontramos cuestiones de diversa índole, es así, que para evitar contradicciones o problemas de aplicabilidad o compatibilidad, cuando se trate de una mera adecuación de la norma antigua al nuevo sistema penal, no cabe duda que esas modificaciones han de regirse por la regla de la gradualidad, pero no sucede lo mismo cuando se trata de cuestiones de fondo que obedecen a consideraciones político criminales de carácter sustantivo. Por lo demás, así lo dispone expresamente el artículo transitorio de la ley en comento, al establecer como regla general que: “Las normas de la presente ley entrarán en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial”. Acto seguido se señalan algunas excepciones en que la entrada en vigencia será gradual, y estas excepciones se refieren a aquellas normas relativas en primer lugar, al ejercicio de la acción penal pública, la dirección de la investigación y la protección de víctimas y testigos, en segundo lugar, a la competencia en materia penal y, en tercer lugar, a la ley procesal aplicable.

Entre las modificaciones que se introducen al D.F.L. N° 707, la mayoría queda supeditada, precisamente, a este sistema gradual de vigencia. Así, por ejemplo, las que se refieren a las facultades del Ministerio Público (art. 1°), ya que son atinentes al ejercicio de la acción pública. Lo propio sucede con las modificaciones de los incisos 7° (que dice relación con que el delito se entiende cometido en el domicilio que el librador del cheque tenga registrado en el Banco) y 9° (que reemplaza las palabras tribunal respectivo por respectivo juez de garantía o tribunal de juicio oral en lo penal en su caso)

del artículo 22, puesto que ellas fijan reglas de competencia en materia penal. También sucedería lo mismo con el inciso 8° del mismo artículo ya que se ha asignado un orden meramente procesal.

No sucedería lo mismo con las modificaciones que adopta el régimen de acción privada en algunos supuestos del giro doloso de cheques. La calificación de delitos como de acción penal privada para los casos anteriormente descritos no escapa a la regla general de entrada en vigencia a partir de la fecha de la publicación de la Ley N° 19.806 en el Diario Oficial, pues ella no puede ser incluida en ninguna de las excepciones que establece la disposición transitoria. En este sentido, la calificación de delitos de acción pública o privada de los casos más importantes del artículo 22 de la Ley de cheques (giro sin fondos o contra cuenta corriente cerrada), no es una regla relativa al ejercicio de la acción penal pública, sino a la atribución del carácter público o privado de la acción emanada de ciertos delitos, esto es, como ya se ha dicho, una decisión de política criminal sustantiva, anterior a la regulación de la forma de ejercer la acción penal, pública o privada. Tampoco dice relación con la dirección de la investigación y la protección de víctimas y testigos, no altera las reglas de competencia en materia penal ni la ley procesal aplicable, pues tanto en el Código de 1906 como en el del 2000, existen normas no alteradas que regulan el ejercicio de la acción penal privada. Si siguiéramos esta línea argumentativa, llegaríamos a la conclusión, como también lo establece el destacado penalista Jean Pierre Matus, de que “quedarían también sin efecto, aún para los procedimientos seguidos conforme el Código de Procedimiento Penal de 1906 las especiales reglas de procesamiento y prisión preventiva del actual artículo 42 del D.F.L 707...”,<sup>33</sup> pero sabemos que esto no ha sucedido en la práctica.

#### b) Problema del momento de la comisión del delito de giro doloso de cheques.

Este problema se plantea, atendida la vigencia temporal y no retroactiva del Código Procesal Penal del año 2000 establecida en sus artículos 483 y 484. Es necesario precisar entonces desde cuando los casos de giro fraudulento de cheques quedarán sujetos al nuevo proceso penal. Por este motivo, es necesario precisar en que momento se da existencia a este delito. Al respecto, existen varias teorías, las cuales ya fueron tratadas en el capítulo 2.5. Siguiendo la opinión de la Fiscalía Nacional la teoría correcta que se debería considerar para acreditar la existencia del delito es aquella denominada “de delito complejo o de acciones independientes”.

“Esta Fiscalía Nacional, opina que el delito solo tiene existencia como tal cuando ha transcurrido el plazo de tres días contados desde la notificación del protesto y no han sido consignados fondos suficientes para el pago de su monto, los intereses y costas. En consecuencia, esta Fiscalía Nacional sostiene que para establecer la competencia del Ministerio Público en la investigación del delito del giro doloso de cheques, será necesario establecer si el acto final de configuración del delito, esto es, el transcurso del plazo de tres días contados desde la notificación del protesto sin que se hayan consignado fondos suficientes para el pago de su monto, los intereses y costas, se produjo a contar del día 16 de Diciembre del año 2000 en adelante. En este evento el delito será competencia del Ministerio Público, no obstante que algunas conductas u

---

<sup>33</sup> Matus, Jean Pierre. *El cheque como delito de acción privada en el nuevo y antiguo proceso penal*. Documento vía internet.

omisiones necesarias para configurar el delito se hubiesen producido antes de esa fecha”.<sup>34</sup>

### c) Problema del procesamiento, la orden de detención y la prisión preventiva

El antiguo artículo 42 de la Ley de Cheques disponía que el Juez del Crimen que corresponda procedería a procesar al librador de los cheques en infracción al artículo 22 de la misma, con el solo mérito del cheque protestado y de la constancia de haberse practicado la notificación judicial del protesto y de no haberse consignado los fondos dentro del plazo indicado en el mismo precepto.

Esta disposición implicaba respecto del imputado su automático sometimiento a proceso y el despacho inmediato de una orden de detención en su contra, cuyo cumplimiento en calidad de prisión preventiva llevaba consecuentemente a los problemas de excarcelación anteriormente analizados. Ahora con la entrada en vigencia de la reforma y las correspondientes Normas Adecuatorias ésta disposición ha quedado completamente derogada. Lo mismo ocurre con la caución obligatoria del artículo 44 que se establecía como requisito para obtener la libertad provisional. En la actualidad, para los delitos de acción privada, la prisión preventiva es improcedente según lo dispone el artículo 141, letra b), del Código Procesal Penal del año 2000 y para los dos casos restantes de delitos de acción pública, las condiciones para que se decrete son las generales, por tanto, la cuestión se trasladará en el caso concreto, a la discusión sobre el cumplimiento de los requisitos que tales disposiciones establecen en especial, que ella es indispensable para el éxito de las diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Conforme a estas reglas tratándose de cheques cuyo monto no sea superior a las 4 UTM, sólo será procedente la citación judicial ya que según el artículo 124 del Código Procesal Penal se excluye la aplicación de medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado para delitos con penalidad como lo establecía en el artículo 467 N° 3 del Código Penal.

Hoy en día, la única norma que se refiere a la caución y la libertad provisional es el artículo 146 del Código Procesal Penal, que trata de la caución sustitutiva de la prisión preventiva y que sólo se refiere a los casos en que ésta es necesaria para garantizar la comparecencia en juicio y la eventual ejecución de la pena. En definitiva, salvo en este caso de garantía de comparecencia, no corresponderá sustituir la prisión preventiva por una caución, y aún cuando un imputado se encuentre en prisión preventiva, no debería encontrarse la caución condicionada, en caso alguno, al valor del cheque origen de la causa.

### d) El cheque en garantía y el cheque a fecha.

Presentada una querrela por delito de acción privada de giro doloso de cheque ante el Juez de Garantía, recaerá en este tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 114 letra c), del Código Procesal Penal, el examen en lo relativo a la naturaleza del cheque, a

---

<sup>34</sup> Piedrabuena Richard, Guillermo. Sr. Fiscal Nacional. *Reforma Procesal Penal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002. (p. 56).

efecto de determinar si éste, es efectivamente un cheque susceptible de dar origen al delito del artículo 22, o dicho en otros términos, acerca de sí los hechos expuestos en la querrela fueron o no constitutivos de delito. En este punto hay que destacar el instructivo N° 39, N° 3 i, del Fiscal Nacional en que refiriéndose al cheque en garantía señala que el cheque sólo puede ser girado en pago de obligaciones o en comisión de confianza y no en garantía o para caucionar obligaciones futuras, que existirán con posterioridad al giro del cheque de lo que se sigue que no se configura el delito de giro doloso cuando son protestados por falta de fondos.

Por otra parte, tratándose del denominado cheque a fecha y en contra de la opinión del Sr. Fiscal Nacional<sup>35</sup>, creemos que si la fecha es un elemento esencial del cheque, un cheque a fecha parece tan desnaturalizado como un cheque en garantía y en segundo término, en la práctica comercial, el cheque a fecha es un instrumento de crédito y no de pago, y en tales condiciones, no está sujeto a protección penal, siendo además contradictorio con las garantías de libertad personal que se establece en el nuevo orden procesal. Más aún, parece que el castigo penal del cheque a fecha, entendido como instrumento de crédito, contradice gravemente lo dispuesto en el artículo 7.7 de la Convención de San José de Costa Rica que prohíbe la detención por deudas que, tratándose de las provenientes de cheque a fecha en algunas ocasiones encubren mutuos cuyas tasas de interés rayan en la usura.

e) El sobreseimiento y los acuerdos reparatorios.

En virtud de lo dispuesto en la Ley sobre Normas Adecuatorias el sobreseimiento total y definitivo que establecía el antiguo artículo 22 inciso 8° de la Ley de Cheques es reemplazado por una causal de sobreseimiento definitivo que se dictará, previa solicitud de parte, a menos que de los antecedentes aparezca en forma clara que el imputado ha girado él o los cheques con ánimo de defraudar.

En cuanto a los acuerdos reparatorios, éstos tienen cabida en los delitos de acción privada, produciendo el mismo efecto que el desistimiento y su aceptación, aunque estos últimos no quedan sujetos a ninguna clase de control adicional. La oportunidad para que decreten no es otra que en la etapa de llamado a conciliación al momento de llevarse a cabo la audiencia. En cuanto a los casos excepcionales de giro doloso de cheques en que se consideran como acción pública los acuerdos reparatorios podrían aprobarse en las siguientes oportunidades procesales. Primero, en la audiencia de formalización de la investigación y en segundo lugar, en la audiencia de preparación del juicio oral, si se encontrase cerrada la investigación.

### **3.7- Tramitación del delito de giro doloso de cheques en la actualidad**

En lo relativo a la parte procesal, es decir, a la forma en que debe tramitarse el delito de

---

<sup>35</sup> Piedrabuena Richard, Guillermo. ob. cit.

giro doloso de cheques, debemos atenernos nuevamente a la reforma que en esta materia ha realizado el Legislador, al establecer que el delito en comento ha pasado de ser un delito de acción pública a uno de acción penal privada.

Por consiguiente, el procedimiento aplicable es el establecido en el Libro IV, Título II del Código Procesal Penal del año 2000, en sus artículos 400 a 405, relativo al procedimiento por delito de acción penal privada. Hay que señalar que el artículo 405 de la normativa antes citada establece que: “En lo que no proveyere este Título, el procedimiento por delito de acción penal privada se regirá por las normas del Título I del Libro IV”, es decir, que para los casos de giro doloso de cheques, deben aplicarse las normas del procedimiento simplificado; al que podemos definir como “aquel que permite la realización de un juicio oral ante el Juez de Garantía, desprovisto de mayores formalidades en su preparación y desarrollo, cuando se formula acusación por faltas o hechos constitutivos de simples delitos para los cuales el Ministerio Público solicita una pena que no excede de presidio o reclusión menores en su grado mínimo”<sup>36</sup>.

Como lo establece el artículo 400 del Código Procesal Penal, el procedimiento debe iniciarse solamente con la interposición de una *querrela*, por persona que se encuentre habilitada para ejercer la acción penal privada, que no es otra que la víctima u ofendido; debiendo presentarse ante el Juez de Garantía competente. En cuanto a los requisitos que debe cumplir esta querrela por giro doloso de cheques, se ha estimado que debe ser acompañada por el cheque protestado como por las copias autorizadas de la gestión preparatoria civil. La razón de esto, radica en que debe ser de propia iniciativa de la parte querellante el aportar los elementos que razonablemente pueda, porque como ya se ha expresado, al considerarse este delito como uno de los que confieren acción penal privada, importa la razón o motivo que sean los propios particulares los que den solución a sus conflictos.

De la misma forma, el artículo 113 del mismo cuerpo legal, que trata los requisitos de la querrela criminal, establece la necesidad de una relación circunstanciada del hecho punible, es decir, tratar de acompañar la mayor cantidad de elementos que sean demostrativos y constitutivos del hecho que se pretende entregar a la decisión del Juez, ya que de lo contrario, esta querrela puede ser declarada inadmisibles por la razón que establece el artículo 114 letra c), que permite declarar la inadmisibilidad de la querrela cuando los hechos contenidos en ella no sean constitutivos de delito.

Una vez que se comprueba que las querellas cumplen con todos los requisitos establecidos en el artículo 113, más la presentación del cheque protestado y las copias autorizadas de la gestión civil y se ha constatado además que, ha ocurrido el hecho punible con todos los requisitos establecidos en el artículo 22 del D.F.L. N° 707, se procederá a declararla y ordenará el Tribunal la notificación al imputado, debiendo citar a todos los intervinientes a una audiencia, la que no podrá tener lugar antes de los 20 ni después de los 40 días siguientes contados desde la fecha de la resolución, según lo dispone el artículo 393 del Código Procesal Penal.

Estando presentes las partes en la audiencia, ya sea personalmente o

---

<sup>36</sup> Carocca Pérez, Alex. *El nuevo sistema procesal penal*. Editorial Jurídica La Ley. Santiago, 2003, (p. 252).

representadas, salvo disposición del Tribunal que ordene su comparecencia en forma personal, se realizará una relación de la querella, y según lo dispone el artículo 404 del Código Procesal Penal, el juez instará a las partes a buscar un acuerdo que ponga fin a esta causa. Esto demuestra que son procedentes los acuerdos reparatorios en materia de giro doloso de cheques, no obstante producir igual efecto que el desistimiento de la querella y el decreto del sobreseimiento de la causa.

Si este llamado a acuerdo entre las partes involucradas no tiene ningún resultado positivo, el Juez de Garantía debe, acto seguido, preguntar al imputado si admite su responsabilidad en los hechos que se contienen en la querella o, si por el contrario, solicita la realización de un juicio. Según el artículo 395 de la ley procedimental, si el imputado admite su responsabilidad en el hecho y no son necesarias otras diligencias, el juez dictará sentencia inmediatamente. Si por el contrario, esto no sucede y el imputado solicita la realización de un juicio, éste se llevará a cabo inmediatamente, procediéndose a dar lectura a la querella respectiva, debiendo oírse a los comparecientes y presentándose además los medios de pruebas de que las partes esperan valerse. Se fijará también una nueva audiencia con la finalidad de dar a conocer el texto o contenido de la sentencia.

Por expresa disposición del artículo 405 del Código Procesal Penal, no es procedente que se decrete por parte del Juez de Garantía la suspensión de la imposición de condena.

La aplicación del artículo 395 ha sido objeto de una constante discusión por parte de nuestros tribunales, y, ha sido nuestra Corte Suprema la que ha dado un importante criterio en torno a que el procedimiento simplificado unido al procedimiento de resolución inmediata que dentro del mismo se contempla, resulta completamente aplicable, aún cuando la penalidad establecida para el delito de giro doloso, en algún caso particular, excediere de presidio menor en su grado mínimo. De hecho, conociendo por recurso de nulidad una sentencia dictada en procedimiento simplificado por el Juzgado de Garantía de Temuco, en doctrina ha resuelto: “En lo que se refiere al delito previsto en el artículo 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, dicho precepto contempla penas de presidio para los autores de tal ilícito, sin embargo el actual texto del artículo 42 de la aludida ley confiere al tenedor del cheque protestado por las causales de falta de fondos, y cuentas corrientes cerradas, acción penal privada y en este contexto, conforme a la remisión que hace el artículo 405 al procedimiento simplificado, es evidente que respecto de esta figura incriminada, al no existir disposición en contrario, le resulta aplicable el artículo 395 que prevé el procedimiento de resolución inmediata”<sup>37</sup>.

Siguiendo la misma línea de argumentación anterior, el Juzgado de Garantía de Antofagasta dio aplicación a este artículo 395, no obstante que a totalidad del importe de los cheques, que eran de \$ 125.510.000, y que sobrepasan por mucho lo establecido en el artículo 467 N° 3 del Código Penal. La Corte Suprema, conociendo de Nulidad por la causal del artículo 393 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, una errónea interpretación del derecho, ha resuelto: “ El artículo 395 no admite limitación para los efectos de la sanción a imponer en relación a la naturaleza del ilícito, o sea, no distingue

---

<sup>37</sup> Revista Procesal Penal. Tomo 11, julio de 2003, (p. 27).

para su uso entre hechos penados como faltas o simples delitos y que si bien la norma se incluyó en un cuerpo legal de carácter procesal, constituye un precepto normativo penal, que importa un establecimiento de una penalidad más benigna para el imputado si se dan los supuestos de hecho que dicho artículo estatuye, que hace variar la penalidad original de la figura típica de que se trata, tratamiento que es concordante dentro del espíritu garantístico que informa el nuevo procedimiento penal y en el cual los principios de lesividad o de última ratio fluyen de manera inequívoca en todo su contexto sin que por esta circunstancia se altere la tipicidad del injusto, puesto que éste igualmente es sancionado por la ley, con la sola modificación de su penalidad cuando concurren los factores previstos en el recordado artículo 395.

Que también se ha expresado, por este tribunal, que la opción de la resolución inmediata, no resulta gratuita, en el orden de las garantías y derechos procesales a que tiene derecho un imputado, puesto que para su aplicación, necesariamente debe producirse un acto de autoincriminación del encausado y luego una renuncia al juicio, aceptando con ello necesariamente una sentencia condenatoria, situación que de alguna manera importa un apartamiento grave a la garantía prevista en el artículo 1° del Código Procesal Penal”<sup>38</sup> .

En cuanto a los recursos que proceden contra las sentencias recaídas en causas relativas al delito de giro doloso de cheques, sólo es procedente, según el artículo 379 del Código Procesal Penal, interponer el Recurso de Nulidad. “Es decir, no procede la apelación, porque se trata de un juicio oral y, en cambio se permite el Recurso de Nulidad que es el mecanismo recursivo que en el nuevo modelo procesal se contempla para impugnar la sentencia del juicio oral”

---

<sup>38</sup> Revista Procesal Penal. Tomo 10, junio de 2003, (p. 46).



## CAPITULO IV. Conclusiones

En primer lugar, no obstante la gran cantidad de estudios relativos a la legislación del delito de giro doloso de cheques, creo que no existe una doctrina apropiada para explicar la conducta legislativa que ha tenido el legislador nacional. Solamente se ha dedicado a realizar una política de soluciones “parches” a la normativa establecida en el D.F.L. N° 707, que en gran medida ha sido formada por críticas a determinados artículos y por variadas y justificadas situaciones, que tanto dentro de la doctrina penal como de la técnica jurídica han estado absolutamente ausentes. Es por esta razón, que nuestros Tribunales de Justicia han dictado fallos para todos los gustos, especialmente en materias que eran de suma relevancia, como lo eran la libertad provisional o excarcelación, como también el no distingo, al momento de sentenciar, de si estábamos hablando de un documento que merecía la protección penal por parte de la sociedad o no, es decir, si se trataba de un cheque a fecha o un cheque en garantía.

Si bien es cierto, que este delito de giro doloso de cheques seguirá dando que hablar, no es menos cierto también, que con la llegada o la puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal, con las consiguientes Normas Adecuatorias que para tal efecto se han dictado, se están abriendo nuevos horizontes para dar a este delito un tratamiento mucho más adecuado.

Deja claramente confirmado lo anterior, las innovaciones que se establecen en la reforma en torno a la naturaleza del delito y, por lo tanto, el procedimiento a seguir para su persecución, con las innumerables consecuencias que, para bien de todos, se producirán, y efectivamente se están produciendo donde se está aplicando la reforma.

El cambio en el tratamiento del delito, esto es, de pasar de ser uno de acción penal pública a uno de acción penal privada, trae consigo que el único facultado para poder ejercer acciones en contra del girador del documento es la víctima, quien a través de una querrela presentada ante el Juez de Garantía, deberá acompañar todos los antecedentes necesarios para poder probar sus pretensiones. En relación con esto mismo, creo que ya no debiera haber ninguna discusión en torno a cual es el bien jurídico protegido por la ley, el que será en definitiva, el interés individual o particular del afectado. Se desprende también de esto, que son perfectamente posibles los acuerdos reparatorios entre las partes, ya que éstos son procedentes cuando se afectan bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial.

En cuanto al tema de la prisión preventiva, ésta ya no tiene cabida en el delito de giro doloso de cheques, por la sencilla razón de que ésta no procede para los delitos de acción penal privada, y sólo procedería de manera excepcional como garantía de comparecencia en juicio y la posterior dictación de sentencia.

El procedimiento aplicable al delito de giro doloso, es el procedimiento simplificado, sin importar la cuantía de los cheques objeto del proceso, y aún más, es completamente aplicable el procedimiento de resolución inmediata que señala el artículo 395 del Código Procesal Penal, en orden a las garantías y derechos procesales que bajo la reforma, tiene derecho el imputado.

Finalmente podemos afirmar, que si bien la Reforma, las Normas Adecuatorias y en general, todos los actores presentes aquí, como lo sería por ejemplo el Fiscal Nacional, a través de sus Instructivos, constituye un notable avance en materia del delito de giro doloso de cheques, creo que falta algo que para mi es esencial a la hora de poder observar un correcto tratamiento del delito en cuestión, cual es “ *que de una vez por todas se dicte una ley que evite el fraude y la prisión por deudas, que no es otra cosa que lo resultante de los llamados cheques en garantía y a fecha y que por lo mismo, se busque en mayor medida combatir el delito de usura, ya que son éstos, es decir los usureros, los que en realidad realizan conductas fraudulentas*”.

---

## BIBLIOGRAFIA

- Carocca Pérez, Alex. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Editorial Jurídica La Ley. Santiago, 2003.
- Etcheberry, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*. 2° edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1987.
- Silva Silva, Hernán. *El Delito de Giro Doloso de Cheques*. 2° edición. Editorial jurídica de Chile. Santiago, 1992.
- Vázquez Méndez, Guillermo. *Tratado sobre el Cheque: historia, legislación, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002.
- Fiscalía Nacional del Ministerio Público. *Reforma Procesal Penal. Instrucciones generales*. Volumen I, II y III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.
- Piedrabuena Richard, Guillermo. *Análisis de leyes complementarias a la Reforma Procesal Penal*. Ministerio Público. Santiago, 2002.
- Matus, Jean Pierre. *El cheque como delito de acción privada en el nuevo y antiguo proceso penal*. Documento vía internet.
- Ossandón Widow, María Magdalena. *El giro doloso de cheques como delito de acción privada*. [www.Lasemanajuridica.cl](http://www.Lasemanajuridica.cl).
- Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales. *Jurisprudencia en los últimos años sobre la libertad bajo fianza en el delito de giro doloso de cheques*. N°3, Universidad San Sebastián. 2001.

Revista Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2002.

## **Códigos Consultados**

Código Procesal Penal.

Código de Procedimiento Penal.

Código Penal.

Código de Comercio.