

Año VI Julio - Diciembre de 1938 Nos. 25 y 26

Artémio *Starch*

Revista de Derecho

SUMARIO

Héctor Brain R.	La interpretación de los contratos a través de la jurisprudencia Chilena	Pag. 1983
David Stitckin B.	Algunas consideraciones sobre el mandato para ejecutar actos solemnes	" 2039
Ramón Domínguez B.	La cuenta corriente mercantil ¿es un contrato consensual?	" 2053
Orlando Tapia S.	La responsabilidad extracontractual	" 2059 <i>I</i>
	MISCELANEA JURÍDICA	" 2085
	<i>(El delito de robo motivado)</i> JURISPRUDENCIA	" 2091
	JURISPRUDENCIA EXTRANJERA	" 2145
	LEYES Y DECRETOS	" 2159

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (CHILE)

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

Contra Erasmo Seguel Rivas
ESTAFA
Julio 12 de 1938

**Presunción de dolo en caso de que el girador revoque el
cheque sin causa justificada**

DOCTRINA.— *Habiendo el portador emitido hacer protes- tar el cheque, a pesar de que el girador lo revocó sin que existiera ninguna de las causas que lo autorizaban para ello, no ha nacido en contra de ésta la presunción de dolo, y por lo tanto, no puede someterse a proceso.*

Acordada en empate de votos.

EL JUZGADO

Temuco, 15 de Junio de 1938.

A lo principal, no reuniendo el cheque relacionado en la querrella de fs. 22, los requisitos exigidos en el artículo 13 de la Ley N.º 3845, no ha lugar por ahora, a la encarga- toria de reo que se solicita, por cuanto dicho cheque no tie- ne el nombre del librado, ni en- doso a favor de persona deter- minada y agréguese dicho che- que a los autos; al otrosí, como se pide.

Vicente Herrera.— *B. Rive- ra, Secretario.*

LA CORTE:

Temuco, 12 de Julio de 1938.

Vistos y teniendo presente:

1.º) Que el cheque que rola a fs. 44 no se encuentra comprendido en ninguno de los casos a que se refiere el inciso 2.º del artículo 22 de la ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que presume el dolo cuando el librador retira voluntariamente los fondos disponibles después de girado el cheque; cuando gira, a sabiendas, sobre cuenta cerrada; y cuando, puesto en su conocimiento el protesto del cheque por falta de fondos, no los consignare dentro de tercero día, con el objeto de efectuar el pago;

2.º) Que el inciso 3.º de esa disposición legal establece que el dolo se presumen, además, cuando el librador revoca el cheque sin que, a juicio del Tribunal, existan las causales a que se refiere el artículo 26, entre las cuales están las signadas con los Núms. 1.º y 5.º que contemplan el caso en que la firma del librador hubiere sido falsificada y cuando el cheque hubiere sido perdido, hurtado o robado;

3.º) Que, si bien el querellado, Erasmo Seguel, sostiene en su declaración de fs. 15, que en casa de don Arturo Iglesias le substrajeron el libreto de cheques de la cuenta N.º 4142 y que su firma estampada como librador en el cheque de fs. 44 es falsificada, lo primero no lo justificó, y aunque del oficio de fs. 1, emanado del Agente de la Caja Nacional de Ahorros de la ciudad de Los Angeles, aparece que el cheque de que se trata no fué pagado por disconformidad de la firma del girador y por haber orden escrita del mismo de no cancelarlo, lo que corrobora en su primera parte lo expuesto por el Cajero de esa institución, don Carlos Bastidas, al declarar a fs. 39; esta sola circunstancia no hace desaparecer la presunción legal de dolo que pesa sobre el querellado, toda vez que se encuentra comprobado en el proceso mediante los informes periciales de fs. 40 que la firma de éste es auténtica;

4.º) Que, no obstante lo expuesto, no puede darse por establecido el delito de estafa a que se ha hecho referencia en el considerando 2.º porque; para ello, habría sido menester que el cheque que rola a fs.

44 hubiera sido protestado por dicho girador los fondos dispo-
falta de pago, conforme a lo nibles después de girado el
prescrito en el artículo 33 de la cheque, de girar a sabiendas so-
Ley de Cuentas Corrientes bre cuenta cerrada y de revo-
Bancarias y Cheques, formali- car el cheque sin que, a juicio
dad que no fué cumplida en el del Tribunal, existan las cau-
presente caso, y siendo esto así, sales a que se refiere el ar-
no ha comenzado a correr to- tículo 26. En todos estos ca-
avía para el querellado el pla- sos el dolo puede purgarse
zo que tiene para purgar el do- efectuando el pago del cheque
lo efectuando el pago del che- y costas dentro del tercero día
que, y las costas dentro del desde el requerimiento judicial;
tercero día del requerimiento 7.º) Que, de consiguiente,
judicial, tal como lo prescribe como los cheques sólo pueden
el inciso 4.º del artículo 22 de protestarse por falta de pago,
la referida ley; — cualquiera que sea el moti-
vo —, y esa diligencia debe

5.º) Que el citado artículo 22 ha establecido diversas pre-
sunciones de dolo: unas que tiene el librado para pagarlo y
dicen relación con el no pago con las formalidades que se
del cheque por falta de fondos mencionan en el inciso 2.º del
y las otras que se refieren al artículo 33, es obvio concluir
caso en que, teniendo fondos que, si el protesto no se hizo,
el girador, revoca un cheque. no ha quedado constancia en
En ambos casos el cheque pue- forma legal de dicha falta de
de protestarse, como lo dice el pago y no ha nacido la pre-
artículo 33; sunción de dolo que contem-
pla el inciso 4.º del artículo 22;

6.º) Que una de estas pre- 8.º) Que estimar lo contra-
sunciones nace cuando, pues- rio significaría, que un cheque
to en conocimiento del girador que no fué protestado porque
el protesto del cheque por falta el portador se conformó con
de fondos, no los consigna den- que no se lo pagaran, podría
tro de tercero día, con el ob- ser cobrado con posterioridad,
jeto de efectuar el pago. Però mediante una acción criminal
las otras presunciones tienen por estafa en la que, no sólo
vida sin necesidad de verificar- se persiguiera la sanción del
se este trámite, por el solo he- delito, sino también las indem-

nizaciones civiles correspondientes;

9.º) Que es el protesto del cheque el que determina la situación del librador con relación al portador y al librado, puesto que dicha actuación es la que viene a dejar establecido que fué presentado para su cobro y cuáles fueron los motivos que se tuvo para negarse a pagarlo; y, según fueran ellas, saber si por el sólo hecho del no pago nació la presunción de dolo o si era necesario verificar la gestión previa de poner el protesto en conocimiento del librador para que ella naciera; y en uno y otro caso quedaba el derecho al girador para purgar ese dolo efectuando el pago dentro de tercero día desde el requerimiento judicial;

10.º) Que, por lo tanto, como el cheque con que se acciona en estos autos no ha sido protestado en el plazo y con las formalidades que la ley determina, no puede sostenerse que haya nacido la presunción de dolo que pudiera dar derecho al portador para ejercitar las acciones criminales que de ella pudieran derivarse;

11.º) Que si el cheque hubiera sido protestado, tenía abierto el camino el portador para

requerir al librador con el objeto de que se lo pagara y entonces habría llegado la oportunidad de discutir los motivos que tuvo este último para revocarlo; y si, a juicio del Tribunal, no hubieran existido las causales a que se refiere el artículo 26, quedaba al girador la facultad de purgar el dolo pagando el cheque y en caso de no hacerlo sufriría las consecuencias de su procedimiento doloso;

12.º) Que de todo lo anterior se deduce que no es procedente la encargatoria de reo del querellado, porque el querellante, — portador del cheque —, no hizo las tramitaciones legales para dejar establecido que dicho cheque no se le pagaba por orden del librador, — querellado —, no obstante que se ha establecido que es auténtica la firma de éste y que no se ha comprobado el extravío o substracción de ese documento;

Por estos fundamentos y disposiciones legales citadas, se *confirma, en la parte apelada, la resolución de fecha 15 del mes de Junio pasado, corriente a fs. 45 vta.*

Acordada en empate de votos, con la opinión de los Ministros señores Léniz Prieto y

Estafa

2135

González Enríquez, y contra el parecer de los Ministros señores Marín y Rojas Espoz, quienes estuvieron por revocar la resolución en alzada y por declarar reo en esta causa a Erasmo Seguel Rivas, como presunto autor del delito de estafa, habiendo prevalecido la opinión de los primeros por ser más favorable al inculpado.

El Ministro señor Marín funda su voto disidente en las siguientes **consideraciones**:

- I. Que, partiendo de la base de que el cheque es un medio de pago, que se gira en solución de obligaciones o estipulaciones equivalentes, a no ser que contenga las palabras "para mí", indicadoras de un simple encargo o comisión de cobranza, y de que el dinero o numerario no se entrega materialmente en el acto mismo del pago, sino que necesariamente debe existir de antemano en poder del librado, de donde debe recogerlo el portador, el artículo 22 de la Ley N.º 3845, de 8 de Febrero de 1922, estableció que el que girare un cheque sin tener fondos suficientes en poder del librado, será responsable de los perjuicios irrogados al tenedor, y en caso de dolo, será castigado como reo de estafa. Y a renglón seguido dispuso que el dolo se presume cuando, puesto el protesto del cheque por falta de fondos en conocimiento del librador, éste no los consignare dentro de tercero día con el objeto de efectuar el pago. Además de esa presunción legal de dolo, que es la principal, el mismo precepto consultó otras dos, que son su corolario: a saber: a) cuando el librador retira voluntariamente los fondos disponibles después de girado el cheque; y b) cuando gira a sabiendas sobre cuenta cerrada;
- II. Que el Decreto Ley N.º 611, de 16 de Octubre de 1925, agregó otra presunción más de dolo, por medio de un inciso intercalado en el artículo 22 que dice: "El dolo se presume, además, cuando el librador revoca el cheque, sin que, a juicio del Tribunal, existan las causales a que se refiere el artículo 26". Y esa disposición está complementada por los nuevos incisos incorporados por el mismo Decreto Ley al artículo 26 de la Ley N.º 3845, como sigue: "La orden de no pagar el cheque que puede ser dada por el librador solamente en los siguientes casos: 1.º Cuando la firma del librador hubiere sido falsi-

ficada; 2.º Cuando el cheque preceptos recordados proceden-
hubiere (sido alterado con temeramente, resulta que el librador
respecto a la suma o a la únicamente puede dar orden de
persona del beneficiario, con no pagar un cheque: a) cuan-
posterioridad a la emisión; do su firma hubiere sido fal-
3.º Cuando el cheque hubie- sificada; b) cuando, con pos-
re sido perdido, hurtado o terioridad a la emisión, el che-
robado. Se observará en ta- que hubiera sido alterado c
les casos lo dispuesto en el respecto a la cantidad o a la
artículo 29"; persona del beneficiario; y c)

III. Que el artículo 29 de la cuando el cheque se le hubiere
Ley N.º 3845, estatuye que, en extraviado o le hubiere sido
caso de pérdida, hurto o robo hurtado o robado, debiendo, en
de un cheque, el portador prac- estas últimas situaciones, dar
ticará las diligencias siguientes: aviso escrito del hecho al li-
1.º Dará aviso escrito del he- brado para que suspenda el pa-
cho al librado, quien suspen- go por diez días, publicar avi-
derá el pago del cheque por so en un diario local durante
diez días; 2.º Publicará el cinco días, y en subsidio, acu-
aviso del hecho en un dia- dir al juez para que prohíba
rio de la localidad durante al librado el pago del cheque
cinco días; 3.º Requerirá del extraviado. Y en todos estos
librador y endosantes, den- casos el dolo se presume, si el
tro del mismo plazo, la anu- Tribunal estima que el librador
lación del cheque extravia- ha revocado el cheque sin la
do y el otorgamiento de otro existencia de las causales ano-
nuevo en su favor; 4.º En tadas;

subsidio, acudirá al Juez pa- V. Que, en realidad, en las
ra que prohíba al librado el tres situaciones previstas en los
pago del cheque extraviado. incisos agregados por el De-
El juez resolverá breve y su- creto Ley N.º 611 al artículo
mariamente, previa caución 26 de la Ley N.º 3845, la re-
que garantice las results. vocación del cheque no es pro-
La caución subsistirá por el cedente, sino que el girador de-
término de un año si no se be denunciar el delito cometi-
hubiere trabado litis, ni hu- do, — ya sea falsificación, adul-
biere mérito para cancelarla"; teración, hurto o robo, — y no
IV. Que, armonizando los sólo al librado para que no se

Estafa

2137

exponga a pagar mal, sino a la Justicia Criminal, a fin de que instruya el respectivo sumario y adopte las providencias del caso. Es casi un contrasentido revocar un cheque falso, pues lo que corresponde es perseguir el delito perpetrado mediante la falsificación de la firma del librador o la alteración de la suma girada o del nombre del beneficiario; e igual procedimiento debe adoptarse cuando al librador el cheque le ha sido sustraído;

VI. Que, en la especie, hay indicios vehementes para considerar que efectivamente Erasmo Seguel Rivas, con fecha 19 de Noviembre de 1937, en esta ciudad, giró "al portador", dejando en blanco el nombre de éste, el cheque de fs. 44, N.º 2620885, por la suma de ocho mil quinientos pesos, contra la Caja Nacional de Ahorros de Los Angeles, por cuanto, aunque ha negado que sea suya la firma que aparece al pie de ese documento, del informe evacuado a fs. 40 por los peritos don Cicerón Monsalves y don Fernando Navarrete, en concordancia con las declaraciones de Jefferson González, fs. 6, y no ha insinuado siquiera que Abdón Retamal, fs. 6 vta., se desprenden fundadas presun-

ciones para estimar que esa firma es auténtica;

VII. Que el certificado de la Caja Nacional de Ahorros de Los Angeles, colacionado a fs. 1, acredita que, al ser presentado el cheque a la institución librada, no fué pagado por existir disconformidad en la firma del girador Seguel y por tener orden de éste en el sentido de no efectuar el pago, o sea, porque el librador revocó el cheque;

VIII. Que, sentadas las anteriores premisas, corresponde examinar si en el presente caso concurre alguna de las causales a que se refiere el artículo 26 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, pues en caso negativo existiría una presunción legal de dolo en contra de Seguel; y desde luego puede manifestarse que deben ser descartadas las dos primeras de ellas, ya que, según lo expresado en el fundamento VI de este voto, hay presunciones fundadas para estimar que la firma del librador no ha sido falsificada, sino que es auténtica, y ya que el nombre del beneficiario aparece en blanco y que Seguel no ha insinuado siquiera que hubiera sido alterada la cantidad girada;

IX. Que, relativamente, a la nuncia alguna a la Justicia a tercera de las causales en re- fin de que se instruyera el res- ferencia, esto es, al caso de pectivo sumario y se investi- extravío, hurto o robo del che- gara la substracción del docu- que, la verdad es que, de los mento, de que habria sido vic- antecedentes hasta ahora reu- tima;

nidos en el curso de la inves- X. Que, en las condiciones tiguación sumarial, no aparece expuestas, y si se tiene además justificado que Seguel hubiera en cuenta que el girador estam- perdido el cheque o que le hu- pó su firma en el cheque de biere sido substraído, y por el fs. 44, haciendo en ella ciertas contrario, esos antecedentes, variaciones a su firma usual, y especialmente las declaraciones registrada en la Caja Nacional de Jefferson González y Ab- de Ahorros de Los Angeles, dón Retamal, fs. 6 y 6 vta., — que permitieron a esa institu- de que se ha hecho mención, — ción rehusar el pago por cons- inducen a admitir que el pro- tatar disconformidad en la fir- pio librador entregó el cheque ma, hay que arribar a la el tenedor Samuel Soto. Y en conclusión de que no concurre todo caso, cabe observar que en el caso de autos ninguna Seguel se limitó a ordenar a de las tres causales que auto- la Caja Nacional de Ahorros rizan al librador para revocar de Los Angeles que suspen- el cheque; y en esa virtud, de- diera el pago del cheque y a pu- be presumirse que ha habido blicar un aviso en el diario dolo de parte de Seguel y so- "Las Noticias", de la misma lo- metérsele a proceso como reo calidad, anunciando que el che- de estafa;

que N.º 2620885 y otros más XI. Que la circunstancia de quedaban nulos por haberse que el cheque de que se trata extraviados, pero no ocudió al no haya sido protestado por Juzgado para que prohibiera el falta de pago, estampándose al pago, bajo caución de resul- dorso del documento, al tiem- tas, lo que era necesario pues- po de la negativa, la causa, la to que la suspensión del mis- fecha y la hora, con las fir- mo pago mediante el aviso que mas del portador y del libra- dió a la institución librada no do, como lo indica el artículo podía extenderse por más de 33 de la Ley sobre Cuentas diez días; ni tampoco hizo de- Corrientes Bancarias y Che-

Estafa

2139

ques, no altera la conclusión so del cheque, no es óbice pa- expresada en el fundamento ra presumir el dolo en el pre- que antecede, por cuanto el sente caso, que es el que co- protesto es indispensable para rresponde al nuevo inciso que los efectos civiles que contem el Decreto Ley N.º 611 agregó pla el artículo 34 de la misma al artículo 22 de la Ley N.º ley y para el ejercicio de la 3845; acción ejecutiva, en conformi- XII. Que, por otra parte, dad al Decreto Ley N.º 778, de puede agregarse que no es po- 19 de Diciembre de 1925, que sible confundir la presunción substituyó el N.º 4.º del ar- de dolo que se deriva de la re- tículo 456 del Código de Pro- vocación del cheque, con la cedimiento Civil, y en el orden que emana del hecho de girar penal, para la situación previs- un cheque sin tener de ante- ta en el inciso 2.º del artículo mano fondos disponibles sufi- 22 de la ley citada, o sea, cuan- cientes en poder del librado y do el cheque se protesta por no verificar el pago dentro de falta de fondos, en cuyo caso, tercero día después de la noti- el dolo se presume si el li- ficación del protesto "por fal- brador no consigna los fondos ta de fondos", porque obede- con el objeto de efectuar el cen a situaciones completamen- pago dentro de tercero día des- te diversas, sin otra similitud pués de notificado del "protes- que la de ser ambas presun- to del cheque por falta de fon- ciones legales. En efecto, la dos". Pero, en la especie, el presunción que milita en con- cheque de fs. 44 no fué pagado tra del librador que revoca el por la institución librada, no cheque sin causa aceptable, porque el girador Seguel care- existía implícitamente en la ciere de fondos disponibles en misma ley como presunción ju- poder de la Caja Nacional de dicial y es de sentido común, Ahorros de Los Angeles, sino porque el que gira un cheque, porque aquél revocó el cheque, que, como ya se ha expresado, y además, porque su firma, se supone dado en pago de aunque auténtica, era visible- obligaciones equivalentes, y mente disconforme con la que ulteriormente lo revoca, eviden- allí había dejado para cotejo. temente defrauda al tenedor, De modo que la ausencia de lo priva del dinero que aparen- un protesto formal en el dor- tó entregarle mediante el che-

que, lo engaña, en una palabra, lo estafa; y así el Decreto Ley N.º 611, no hizo sino convertir esa presunción en legal. En las disposiciones penales son cambio, en el otro caso, la ley de derecho estricto y deben ser N.º 3845, deliberadamente, no aplicadas a los casos que la quiso decir que constituía estafa el simple giro de un cheque sin fondos, porque ese hecho irregular, por lo general delictuoso, podía ser inocente y provenir de un descuido del librador en el arreglo de sus cuentas. El giro de un cheque sin fondos tiene todas las apariencias del engaño, pero no las suficientes en concepto del legislador para deducir, *prima facie*, la presunción legal de dolo; ha podido existir un error, y entonces, prudentemente, ha exigido la concurrencia de otra circunstancia más: que transcurran tres días después de la notificación del protesto sin que el librador acuda a pagarlo. El vencimiento de este plazo, cuando el girador está en conocimiento de que su cheque no ha sido pagado por falta de fondos, lo hace presunto reo de estafa. Demostrada así la innegable diferencia que existe entre ambas presunciones de dolo, no es dable exigir, para poner en ejercicio la primera de ellas, — como lo hace la mayoría del Tribunal, — un requisito que la ley ha señalado para el nacimiento de la otra: el protesto del cheque, porque el protesto del cheque, por que las disposiciones penales son de derecho estricto y deben ser aplicadas a los casos que la propia ley determina, sin que sea lícito extenderlas por analogía a situaciones distintas, como acontece al pretenderse que, en el caso de autos, no obra en contra de Erasmo Seguel Rivas la presunción legal de dolo consecutiva, a la revocación injustificada que hizo del cheque de fs. 44, invocándose como razón la de que el portador emitió hacer consignar en el dorso de ese documento el respectivo protesto. Y de consiguiente, esa presunción debe surtir todos los efectos que le son inherentes para determinar la responsabilidad penal del inculpado;

XIII. Que la argumentación referente a que, por no haberse protestado el cheque por falta de pago, "no ha comenzado a correr todavía para el quereilado el plazo que tiene para purgar el dolo efectuando el pago del cheque y las costas dentro de tercero día del requerimiento judicial, tal como lo prescribe el inciso 4.º del artículo 22 de la ley", que se formula en el considerando 4.º del voto de

Estafa

2141

mayoría, y que se reitera más adelante, al decirse al final del fundamento 6.º, que: "si el protesto no se hizo, no ha quedado constancia en forma legal de dicha falta de pago y no ha nacido la presunción de dolo que contempla el inciso 4.º del artículo 22", además de no conciliarse con el claro sentido del precepto que se cita, está fuera de los términos de la cuestión y no tiene atinencia con el problema que corresponde dilucidar y resolver en esta oportunidad;

XIV. Que, en verdad, según se ha manifestado en las consideraciones I y II de este voto, el artículo 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, establece en sus tres primeros incisos cuatro presunciones legales de dolo en contra del librador: a) cuando gira el cheque sin tener de antemano fondos disponibles suficientes en poder del librado y no efectúa el pago dentro de tercero día después de notificado el protesto por falta de fondos; b) cuando retirare voluntariamente los fondos disponibles después de girado el cheque; c) cuando gira a sabiendas sobre cuenta cerrada; y d) cuando revoca el cheque sin la concurrencia de alguna de las causales indicadas en el artículo 26. Y el inciso 4.º de esa misma disposición, refiriéndose a otra materia ajena al nacimiento de esas presunciones, prescribe que: "El dolo puede purgarse efectuando el pago del cheque y costas dentro de tercero día desde el requerimiento judicial", esto es, consulta la manera cómo el girador puede purgar el dolo en que ha incurrido; aunque sea doloso su proceder, la ley le otorga un plazo de tres días para pagar el valor del cheque y las costas, y así eximirse de responsabilidad penal. Por lo tanto, no puede hablarse con propiedad de "la presunción de dolo que contempla el inciso 4.º del artículo 22"; ni confundirse el plazo de tres días contado desde la notificación del protesto del cheque por falta de fondos, transcurrido el cual nace en contra del librador la presunción de dolo si no verifica el pago, con el otro plazo de tres días, — contado desde el requerimiento judicial —, independiente del primero, dentro del cual el girador puede purgar el dolo, efectuando el pago del cheque y las costas, y que para su vigencia requiere que ya exista un dolo que sa-

near, sea que él derive de causalidad, que es extraña a su lesquiera de los cuatro casos en nacimiento y que es posterior a que la ley presume el dolo del su existencia, ya que su efecto librador; es el de sanear el dolo cometido por el girador;

XV. Que, en la especie, no es pertinente esclarecer si ha empezado o no a correr el plazo de tres días establecido en el inciso 4.º del artículo 22 de la ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, debe resolverse si se computa desde el requerimiento judicial que debe practicarse en los cuatro casos indicados en las letras a), b), c) y d) del fundamento XIV de este voto; y en esa virtud, ese requerimiento no puede ser confundido con la notificación "del protesto del cheque por falta de fondos", que se hace al librador a fin de que dentro de tercero día consigne los fondos para efectuar el pago bajo apercibimiento de presumir que ha incurrido en dolo. Son situaciones diferentes, cuya diversidad se comprende con sólo enunciarlas. Siendo así, no se ajusta a la ley exigir el "protesto del cheque", como condición *sine qua non*, para que pueda efectuarse el requerimiento, a contar del cual el girador dispone de tres días para purgar el dolo. Al hacerse ese requerimiento, no se notifica el "protesto del cheque", porque, como se ha dicho, el

Estafa

2143

protesto se pone en conocimiento del librador con el único objetivo de que pague el cheque en el caso de haberlo girado sin haber tenido fondos disponibles en poder del librador, y de que, en el evento de no haberlo, nazca en su contra la presunción de dolo;

XVII. Que, como corolario de lo expresado en los fundamentos precedentes, se infiere que las razones que invoca el fallo de mayoría para justificar la necesidad imprescindible de que el cheque de fs. 44 hubiera sido protestado, carecen de apoyo en la ley y no sirven para cohonestar la conclusión a que llega el mismo fallo;

XVIII. Que, finalmente, en el considerando VIII de esta resolución, se atribuye a la falta de protesto del cheque un alcance que no puede tener, pues se da a entender que al no protestarse el cheque, "el portador se conformó con que no se lo pagaran", y que no puede cobrarlo con posterioridad; y sobre este particular, debe expresarse que la omisión del protesto, — en el sólo caso de no ser pagado el cheque por falta de fondos, — además de impedir al tenedor el ejercicio de la acción criminal, —

puesto que no podría dar vida a la presunción de dolo señalada en la letra a) del fundamento XIV de este voto —, le vedaría deducir la acción ejecutiva, porque no podría acogerse a la disposición del Decreto Ley N.º 778, de 19 de Diciembre de 1925, que sustituyó el N.º 4.º del artículo 456 del Código de Procedimiento Civil. Relacionando ese precepto, con la reforma que introdujo el Decreto Ley N.º 611, de 16 de Octubre de 1925, al reemplazar el artículo 34 de la ley N.º 3845, por el texto actual de esa disposición, se desprende:

1.º Que, para presentar el cheque a la ejecución, es preciso que la firma del obligado esté judicialmente reconocida o mandada tener por reconocida, o haya sido autorizada por un Notario;

2.º Que si el cheque no reviste estos caracteres de autenticidad, tenga en subsidio, en su favor, el antecedente de haber sido notificado el protesto al obligado, y de no haber éste, en el acto de la notificación o dentro de tercero día, opuesto tacha de falsedad; y

3.º Que la acción ejecutiva ha de ser entablada antes de un año, contado desde la fe-

cha del protesto. Todavía, siempre queda al tenedor el ejercicio de la acción ordinaria que prescribe en veinte años, para perseguir el cobro del valor del cheque de la persona obligada a su pago. De modo que la ausencia del protesto no significa que el portador se conforme con el no pago y que no pueda cobrar el cheque con posterioridad, ya que puede preparar la ejecución por el reconocimiento de la firma, y aun le queda la acción ordinaria. Y por lo tanto, nada obsta a que, en el caso de dolo, junto con perseguir el castigo del girador responsable del delito de estafa, pueda cobrar la

cantidad defraudada y todos los perjuicios que le hayan sido irrogados.

El Ministro señor Rojas Espoz acepta todos los fundamentos del voto de minoría del Ministro señor Marín.

Publíquese y devuélvanse.

Mario Léniz Prieto.— Urbano Marín.— M. González Enríquez.— Darío Rojas Espoz.

Pronunciada por los señores Presidente accidental don Mario Léniz Prieto, Ministros titulares don Urbano Marín y don Manuel González Enríquez, y Ministro Suplente, don Darío Rojas Espoz.— *H. Brito N., Secretario.*