

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS

**RESPONSABILIDAD PENAL POR
UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LETRAS
DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES
SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O
FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE
OBLIGACIONES**

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO

MATÍAS CRISTIÁN HERRERA PETERS

Profesor Guía: Héctor Hernández Basualto.

Santiago, Chile 2005

INDICE . .	4
INTRODUCCIÓN . .	7
CAPÍTULO PRIMERO: LA SUSCRIPCIÓN DE EFECTOS DE COMERCIO PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES . .	9
I. LA UTILIZACIÓN DE EFECTOS DE COMERCIO PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES . .	9
1- La suscripción de letras de cambio y pagarés para garantizar o facilitar el cobro de un crédito extracambiario. . .	12
2- El cheque girado en garantía del cumplimiento de obligaciones (cheque en garantía). . .	15
3- El cheque girado postdatado para facilitar el cumplimiento de una obligación a plazo (cheque a fecha). . .	19
III- INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN CIVIL. . .	25
I- LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, REALIZADA POR EL TOMADOR O BENEFICIARIO EN PERJUICIO DEL SUScriptor DEL DOCUMENTO, Y EL DELITO DE ESTAFA. . .	28
Tipicidad Objetiva: . .	30
Tipicidad Subjetiva: . .	32
A.1) Tipicidad Objetiva: . .	34
A.2) Tipicidad Subjetiva: . .	40
B.1) Tipicidad Objetiva: . .	43
B.2) La tipicidad subjetiva: . .	47
II- LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, REALIZADAS POR EL TOMADOR O BENEFICIARIO EN PERJUICIO DEL SUScriptor DEL DOCUMENTO, Y EL DELITO DE ABUSO DE FIRMA EN BLANCO. . .	51
III- LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, REALIZADAS POR EL TOMADOR O BENEFICIARIO EN PERJUICIO DEL SUScriptor DEL DOCUMENTO, Y EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA. . .	56
A) Los Sujetos: . .	60
B) La Acción: . .	60
C) El Objeto Material: . .	61
D) El perjuicio: . .	61
A) El Depósito ¹²⁵ : . .	64
B) La Prenda ¹²⁶ : . .	65
C) El Mandato ¹³¹ : . .	69
CAPÍTULO TERCERO: NECESIDAD Y PROPUESTA DE UN NUEVO TIPO PENAL . .	75
BIBLIOGRAFÍA . .	80

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO: LA SUSCRIPCIÓN DE EFECTOS DE COMERCIO PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

I. LA UTILIZACIÓN DE EFECTOS DE COMERCIO PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

1- La suscripción de letras de cambio y pagarés para garantizar o facilitar el cobro de un crédito extracambiario.

2- El cheque girado en garantía del cumplimiento de obligaciones (cheque en garantía)

3- El cheque girado postdatado para facilitar el cumplimiento de una obligación a plazo (cheque a fecha)

II- ABUSOS EN LOS QUE PUEDE INCURIR EL TOMADOR O BENEFICIARIO DE LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

III- INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN CIVIL.

CAPÍTULO SEGUNDO: ANALISIS DE LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD PENAL DEL BENEFICIARIO DE UNA LETRA DE CAMBIO, PAGARÉ O CHEQUE SUSCRITO PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, QUE UTILIZA ABUSIVAMENTE DICHO DOCUMENTO EN PERJUICIO DEL SUSCRIPUTOR.

I- LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, REALIZADA POR EL TOMADOR O BENEFICIARIO EN PERJUICIO DEL SUSCRIPUTOR DEL DOCUMENTO, Y EL DELITO DE ESTAFA

Concepto, elementos y estructura del delito de estafa

Tipicidad Objetiva

Tipicidad Subjetiva:

Análisis de los casos que podrían configurar el delito de estafa:

Casos signados con la letra "A":

A.1) Tipicidad Objetiva:

A.1.1) El engaño:

A.1.1.1) Tipos penales aplicables:

A.1.2) El error:

A.1.3) El acto de disposición patrimonial

A.1.4) El Perjuicio:

A.1.5) El vínculo de causalidad:

A.2) Tipicidad Subjetiva:

Conclusión sobre la configuración del delito de estafa en los casos signados con la letra "A":

Casos signados con la letra "B":

B.1) Tipicidad Objetiva:

B.1.1) El engaño:

B.1.1.1) Tipo penal aplicable:

B.1.2) El Error:

B.1.3) El acto de disposición patrimonial:

B.1.4) El perjuicio patrimonial

B.1.5) El vínculo o relación de causalidad:

B.2) La tipicidad subjetiva

B') La Estafa Procesal:

Conclusión sobre la configuración del delito de estafa en los casos signados con la letra "B"

II- LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, REALIZADAS POR EL TOMADOR O BENEFICIARIO EN PERJUICIO DEL SUScriptor DEL DOCUMENTO, Y EL DELITO DE ABUSO DE FIRMA EN BLANCO.

Concepto, elementos y estructura del delito de abuso de firma en blanco y análisis de los casos que podrían configurar tal delito

A) La existencia de un documento firmado en blanco

B) El "abuso" de la firma en blanco

Conclusión sobre a la configuración del delito de abuso de firma en blanco en los casos analizados

III- LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, REALIZADAS POR EL TOMADOR O BENEFICIARIO EN PERJUICIO DEL SUScriptor DEL DOCUMENTO, Y EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

Concepto y elementos de la apropiación indebida

Análisis de los casos que podrían configurar el delito de apropiación indebida:

A) Los Sujetos

B) La Acción

C) El Objeto Material

D) El perjuicio

E) La mera tenencia fiduciaria

Análisis del título bajo el cual se efectúa la entrega de un efecto de comercio suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a una condición o plazo suspensivo, y su idoneidad para configurar el delito de apropiación indebida

A) El Depósito

B) La Prenda

C) El Mandato

Conclusión sobre la configuración del delito de apropiación indebida en los casos analizados

CONCLUSIONES FINALES DEL CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO TERCERO: NECESIDAD Y PROPUESTA DE UN NUEVO TIPO PENAL

- Abuso de confianza

- Ejercicio legítimo o abuso del derecho

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La letra de cambio, el pagaré y el cheque son títulos valores de carácter constitutivo, esto es, documentos cuya creación da nacimiento a un derecho de contenido económico, cartáceo, literal, autónomo, formal y abstracto, representativo de una suma de dinero -lo que califica a estos documentos como efectos de comercio-, que se incorpora al documento mismo y que puede ser ejercido por el portador legítimo contra el deudor a la fecha del vencimiento o a su presentación, según corresponda. En otras palabras, son documentos cuya creación está vinculada al nacimiento de un derecho, el cual representan y, a la vez, constituyen título del mismo.

Como títulos valores, la letra de cambio, el pagaré y el cheque se encuentran constituidos por el documento mismo y por la declaración documental o prestación a él incorporado, elementos que se encuentran unidos por un estrecho vínculo, de tal modo que la conservación, ejercicio y disposición del derecho van indisolublemente unidos a la posesión del título.

La letra de cambio, el pagaré y el cheque son concebidos por la legislación chilena como documentos de pago y/o de crédito que responden a obligaciones comerciales efectivas, de las cuales, no obstante, son autónomos e independientes.

Sin embargo, la práctica mercantil ha utilizado estos títulos valores para sus funciones propias y, en otras ocasiones, para funciones distintas a las contempladas por el legislador, desvirtuando en algunos casos su naturaleza jurídica.

Es así como la letra de cambio y el pagaré habitualmente son utilizados para garantizar o facilitar el cobro de un crédito subyacente.

En cuanto al cheque, no obstante ser un instrumento de pago inmediato y no de crédito, en la práctica es común que se emplee con este último fin, mediante el denominado cheque postdatado o "a fecha". Asimismo, el cheque también ha sido utilizado para garantizar el cumplimiento de obligaciones de la más variada naturaleza, desde la correcta ejecución de un contrato de obra, hasta el pago de prestaciones médicas, surgiendo de este modo el denominado "cheque en garantía".

En general, esta clase de documentos girados en garantía se emiten postdatados (en el caso del cheque) o dejando en blanco la fecha de emisión e incluso la cantidad girada, las cuales son llenadas y el documento, cobrado, en caso de no cumplirse la obligación garantizada.

No obstante, la utilización de estos documentos girados en garantía o a fecha dependen de la buena voluntad de su tenedor, pues podrá cobrarlo y protestarlo aun cuando la obligación caucionada no exista, no sea exigible o se haya cumplido en forma cabal y oportuna.

Este cobro o disposición abusivos de cheques, letras de cambio y pagarés suscritos para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones, deja a una de las partes de una relación sinalagmática -la tenedora del cheque- en condiciones de eludir sus propias obligaciones al tiempo que puede obtener forzosamente el cumplimiento de las de su contraparte.

La falta de planteamiento y discusión en nuestro medio jurídico de la problemática jurídico-penal que implica la eventual responsabilidad del tomador por la utilización abusiva de letras de cambio, pagarés y cheques suscritos para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones, es motivo suficiente para abocarse a su estudio, utilizando como metodología el análisis de doctrina, tanto nacional como extranjera, y de jurisprudencia sobre materias tangenciales.

La hipótesis de este trabajo plantea que ante el cobro o la disposición abusiva de letras de cambio, pagarés y cheques suscritos para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones por parte del tomador o beneficiario del documento, el interés social reclama protección legal frente este tipo de abusos, a fin de evitar los graves inconvenientes y riesgos económico-sociales que estas operaciones encierran, y esta protección eventualmente podría ser penal.

Como se puede apreciar, sobre todo respecto al cheque girado en garantía, el tema propuesto implica una inversión de la mirada sobre la problemática jurídico penal de estos documentos. Mientras tradicionalmente se ha debatido sobre la inclusión del “cheque de garantía” en el tipo de giro doloso de cheque, aquí se quiere abrir la discusión sobre la posible responsabilidad penal no ya del girador, sino del tenedor que utiliza abusivamente el efecto de comercio, por ejemplo, cuando intenta hacer efectivo tanto el crédito consignado en el negocio subyacente como el incorporado al título valor, obteniendo de este modo un pago doble de una misma obligación, entre otras hipótesis.

En el primer capítulo de este trabajo, y con el fin de introducirnos en el tema, se abordará la utilización de estos efectos de comercio para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones. Posteriormente, se plantearán los casos en que tales documentos pueden ser objeto de abuso por parte del beneficiario o tomador y, finalmente, se abordará la insuficiencia de la protección civil frente a tales abusos.

En el capítulo segundo se analizará derechamente la eventual responsabilidad penal del tomador o beneficiario de letras de cambio, pagarés y cheques suscritos para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones, cuando utiliza abusivamente estos documentos, determinando si los casos de tales abusos -planteados en el capítulo primero- configuran los delitos de estafa, abuso de firma en blanco o apropiación indebida.

Finalmente, en el capítulo tercero se abordará la necesidad y propuesta de un nuevo tipo penal frente a un eventual vacío legal en la protección punitiva del patrimonio.

No es objetivo del presente trabajo arribar a soluciones definitivas, sino plantear la existencia del problema, destacar su relevancia jurídico penal y delinear sus posibles soluciones. Si tan solo se obtiene que dicho problema sea discutido y analizado, se habrá cumplido con el objetivo de esta tesis.

CAPÍTULO PRIMERO: LA SUSCRIPCIÓN DE EFECTOS DE COMERCIO PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

I. LA UTILIZACIÓN DE EFECTOS DE COMERCIO PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

Las relaciones comerciales del mundo de hoy, cada vez más flexibles y rápidas, han requerido de nuevas garantías del cumplimiento cabal y oportuno de obligaciones contractuales.

Así, quien tiene el derecho a una contraprestación por el servicio que presta o por los bienes que entrega, cuyo pago no se realiza en dinero efectivo y al contado, sino sujeto a modalidad (plazo o condición), necesita una manera de asegurar el cumplimiento de dicha contraprestación.

Sin embargo, las garantías existentes en nuestra legislación, como la hipoteca, la prenda, incluso la prenda sin desplazamiento y de compraventa de bienes muebles a plazo, son poco adecuadas en el caso de negocios pequeños y rápidos.

En este contexto, la práctica mercantil ha recurrido a la letra de cambio¹, al pagaré² y al cheque³ a fin de solucionar dicha falencia.

¹ La letra de cambio puede ser definida como un escrito redactado conforme a las disposiciones legales pertinentes, por el cual una persona llamada girador o librador ordena a otra, llamada girado o librado, que pague a una tercera persona, llamado tomador o beneficiario, o a su orden, una suma de dinero en una fecha determinada (Vargas Vargas, Manuel: "Nueva legislación sobre letras de cambio y pagarés", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, pág. 15). También puede ser definida como un título valor que contiene la orden, no sujeta a condición, de pagar una cantidad determinada o determinable de dinero, en la época fijada en ella o a su presentación, que obliga a cumplirlo para con el beneficiario designado o a su orden o con el portador legítimo, al aceptante, al librador, a quienes la hayan hecho circular por endoso traslativo y a quienes garanticen su pago por alguno de los nombrados (Sandoval López, Ricardo: "Manual de Derecho Comercial", Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3° edición actualizada, 1993, pág. 287).

² El pagaré puede definirse en términos generales como un escrito por el cual una persona, llamada suscriptor, se obliga directamente a pagar a otra, llamada beneficiario, o a su orden, una cantidad de dinero en una fecha determinada (Vargas Vargas, Manuel. ob. cit., pág. 19). También puede definirse como un documento escrito que contiene una promesa, no sujeta a condición, de pagar una cantidad determinada o determinable de dinero al beneficiario, a su orden o al portador, que obliga a la persona que lo suscribe, a los endosantes y avales de unos y otros (Sandoval López, Manual Derecho Comercial, Tomo II, pág. 382).

³ El cheque es un documento formal que contiene una orden incondicionada de su girador a un banco de pagar, a su presentación, una suma determinada de dinero, que lo obliga con el portador legítimo en todos aquellos casos en que el banco no la cumpla (Sandoval López, Ricardo: "El Cheque", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pág. 16). Otro concepto destacable es

La letra de cambio el pagaré y el cheque son efectos de comercio, esto es, títulos valores esencialmente negociables que se refieren a obligaciones en dinero, transferibles de una manera fácil y expedita y que están destinados a circular libremente, en forma independiente de cualquier otro título o documento y de la operación subyacente que les dio origen, motivo por el cual deben constituir títulos completos, que se basten a sí mismos en virtud de los elementos que les son propios y característicos.

Estos efectos de comercio se caracterizan por la literalidad, rigurosidad, autonomía y abstracción del derecho contenido en el documento. Literal, pues el contenido, valor y eficacia de tal derecho depende exclusivamente del tenor del documento; autónomo, pues el legítimo portador adquiere el derecho contenido en el documento de manera originaria, vinculándose directamente con el girador o endosante, no pudiendo éstos oponer las excepciones basadas en las relaciones personales con los anteriores portadores del título; riguroso, porque el rigor de la orden o promesa de pago, según corresponda, no puede estar sujeto a ninguna condición; y abstracto, pues de él emana una obligación cuya causa u objeto radican en el mismo documento y que es independiente contrato o negociación de que emana⁴.

No obstante, esta abstracción no es absoluta, pues si el girador es requerido de pago por el primer beneficiario del documento, es decir, si el título no ha pasado por endoso a tercera persona, el efecto de comercio es un título de naturaleza causal, por lo que el deudor cambiario puede oponer al tomador las excepciones que emanan del negocio subyacente que originó la aceptación, suscripción o giro del título valor, según corresponda, siempre que éste conste de manera fehaciente en otro documento. Por el contrario, si quien intenta obtener el pago es un tercero, legitimado por la cadena de endosos, el efecto de comercio es un título de naturaleza abstracta, porque la legitimación, en este caso, procede de las formas legales de transmisión y no son oponibles, ante ella, las excepciones del negocio subyacente o fundamental^{5 6 7}.

En cuanto la naturaleza jurídica de la letra de cambio y del pagaré, ésta corresponde a la de una orden (mandato) y promesa incondicional de pago, respectivamente, en virtud de la cual el firmante se obliga a pagar, a su vencimiento o a la vista, una suma de dinero a una persona determinada o a su orden y, en el caso del pagaré, también al portador;

aquel que define al cheque como un título de breve duración y de valor inmediato que, basado en un depósito en cuenta corriente bancaria, sirve para retirar una determinada cantidad de dinero (Vásquez Méndez, Guillermo: "Tratado sobre el Cheque", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª edición, 2000, pág. 138).

⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 26 de enero de 1983 (Gaceta Jurídica N° 33, pág. 48).

⁵ Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas sobre el Código de Comercio y Leyes Complementarias, Suplemento, pág. 62.

⁶ Si bien los instrumentos negociables, como el cheque, tienen existencia propia e independiente, empero cuando entre la persona que lo entregó para el pago de una futura obligación y el que lo recibió existe una vinculación previa, ella impide al segundo de los nombrados cobrarlo si la obligación que se solventaría con el cheque se dejó sin efecto por mutuo consentimiento antes de la fecha en que aparece dado. (Corte Suprema, sentencia de fecha 21 de octubre de 1980, Fallos del Mes N° 263, pág. 354).

⁷ El artículo 12 de la Ley sobre Letras de Cambio y Pagaré prescribe que el giro, aceptación o transferencia de una letra no extinguen, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen, no producen novación. No obstante, el pago de una letra emitida, aceptada o endosada para facilitar el cobro de una obligación o para garantizarla, la extingue hasta la concurrencia de lo pagado. Esta disposición también es aplicable al pagaré, conforme a lo prescrito en el artículo 107 del mencionado cuerpo legal. En igual sentido, el artículo 37 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques prescribe que el cheque girado en pago de obligaciones, no produce la novación de éstas cuando el cheque no es pagado por el banco librado. Si no existe constancia de esa obligación causal, no es aplicable esta disposición.

y su principal función económica es servir de medio de pago de obligaciones y, además, de instrumento de crédito comercial y financiero, generalmente mediante una operación de descuento de documento.

Respecto al cheque, su naturaleza jurídica también es la de una orden o mandato de pago, pero dirigido a un banco, para que éste pague, a su presentación, todo o parte de los fondos o crédito que el girador mantiene en cuenta corriente; y su principal función económica es servir como instrumento de pago de obligaciones, en sustitución del dinero (aunque no lo reemplaza totalmente), para lo cual es necesario que el cheque sea concebido como un documento a la vista, pagadero a su presentación al banco librado. Además, el cheque utilizado como instrumento de pago sirve también como comprobante de haberse efectuado dicho pago, cuando efectivamente es solucionado por el banco librado.

Si bien la letra de cambio y el pagaré son concebidos por nuestra legislación como documentos de pago y/o de crédito que responden a obligaciones comerciales efectivas, la práctica mercantil ha utilizado estos documentos a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de toda clase de obligaciones. Lo mismo ha ocurrido con el cheque, que no obstante ser un instrumento de pago y no de crédito, en la práctica es común que se emplee con este fin⁸.

Una solución a la falta de garantías adecuadas para negocios pequeños y rápidos, prevista por nuestro legislador, es la entrega en prenda de títulos valores “a la orden” de los que un deudor es beneficiario, mediante su endoso en garantía a su acreedor.

Otra solución, esta vez surgida de la práctica mercantil, específicamente en el caso de los mutuos de dinero, es el descuento de efectos de comercio con vencimiento diferido de los cuales el mutuuario es beneficiario, los que endosa en propiedad al mutuante a cambio del importe de dichos documentos, previa deducción de los intereses por el tiempo que falta para que sean exigibles, más la comisión y los gastos respectivos, a fin de que sean cobrados directamente por el acreedor al llegar su vencimiento, asegurando así la oportuna solución de su crédito.

No obstante, ni la prenda de efectos de comercio ni el descuento de los mismos pueden utilizarse si se carece de créditos cambiarios que entregar en prenda o presentar al descuento.

En el caso de los mutuos de dinero, la carencia de créditos cambiarios para presentar al descuento ha sido suplida en la práctica mercantil mediante las denominadas letras de favor o de complacencia, que son aquellas suscritas no con el propósito de saldar una deuda ni de contraerla, sino con el de favorecer a otro firmante, a fin de procurarle la obtención de un crédito mediante el descuento del documento. Sin embargo, no siempre puede contarse con la confianza de una persona solvente que esté dispuesta a suscribir un título valor con los fines antes señalados, debido al carácter ejecutivo de tales documentos y a las consecuencias patrimoniales que para el suscriptor podría tener el incumplimiento del pacto de favor por parte del beneficiario del efecto de comercio (consistente en pagar su importe al endosatario a su vencimiento)⁹.

No obstante, tanto en los mutuos de dinero como en todo otro negocio que requiera de rapidez y flexibilidad, la carencia de garantías adecuadas ha sido solucionada en la práctica

⁸ Sandoval López, Manual Derecho Comercial, Tomo II, pág. 416.

⁹ Trujillo Calvo, Rafael: “El Pacto de Favor: la letra de colusión en el ámbito del Código Penal”. Artículo publicado en el diario jurídico La Ley, España, 1997, D-106, págs. 1829 a 1832.

mediante la suscripción, por parte del deudor, de letras de cambio y pagarés de vencimiento diferido que son entregados al acreedor para garantizar o facilitar el cobro de una obligación subyacente, en virtud de los cuales el beneficiario del instrumento mercantil dispone de dos títulos distintos para hacer efectiva la misma obligación: la que emana del negocio causal y la que emana de la letra del cambio o pagaré como instrumentos de crédito¹⁰. Muchas veces estos documentos se entregan suscritos en blanco, esto es, firmados, pero sin las demás menciones esenciales, y con precisas instrucciones respecto de cómo y cuándo extender las menciones faltantes, generalmente en el evento que no se cumpla la obligación subyacente por otros medios.

Asimismo, de la práctica también han surgido soluciones no contempladas en el derecho cambiario, como son los casos del denominado “cheque en garantía” y del “cheque a fecha”.

A continuación, se abordarán brevemente estas formas de utilizar los mencionados títulos valores para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones, esto es, la suscripción de letras de cambio, pagarés y cheques para garantizar o facilitar el cobro de un crédito extracambiario, para posteriormente plantear los abusos que el tomador de documentos suscritos con tales fines puede cometer en perjuicio del suscriptor.

1- La suscripción de letras de cambio y pagarés para garantizar o facilitar el cobro de un crédito extracambiario.

En la mayoría de los casos, la emisión de un efecto de comercio tiene su origen en la existencia de una relación jurídica subyacente o fundamental, de la cual emanan derechos y obligaciones. En estos casos el título valor se utiliza para instrumentalizar las obligaciones que emanan de dicha relación subyacente, confiriéndole al acreedor una nueva acción, de carácter ejecutivo (la derivada del efecto de comercio), para garantizar o asegurar el cumplimiento de la obligación subyacente. No obstante, ésta última bien puede estar sujeta a una condición o plazo suspensivo del cual dependa su nacimiento o exigibilidad.

El artículo 12 de la Ley 18.092, sobre Letras de Cambio y Pagarés, prescribe: "El giro, aceptación o transferencia de una letra no extinguen, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen, ni produce novación". El inciso segundo de esta disposición legal, agrega: "El pago de una letra emitida, aceptada o endosada para facilitar el cobro de una obligación o para garantizarla, la extingue hasta la concurrencia de lo pagado"¹¹.

¹⁰ Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de fecha 14 de diciembre de 1990, Gaceta Jurídica N° 126, pág. 55, citada en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Código de Comercio y Leyes Complementarias, pág. 118.

¹¹ El artículo 12 de la Ley 18.092, reemplazó a los artículos 123 y 124 del Código de Comercio, derogados por el artículo 108 N° 8 del citado cuerpo legal. Estos artículos establecían el mismo principio que contiene el artículo 12 de la Ley 18.092, que se resumía en la máxima de que la dación en pago de efectos de comercio no produce novación o, más bien, no extingue la obligación primitiva. Al derogarse tales artículos, se modificó lo dispuesto en el artículo 125 del citado código, el que actualmente prescribe que "si se dieran en pago documentos al portador, se causará novación si el acreedor al recibirlos no hubiere hecho formal reserva de sus derechos para el caso de no ser pagados. Por lo tanto, la dación en pago de documentos al portador, como puede ocurrir con el pagaré girado de esa forma, extingue la obligación, a menos que el acreedor al recibirlos (y no después) haga formal reserva de sus derechos para el caso de no ser pagados. La excepción a esta regla es el artículo 37 de la Ley de Cheques, el cual prescribe

CAPÍTULO PRIMERO: LA SUSCRIPCIÓN DE EFECTOS DE COMERCIO PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

El efecto “no extintivo” señalado en el inciso primero del artículo 12 de la Ley 18.092, se refiere al giro, aceptación o transferencia de una letra de cambio, actos jurídicos cambiarios que se efectúan cuando existe o se espera que exista una obligación subyacente.

Así, el librador gira una letra de cambio a la orden del beneficiario porque es deudor de este último en virtud de una relación causal o subyacente, obligación que no se extingue por el mero giro de la letra. Por su parte, el librado acepta la letra girada en su contra por el librador, porque aquél es deudor de este último o espera serlo a la época de su vencimiento (provisión de fondos), obligación que no se extingue con la aceptación de la letra. Finalmente, la transferencia de la letra (generalmente por endoso), se realiza por existir una obligación subyacente entre tradente y adquirente, pero la transferencia no extingue esta obligación. Todo lo anterior, salvo pacto expreso de las partes.

De lo dispuesto en el inciso segundo de la citada disposición legal se infiere que la letra de cambio puede ser girada para garantizar o facilitar el cobro de una obligación subyacente, en virtud del cual el deudor asume una nueva obligación destinada a solucionar la prestación debida (pro-solvendo), confiriendo al tomador del efecto de comercio dos títulos diferentes para hacer efectivo el mismo crédito: el que emana del negocio causal y el que emana de la letra de cambio como instrumento de crédito¹². Con ello el deudor de cierta forma renuncia a sus medios de defensa, pues confiere al acreedor un título ejecutivo en su contra, que se caracteriza por contener una obligación cierta y no sujeta a modalidad (pura y simple), no obstante que la obligación subyacente se encuentre sometida a un plazo o a una condición, los que no pueden oponerse como excepción al cobro cuando el documento ha sido endosado a un tercero de buena fe.

Por lo tanto, a menos que se acuerde expresamente que el giro, aceptación o endoso de una letra de cambio extinga o produzca la novación de la obligación subyacente, esta obligación subsistirá y sólo se extinguirá con el pago de la letra de cambio. Si bien el acreedor cuenta con dos títulos para exigir el cumplimiento de la misma obligación, lo habitual es que intente el cobro del título cambiario a fin de satisfacer su crédito. De este modo, si el deudor paga la letra de cambio a su vencimiento, se extingue también la obligación subyacente. Por el contrario, si la letra de cambio no es pagada a su vencimiento, el acreedor hará valer también la obligación subyacente, lo que a veces tiene gran importancia dada las fianzas o prendas afectas al mismo.

No obstante, las partes perfectamente pueden acordar que el título valor sólo sea cobrado si el acreedor no logra la satisfacción de su crédito mediante el cumplimiento directo de la obligación principal¹³.

Es así como se ha hecho común que, por ejemplo, en los contratos de obra material se exija al contratista que garantice tanto la correcta ejecución de las obras como la adecuada utilización de los insumos que se le entregan y de los dineros que se le adelantan para tal efecto, mediante la suscripción de una letra de cambio o de un pagaré, el cual se restituirá al suscriptor una vez recibidas satisfactoriamente las obras y rendidas las cuentas de los materiales utilizados y del dinero adelantado.

que “el cheque girado en pago de obligaciones no produce novación de estas cuando no es pagado”, norma que se aplica a todo cheque, incluso al girado al portador (Vargas, ob. cit., pág. 43-44).

¹² Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de fecha 14 de diciembre de 1990, Gaceta Jurídica N° 126, pág. 55.

¹³ Varela Varela, Raúl: “Notas a las sentencias de la Corte Suprema”, Revista de Ciencias Penales, tomo IX, Santiago, 1946, pág. 38.

Asimismo, es común que en los contratos de distribución de maquinaria y repuestos, el proveedor exija al distribuidor la suscripción de una letra de cambio o de un pagaré, generalmente en blanco, a fin de garantizar todo tipo de obligaciones que este último tenga para con aquél, como por ejemplo, el oportuno pago del precio de la maquinaria y repuestos comprados por el distribuidor, cuando se ha acordado un plazo para ello.

Desde luego, el efecto no extintivo del giro, aceptación o endoso de una letra de cambio respecto de la obligación subyacente, no significa que el acreedor pueda cobrar dos veces la misma obligación a su deudor, pues el pago de una letra emitida, aceptada o endosada para facilitar el cobro de una obligación o para garantizarla, la extingue hasta la concurrencia de lo pagado, según lo dispone el inciso 2º del artículo 12 de la Ley 18.092.

No obstante, esta norma resuelve el problema sólo en un aspecto, pues la extinción de la obligación cambiaria implica la extinción de la obligación subyacente, pero la extinción de la obligación causal no necesariamente importa la extinción de la relación cambiaria, pues el título valor puede seguir circulando regularmente después de la extinción de la obligación subyacente¹⁴.

Esto se relaciona con el principio de la inoponibilidad de las excepciones, consagrado en el artículo 28 de la Ley 18.092, el cual expresa que “la persona demandada en virtud de una letra de cambio no puede oponer al demandante las excepciones fundadas en las relaciones con anteriores portadores de la letra”.

De esta disposición se infiere que el demandado en virtud de una letra de cambio puede oponer al demandante las excepciones fundadas en las relaciones personales con este último. Estas excepciones escapan a la regla de la inoponibilidad porque las relaciones contractuales entre el deudor y el portador se superponen a la relación cambiaria. El acreedor asume la doble calidad de dueño del derecho nacido del efecto de comercio y de dueño del derecho que emana de la relación causal, ajeno al título valor. Por este motivo, el aceptante de la letra de cambio puede oponer al portador, por ejemplo, la excepción de pago de la obligación subyacente -cuya solución estaba garantizada por la letra de cambio-, o cualquier otra excepción fundada en las relaciones personales entre ambos¹⁵. Solo frente a este acreedor pueden oponerse las excepciones derivadas de la relación subyacente a fin de enervar el cobro de una obligación cambiaria.

Por el contrario, tales excepciones son inoponibles cuando la letra es endosada a un tercero de buena fe, esto es, aquel portador que tiene la conciencia de haber adquirido el dominio del título valor por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio¹⁶. Como se verá más adelante, esta norma puede prestarse para abusos en aquellos casos en que el acreedor endosa la letra de cambio para eludir las excepciones fundadas en las relaciones personales con su deudor.

Por otro lado, muchas veces las letras suscritas para garantizar o facilitar el cobro de una obligación subyacente son firmadas en blanco, sin indicar la cantidad librada o alguna otra mención, y entregadas al portador con instrucciones precisas respecto de cómo y cuándo llenar las menciones faltantes. Según el artículo 11 de la Ley 18.092, si la letra de cambio no contiene las menciones señaladas en el artículo 1º, cualquier tenedor legítimo puede incorporarlas antes del cobro del documento, sujetándose en todo ello a las instrucciones que haya recibido de los obligados al pago de la letra. Si la

¹⁴ Vargas, ob. cit., pág. 44 y 45.

¹⁵ Vargas, ob. cit., pág. 62.

¹⁶ Vargas, ob. cit., pág. 64.

letra en blanco se llena en contravención de dichas instrucciones, el respectivo obligado puede eximirse de su pago probando tal circunstancia. No obstante, esta exoneración de responsabilidad no puede hacerse valer respecto del tenedor de buena fe. Concluye el mencionado artículo señalando que lo anterior no obsta al ejercicio de las acciones penales que fueren procedentes, las cuales serán abordadas en el capítulo segundo de este trabajo.

El citado artículo no es sino una aplicación del principio de la inoponibilidad de las excepciones, porque indica que la circunstancia de haber sido llenada la letra en contravención de las instrucciones de sus obligados no es oponible al portador de buena fe¹⁷.

Asimismo, el artículo 27 de la Ley 18.092, prescribe que el portador legítimo de una letra de cambio, es decir, aquel que justifica su derecho con una serie no interrumpida de endosos, no puede ser privado de ella, salvo que se pruebe que la adquirió de mala fe o que no pudo menos que conocer su uso irregular.

2- El cheque girado en garantía del cumplimiento de obligaciones (cheque en garantía).

El cheque es un documento formal que contiene una orden incondicionada de su girador a un banco de pagar, a su presentación, una suma determinada de dinero, que lo obliga con el portador legítimo en todos aquellos casos en que el banco no la cumpla¹⁸. Por lo tanto, su naturaleza es la de ser un mandato incondicionado de pago dirigido a un banco para que éste pague, a su presentación (a la vista), el todo o parte del saldo que el girador tenga en cuenta corriente bancaria, siendo su función principal la de ser un eficaz medio de pago en reemplazo del dinero.

No obstante ser el cheque un documento de pago y no de crédito, en la práctica es común que se emplee con este objetivo¹⁹.

Es así como en la práctica el cheque también ha sido utilizado para caucionar el cumplimiento de todo tipo de obligaciones, como por ejemplo, la entrega de la cosa vendida en un contrato de compraventa; el pago de los daños que exceden el desgaste natural por

¹⁷ Por las razones expuestas, es recomendable que cuando se pretenda garantizar o facilitar el cobro de una obligación subyacente mediante la suscripción de una letra de cambio, sobre todo si se acepta en blanco, se solicite al librador que gira el efecto de comercio a su propia orden, que la gire en forma nominativa o inserte en el título valor la cláusula "no endosable", pues de este modo el librador/tomador no podrá endosar la letra y el aceptante podrá oponerle las excepciones basadas en sus relaciones personales con aquél. Lo mismo puede decirse en el caso del pagaré, salvo que en este caso es el mismo suscriptor el que gira el documento, por lo que puede hacerlo en forma nominativa o agregarle la cláusula "no endosable" para evitar que el beneficiario endose o transfiera el pagaré, salvaguardando de este modo las excepciones basadas en las relaciones personales con el tomador del título valor. En estos casos, el beneficiario solo podrá transferir el título valor mediante cesión ordinaria de derechos (artículos 1901 a 1098 del Código Civil), en virtud de la cual el cesionario reemplaza jurídicamente al cedente, pudiendo ejercer en contra del deudor cedido las mismas acciones y derechos de aquél, con las limitaciones que dichos artículos prescriben; y el deudor cedido puede oponer al cesionario las mismas excepciones que tenía en contra del cedente, salvo la de compensación. Respecto de esta última, hay que distinguir cómo se perfeccionó la cesión respecto al deudor. Si éste la aceptó sin hacer reserva de la compensación, no puede oponerle por esta vía al cesionario los créditos que tenía en contra del cedente. En toda otra situación, haya mediando aceptación o notificación de la cesión, el cesionario deberá soportar que el deudor le oponga las mismas excepciones que tenía en contra del cedente (Abeliuk Manasevich, René: "Las Obligaciones", Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 1993, pág. 951).

¹⁸ Sandoval López, "El Cheque", pág. 16.

¹⁹ Sandoval López, Manual de Derecho Comercial, Tomo II, pág. 416.

el uso normal de la cosa arrendada y el oportuno pago de los servicios en el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles; la devolución del dinero entregado en mutuo; el pago de prestaciones médicas, etc., lo que claramente desnaturaliza su carácter de instrumento de pago inmediato, sustitutivo del dinero.

El cheque utilizado en la forma y para los fines antes indicados ha sido denominado por la doctrina como "cheque en garantía", que es aquél mediante el cual una persona que debe recibir un pago a cambio de la prestación de un servicio o a cambio de bienes, al no hacerse el pago en dinero efectivo de contado, o si la obligación que corresponda es a plazo o condicional, obtiene una mayor seguridad del cumplimiento que debe solucionar el pago.

Por lo tanto, el cheque en garantía puede definirse como aquél que se entrega para caucionar una obligación principal, que sólo puede hacerse efectivo como cheque de pago en el evento que no se cumpla con la obligación garantizada²⁰.

Su característica principal es la ser un cheque sujeto a una condición, consistente en el incumplimiento de la obligación caucionada, evento en el cual el cheque se hace efectivo. Esta condición no puede constar en el documento mismo, conforme a lo prescrito en el artículo 13 inciso 3° del D.F.L. N° 707, pero se discute si puede constar en documentos extracambiaros, que acrediten que un cheque fue girado en garantía de obligaciones²¹.

Esta clase de cheques generalmente se emiten postdatados o dejando en blanco la fecha de emisión e incluso la cantidad girada, las cuales son llenadas conforme a las instrucciones impartidas por el girador y el documento, cobrado, en caso de no cumplirse la obligación garantizada²².

Sobre esta materia, la doctrina nacional ha estado dividida entre aquella que considera que el "cheque en garantía" no deja de ser válido como cheque de pago por el hecho de haber sido girado para caucionar el cumplimiento de obligaciones y, por lo tanto, goza de los privilegios y acciones, civiles y penales, con los que el legislador protege a esta clase de documentos²³; y aquélla que resta valor de cheque a los girados en garantía de obligaciones, por haber sido librados con fines distintos a los contemplados por el legislador, motivo por el cual su protesto por falta de pago carece de los efectos civiles y penales previstos en el artículo 434 N° 4 del Código de Procedimiento Civil y en el artículo 22 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques²⁴.

La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, dictada durante la segunda mitad del siglo XX en una infinidad de recursos de amparo y de queja deducidos en contra de sentencias interlocutorias de procesamiento por el delito de giro doloso de cheque, ha recogido y desarrollado una y otra doctrina, con distintos matices y fundamentos, de cuyo examen puede concluirse que existe consenso respecto al hecho indiscutible de que la ley no considera ni reconoce la figura del cheque en garantía, pues el cheque sólo

²⁰ Sandoval López, "El Cheque", pág. 26.

²¹ Sobre esta discusión, ver Vásquez Méndez, ob. cit., pág. 244 a 288.

²² Como se verá en el segundo capítulo de este trabajo, estos cheques dependen de la buena voluntad de su tenedor, pues podrá cobrarlos y protestarlos de inmediato (Sandoval López, Manual de Derecho Comercial, Tomo II, pág. 434.), sin perjuicio de la responsabilidad civil y/o penal del tomador que utiliza abusiva o fraudulentamente este documento.

²³ Vásquez Méndez, ob. cit. pág. 244 y ss.

²⁴ Contrario a lo que podría pensarse en un primer momento, no es la configuración del delito de giro doloso de cheque el que condiciona la discusión sobre la validez y efectos del cheque en garantía, sino que es la validez y efectos de este último documento lo que condiciona la configuración de aquel delito.

puede ser girado en pago de obligaciones o en comisión de cobranza. No obstante, ha habido una clara evolución en lo que se refiere a la validez y efectos jurídicos derivados del giro de un cheque en garantía de obligaciones, con relación a los acuerdos extracambiaros que condicionan su cobro al incumplimiento de una obligación principal²⁵.

Según la doctrina actualmente dominante, la ley define al cheque sobre la base de sus requisitos y finalidades, y sólo considera como tales a los girados en pago de obligaciones y en comisión de cobranza, pero no considera ni reconoce como cheque a los girados en garantía de obligaciones²⁶.

Por lo tanto, si las partes utilizan un cheque para fines diferentes a los contemplados en la ley, como es el caso de garantizar el cumplimiento de obligaciones, condicionando su solución al incumplimiento de la obligación subyacente, desvirtúan su carácter de instrumento de pago inmediato de obligaciones, sustitutivo del dinero, desnaturalizándolo como cheque, por lo que carece de eficacia y validez como tal, no le es aplicable el estatuto propio de este efecto de comercio, ni goza de los privilegios y acciones que la ley otorga a esta clase de documentos.

Por consiguiente, el "cheque en garantía" no constituye una categoría distinta de cheque, pues ni siquiera es un cheque, sino solo un instrumento privado que denota la existencia de una obligación y que es extendido en un formulario de cheque precisamente con el objeto de caucionar su cumplimiento íntegro y oportuno. En consecuencia, el no pago de este "formulario de cheque girado en garantía de obligaciones", de ser protestado, no puede llegar a ser título ejecutivo ni llegar a configurar el delito de giro doloso de cheque, aunque se hayan cumplido con las exigencias del artículo 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, pues de aquellos documentos no emanan las acciones civiles y penales que la ley reserva a los cheques propiamente tales.

Asimismo, quienes niegan al cheque en garantía los efectos civiles y penales derivados de su falta de pago, señalan que no es verdadero cheque aquél que no responde a una obligación de pago que dé origen al mismo.

Respecto a las consecuencias penales derivadas del protesto de un cheque en garantía –o, mejor dicho, a la falta de ellas-, existe abundante jurisprudencia que niega el carácter de "cheque" a los formularios de cheques girados para garantizar el cumplimiento de una

²⁵ Sobre la evolución de esta jurisprudencia, ver a Rivera Villalobos, Hugo: "Alcances críticos al delito de giro doloso de cheque". Ponencia realizada en el Segundo Encuentro de Profesores de Derecho Penal. Revista de Ciencias Penales, tercera época, tomo XXXVII, volumen I, 1978 – 1981, págs. 31 a 53; y a Vásquez Méndez, ob cit., pág. 244 a 288.

²⁶ Entre los autores nacionales que suscriben a esta doctrina se encuentra Alfredo Etcheberry, quien sostiene que, conforme a la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, el cheque sólo puede ser girado "en pago de obligaciones o en comisión de cobranza". Si de hecho es girado con otra finalidad, no vale como cheque, pese a su formalidad como tal (Etcheberry, Alfredo: "Derecho Penal", tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición actualizada, 1997, pág. 451). En el mismo sentido se pronuncia Mario Verdugo Marinkovic, quien demuestra esta doctrina en muy claros términos, mediante el siguiente razonamiento lógico: 1) Premisa mayor: "el cheque es un documento que extendido en los formularios y con las menciones que indica la ley, sólo puede girarse en pago de obligaciones o en comisión de cobranza". 2) Premisa menor: "el presente documento, extendido en formulario y con las menciones que indica la ley, fue girado para garantizar el cumplimiento de obligaciones". 3) Conclusión: "el presente documento no es un cheque.- Consecuente con lo anterior, cuando los tribunales llegan a la convicción -a través de la prueba acumulada en autos- de que el documento que sirve de fundamento a la querrela no fue girado en pago de obligación ni en comisión de cobranza, deben abstenerse de utilizar la locución "cheque en garantía" -fuente del equívoco- y emplear la expresión "documento extendido en formulario de cheque"(Comentario de Mario Verdugo Marinkovic respecto al voto minoritario de los Ministros Enrique Correa y Estanislao Zúñiga, consignada en sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de marzo de 1984. Gaceta Jurídica, N° 45, año 1984, pág. 85).

obligación y no para el pago de la misma, razón por la que considera improcedente la aplicación de la sanción establecida en el artículo 22 de Ley Cheques, mientras no se establezca la verdadera naturaleza del documento²⁷. Ello debido a que el cheque dado en garantía carece de la naturaleza jurídica que la ley le asigna y no genera delito de giro doloso de cheques, ni tampoco acción civil que es consecuencia de tal hecho punible. En este sentido se han pronunciado los tribunales superiores de justicia chilenos en la gran mayoría de los casos que se han presentado a su resolución desde mediados de la década de los ochenta, con muy pocas excepciones, al menos publicadas. Hoy en día ésta es la doctrina dominante, como lo demuestran la gran cantidad de fallos dictados en tal sentido²⁸.

En cuanto a las consecuencias civiles del cheque en garantía, la jurisprudencia ha resuelto que el protesto de un cheque girado en garantía de obligaciones no tiene mérito ejecutivo, pues al haber sido girado con un fin distinto al señalado por el legislador, se ha transformado en un simple instrumento privado al cual la ley no confiere de manera expresa acción ejecutiva²⁹

²⁷ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 23 de julio de 1945; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 18 de julio de 1946; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, de fecha 29 de noviembre de 1947; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 17 de julio de 1950 y sentencia de la Corte Suprema de fecha 2 de julio de 1951.

²⁸ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 5 de marzo de 1981 (Fallos del mes, N° 268, sentencia 2, pág. 42); Sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de marzo de 1981 (R.D.J., tomo 78, 2ª parte, sección 4ª, pág. 13); Sentencias de la Corte Suprema de fecha 14 de septiembre de 1982 (Fallos del Mes, N° 246, pág. 389) y 12 de enero de 1983 (Fallos del Mes, N° 290, pág. 656); sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 16 de marzo de 1983 (Gaceta Jurídica, N° 34, pág. 66); sentencia de la Corte Suprema, de fecha 3 de octubre de 1983 (Fallos del Mes, N° 299 pág. 592); Sentencia de la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda de fecha 19 de marzo de 1984 (R.D.J., tomo 81, 2ª parte, sección 4ª, pág. 56); Sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 13 de julio de 1984 (R.D.J., tomo 81, 2ª parte, sección 4ª, pág. 116) y 24 de julio de 1984 (Gaceta Jurídica, N° 49, pág. 127); sentencia de la Corte Suprema de fecha 27 de noviembre de 1984 (Fallos del Mes, N° 312, pág. 634); sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 20 de mayo de 1985 (Gaceta Jurídica, N° 59, pág. 113); sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 18 de octubre de 1985 (Gaceta Jurídica, N° 64, pág. 75), 8 de julio de 1986 (R.D.J., tomo 83, 2ª parte, sección 4ª, pág. 164) y 9 de octubre de 1987 (Gaceta Jurídica, N° 80, pág. 46); sentencias de la Corte Suprema de fecha 28 de octubre de 1986 (Fallos del Mes, N° 335, pág. 709), 20 de abril de 1987 (Fallos del Mes, N° 341, pág. 132) y 9 de marzo de 1989 (Fallos del Mes, N° 364, pág. 74); Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 21 de febrero de 1990 (R.D.J., tomo 87, 2ª parte, sección 4ª, pág. 25); sentencia de la Corte Suprema de fecha 6 de agosto de 1990 (Fallos del Mes, N° 381, pág. 441); Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 16 de octubre de 1990 (Gaceta Jurídica, N° 124, pág. 78); sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 29 de abril de 1991 (Gacetas Jurídica, N° 130, pág. 76); sentencia de la Corte Suprema de 15 de mayo de 1991 (Fallos del Mes, N° 390, pág. 126); sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de fecha 8 de julio de 1991 (Gaceta Jurídica, N° 134, pág. 117); sentencias de la Corte Suprema de fecha 11 de julio de 1991 (R.D.J., tomo 88, 2ª parte, sección 4ª, pág. 64) y 5 de agosto de 1991 (Fallos de Mes, N° 393, pág. 390); sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 8 de julio de 1991 (Gaceta Jurídica, N° 136, pág. 95); Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de fecha 14 de mayo de 1992 (Fallos del Mes, N° 402, pág. 245); sentencias de la Corte Suprema de fecha 27 de mayo de 1992 (Gaceta Jurídica, N° 143, pág. 90), 4 de agosto de 1992 (Fallos del Mes, N° 405, pág. 542), 25 de agosto de 1992 (Gaceta Jurídica, N° 150, pág. 124), 28 de agosto de 1992 (Gaceta Jurídica, N° 147, pág. 83), 7 de septiembre de 1992 (Fallos del Mes, N° 406, pág. 655), 12 de enero de 1993 (Fallos del Mes, N° 410, pág. 1023), 18 de mayo de 1995 (Fallos del Mes N° 438, pág. 496), 8 de noviembre de 1995 (Fallos del Mes, N° 441, pág. 1038), 15 de enero de 1996 (Fallos del Mes, N° 446, pág. 2110), 23 de enero de 1996 (Fallos del Mes, N° 446, pág. 2068), 30 de abril de 1997 (Fallos del mes, N° 461, pág. 405), 26 de febrero de 1998 (Fallos del Mes, N° 472, pág. 67), 14 de junio de 1999 (Fallos del Mes, N° 487, pág. 1016), 2 de agosto de 2000 (Gaceta Jurídica, N° 242, pág. 141) 26 de septiembre de 2000 (Gaceta Jurídica, N° 243, pág. 121) y 7 de mayo de 2001 (Gaceta Jurídica, N° 251, pág. 113).

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 7 de octubre de 1997: "El juicio de quiebras tiene el carácter de una ejecución colectiva, porque participa de aquellos elementos que permiten exigir el cumplimiento compulsivo de una obligación en favor de un acreedor, mediante la realización de los bienes del deudor, según se desprende del artículo 1º de la Ley de Quiebras. El deudor está

Dado el carácter abstracto y formal de este documento, es esencial acreditar en forma fehaciente que un cheque ha sido desnaturalizado por el uso que las partes le han dado, para evitar las consecuencias civiles y penales que normalmente tienen para el girador el protesto de un cheque. Para tal efecto adquieren gran importancia las convenciones celebradas por las partes, mediante escritura pública o documento privado debidamente protocolizado, en los que dejan constancia de la finalidad con que el formulario de cheque ha sido girado, esto es, en garantía de una obligación y no en pago inmediato de la misma.

No obstante lo antes expuesto, si el cheque girado en garantía de obligaciones es cobrado indebidamente:

a) Puede ser pagado por el banco librado sin ninguna responsabilidad para este último, pues se encuentra amparado por la apariencia externa de cheque de tal documento, por el contrato de cuenta corriente bancaria y por lo dispuesto en el D.F.L. N° 707, según los cuales el banco se encuentra obligado a cumplir las ordenes de pago que el girador realice sobre los fondos o crédito disponibles en su cuenta corriente, salvo orden en contrario de su girador y sin perjuicio de la responsabilidad de este último por revocar dicha orden de pago por causas distintas a las permitidas en la ley.

b) Puede ser protestado por falta de pago, lo que de por sí acarrea innumerables inconvenientes comerciales para el girador, como la publicación del protesto en el Boletín de Informaciones Comerciales de la Cámara de Comercio de Santiago y en otras bases de datos privadas, con los consiguientes efectos negativos para la situación comercial del librador.

c) El protesto por falta de pago de un cheque en garantía da pie para el ejercicio de acciones criminales. Es necesario recordar que el estado actual de la jurisprudencia es el resultado de una larga evolución y que generalmente es necesario llegar a las Cortes para enervar dicha acción criminal, pues si no se paga el valor del cheque dentro del plazo de tres días contado desde la notificación judicial del protesto, a priori se dan los presupuestos del delito de giro doloso de cheque.

3- El cheque girado postdatado para facilitar el cumplimiento de una obligación a plazo (cheque a fecha).

autorizado para oponerse a la solicitud de quiebra justificando que el título invocado no tiene el carácter de imperatividad exigida por la ley, lo cual lo puede demostrar en el mismo procedimiento establecido para determinar el estado de insolvencia de una persona, es decir, puede excepcionarse en los mismos términos a que se refiere el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil si se demuestra que el cheque materia de la quiebra no fue girado en pago de obligaciones, sino que corresponde a la garantía del cumplimiento de un contrato, no existe cheque y, por lo tanto, de ese documento no puede nacer acción ejecutiva, porque se ha transformado en un simple instrumento privado al cual la ley no le da de manera expresa en carácter de ejecutivo. Como consecuencia de lo anterior, al no existir título ejecutivo, la declaración de insolvencia no puede dictarse, correspondiendo al acceder a la reposición que interponga el fallido, debiendo dejarse sin efecto la quiebra declarada" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 94, segunda parte, sección 2ª, pág. 131).

El cheque postdatado es aquel en que se consigna una fecha posterior a la de su giro, con el fin de prorrogar el plazo de su presentación ante el banco librado³⁰.

La importancia de la data o fecha del cheque es que sirve para determinar el plazo de presentación al cobro del mismo y su caducidad. En el caso de la postdata, el plazo para la presentación del documento resulta ampliado. Justamente en este efecto reside el motivo para la emisión de cheques postdatados: el librador quiere retrasar la presentación del cheque y así tener tiempo para constituir la provisión de fondos en manos del banco librado o para dar lugar a que el tomador realice la contraprestación pactada.

Generalmente el cheque postdatado se utiliza para pagar o facilitar el pago de una obligación sujeta a un plazo suspensivo, esto es, una obligación que ya existe, pero cuya exigibilidad está sometida a un hecho futuro y cierto. Para tal efecto, habitualmente se incluyen en el monto girado, los intereses que se devengarán entre el nacimiento de la obligación subyacente y el vencimiento del plazo que la hará exigible.

En estos casos es evidente que se comete una irregularidad en la emisión del cheque que tiende a convertir a este documento en un título de crédito semejante a la letra de cambio. A pesar de ello, los legisladores no han querido decretar la nulidad de los cheques postdatados para no poner trabas a su circulación, debido a que éstos pueden ser adquiridos de buena fe después de la fecha indicada en el documento, sin que el adquirente pueda saber si la fecha consignada en el cheque era o no la verdadera.

Conforme a lo antes señalado, podría afirmarse que el librador que entrega un cheque postdatado antes de la fecha que figura en el documento, expresa su voluntad de que sólo debe presentarse al cobro a partir del día indicado y que, en consecuencia, sólo responderá por la falta de pago si la presentación se demorara hasta que llegase ese día. De esto también podría desprenderse que el portador del cheque no está autorizado para presentarlo antes de la fecha consignada en el documento³¹.

En un principio se pensó que dicha doctrina podría tener acogida en nuestra legislación, debido a que los cheques postdatados, también llamados “a fecha”, están implícitamente reconocidos en el artículo 22 inciso 4° del D.F.L. N° 707, al indicar que “no servirá para eximirse de responsabilidad penal la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición”.

Sin embargo, cualquier discusión doctrinaria sobre la validez del cheque “a fecha” quedó zanjada por la Ley 17.422, de abril de 1971, que introdujo un nuevo inciso segundo al artículo 10 del D.F.L. N° 707, al disponer que el cheque siempre es pagadero a la vista, que cualquier mención contraria debe tenerse por no escrita y que el cheque presentado al cobro antes del día indicado como fecha de emisión es pagadero al día de su presentación³².

³⁰ Otra creación de la práctica son los cheques antedatados, que son aquellos cuya fecha de expedición es anterior a la real y efectiva. En el caso de la antedata, el plazo de presentación del cheque al banco librado resulta acortado, por lo que no es frecuente encontrar esta clase de cheques en la vida práctica, aunque a veces suelen utilizarse por los comerciantes próximos a la quiebra para huir de las nulidades propias del período sospechoso.

³¹ Garrigues sostiene que la introducción de la fecha de emisión del cheque no representa la afirmación de un hecho, sino una declaración de voluntad del librador de que el documento debe considerarse extendido en ese día. Según lo anterior, la fecha es un requisito puramente formal y la forma legal del cheque no se perjudica cuando se expresa una fecha de emisión diversa a la verdadera (Garrigues, J.: “Contratos Bancarios”, 2° edición, Madrid, 1997, pág. 493).

³² En el mismo sentido, el Texto de la Ley Uniforme de Ginebra establece en su artículo 28 inciso 2°, que “el cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de emisión es pagadero al día de su presentación”. Aplica al cheque postdatado la norma del cheque extendido con la fecha correspondiente a su presentación: “El cheque es pagadero a la vista” (artículo 28 inciso 1° L.U.G.)

Por lo tanto, si bien en la práctica se está utilizando al cheque como un instrumento de crédito, función que no le es propia, ello no es suficiente para desnaturalizarlo como instrumento de pago inmediato. Conforme a las disposiciones legales antes señaladas, en nuestro país el cheque postdatado tiene plena validez para todos los efectos legales, civiles y penales, pero se sanciona la postdata teniéndola por no escrita, pues el cheque es siempre pagadero a la vista. De este modo, en estricto rigor del derecho cambiario, la posdata dejó de ser relevante³³.

Con la mencionada reforma legal se eliminó la posibilidad de que un banco no pagara un cheque por tener una fecha de giro diferida. También le quitó todo valor a las cláusulas que en el cheque mismo se colocaran a fin de desvirtuar su carácter de efecto de comercio pagadero a la vista.

Al respecto, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, en su Instructivo N° 39 -dictado antes de la reforma al artículo 42 del D.F.L. N° 707, introducida por la Ley 19.806, de 2002³⁴, que transformó la mayoría de las hipótesis de giro doloso de cheque en un delito de acción privada-, instruyó a los Fiscales la persecución penal de los cheques a fecha que se encuentren sin fondos al ser cobrados por caja, aduciendo que, de conformidad con el artículo 10, inciso 2º, de la Ley de Cheques, “el cheque es siempre pagadero a la vista” y, por lo tanto, “en nuestra legislación no existe el cheque a fecha”³⁵.

Esta conclusión es criticada por otro sector de la doctrina penal, que considera que, siendo el cheque un efecto de comercio incondicionado y a la vista, tomando en cuenta que a partir de tales características se ha resuelto que el cheque en garantía (que generalmente se gira a fecha) se encuentra desnaturalizado como cheque al estar su pago sujeto a una condición extrínseca, y siendo la fecha un requisito esencial del cheque (art. 13 D.F.L. 707), al punto que determina la fecha de su caducidad; el cheque a fecha o postdatado (que no necesariamente se gira en garantía) también se encuentra desnaturalizado como cheque, pues su pago se encuentra sujeto a un plazo extrínseco, lo que -desde el punto de vista de la práctica comercial- le confiere a este documento el carácter de instrumento de crédito (y no de pago inmediato) y, en tales condiciones, no puede estar sujeto a la protección penal que la ley brinda para el cheque de pago³⁶.

³³ Sandoval López, Manual de Derecho Comercial, Tomo II, págs. 418 y 419.

³⁴ Artículo 42 D.F.L. N° 707, modificado por el artículo 38 de la Ley 19.806 (D.O. 31.05.2002): “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.- 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”.

³⁵ Instructivo N° 39 del Fiscal Nacional. Esta instrucción contrasta con la impartida en el mismo instructivo respecto de los cheques en garantía, sobre los cuales 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 pago”.

³⁶ Matus Acuña, Jean Pierre / Ramírez Guzmán, María Cecilia: “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial”, Editorial Universidad de Talca, 2ª edición, 2002, pág. 19. En igual sentido, Silva Silva, Hernán: “El Delito de Giro Doloso de Cheque ante la Doctrina y la Jurisprudencia”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edición, 1998, pág. 252.

A mayor abundamiento, sostienen que es contradictorio con las garantías a la libertad personal que establece el nuevo ordenamiento jurídico procesal, concluir que tales instrumentos de crédito (los cheques a fecha) se encuentren garantizados personalmente, esto es, con la libertad del girador. Es más, parece que el castigo penal del cheque a fecha, instrumento de crédito, contradice prístinamente lo dispuesto por 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 cheques a fecha, en algunas ocasiones encubren mutuos cuyas tasas de interés podrían considerarse rayanas en la usura³⁷

Por otro lado, un sector de la doctrina mercantil³⁸ sostiene que de todas formas subsiste la situación anterior a la reforma del año 1971, en lo que dice relación a la posibilidad del cobro diferido de cheque dentro del plazo de caducidad, en virtud de un convenio extracambiarario entre deudor y acreedor de una obligación subyacente, librador y tenedor cambiario, en el que acuerdan que el cheque se mantenga “en cartera” sin ser cobrado hasta cierta época. Como los cheques tienen un plazo de 60, 90 o 120 días para ser cobrados, según el caso, se ha sostenido el convenio extracambiarario por el cual el cheque que se entrega para ser cobrado un día antes del vencimiento del plazo, se convierte en un documento de crédito.

Si bien la validez de estos convenios extracambiararios es discutible, a menos que una sentencia judicial resuelva su nulidad, aquellos son plenamente obligatorios para las partes, por lo que su incumplimiento constituirá un ilícito civil y, como tal, generará las responsabilidades respectivas; pero carecen de todo valor frente al banco, el cual no tiene cómo estar al corriente de la relación extracambiararia entre el librador y el tomador del cheque y así saber de la existencia de algún acuerdo que aplase el pago del documento o si éste documento se entrega para engendrar un crédito del girador al tomador -forma de entregar el crédito- (causa credendi) o para liquidar una deuda (causa solvendi). Lo único que se le puede exigir al banco, en su calidad de mandatario, es cumplir las órdenes que recibe de su cliente-mandante dentro del contrato de cuenta corriente o de cheque que le liga con él. Por lo tanto, el banco no incurrirá en ninguna responsabilidad si secundando ordenes de clientes se niega a pagar el cheque.

De esta forma, el librador está obligado a tener hecha anticipadamente la provisión de fondos en poder del librado, como requisito esencial del cheque. Sobre la base del supuesto de que la provisión de fondos o la obtención de crédito es un requisito esencial del cheque, el banco no está obligado a secundar una orden de pago que carece de este supuesto esencial.

Por otro lado, si la postdata se tiene por no escrita, ¿entonces cuál debe entenderse por fecha de emisión del cheque? Lo más lógico es entender por fecha de emisión o de expedición, la fecha en que formalmente se considera emitido el papel, la fecha en que empieza a valer el documento, esto es, cuando el cheque es llenado completamente por el girador o conforme a sus instrucciones, siendo esencial que se encuentre firmado por éste, pues esta firma da eficacia a las demás menciones del cheque, aún cuando hayan sido

³⁷ Matus Acuña, Jean Pierre / Aravena, José Patricio: “El cheque en el nuevo proceso penal”, artículo publicado en la revista La Semana Jurídica, N° 13, semana del 5 al 11 de febrero de 2001, Editorial Cono Sur, Santiago, pág. 15.

³⁸ Sandoval López sostiene que el pacto contenido en un convenio suscrito entre librador y beneficiario, en cuya virtud este último se compromete a no cobrar un determinado cheque hasta cierta fecha es válido y su infracción puede dar origen a la indemnización de perjuicios pertinente. Así pues, si bien la disposición modificatoria comentada (Ley 17.213, de 1971) puede considerarse de orden público, la cláusula aludida no infringe el orden público, ya que mira el solo interés de las partes (Sandoval López, Manual de Derecho Comercial, Tomo II, págs. 418 y 419).

postdatados, pues dentro de nuestro régimen jurídico el cheque siempre es pagadero a la vista, cualquiera sea la fecha posterior, siempre que ésta sea posible y no haya transcurrido el plazo de caducidad.

En cuanto a los cheques sin fecha, estos son inexistentes o nulos, pues no cumplen con los requisitos señalados en el artículo 13 de la Ley. La falta de alguno de estos datos o menciones que la ley exige para el cheque, de por sí afectan la existencia o la validez del mismo, de modo que sin ellos el documento en cuestión no existe o no vale como cheque³⁹. No obstante, el cheque sin fecha puede ser completado colocándole una fecha al momento de su presentación al banco librado, con lo cual éste último debe pagarlo o protestarlo por falta de pago.

Finalmente, la referencia del artículo 22 de la Ley de Cheques al cheque sin fecha, debe interpretarse en el sentido que el girador no puede eludir su responsabilidad civil y criminal, afirmando que al entregar el documento al beneficiario no le colocó fecha, por lo que no tenía la posibilidad de saber cuándo el tenedor le colocó fecha al cheque, pues para presentarlo al cobro, el cheque necesariamente debe tener una fecha, de lo contrario no constituye o no vale como cheque y, por lo tanto, no puede ser pagado ni protestado por el banco librado⁴⁰.

BUSOS EN LOS QUE PUEDE INCURIR EL TOMADOR O BENEFICIARIO DE LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES.

La literalidad, autonomía, rigurosidad y abstracción que caracterizan a la letra de cambio, al pagaré y al cheque, constituyen la fortaleza de estos títulos valores, pero también encierran el riesgo de abusos graves. Muchas veces estos abusos tienen su origen en la utilización de estos efectos de comercio para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones subyacentes.

Conforme a lo señalado en los párrafos anteriores y sin perjuicio que puedan existir otras hipótesis, las siguientes son las formas más frecuentes en que una persona puede concurrir a la suscripción de una letra de cambio, un pagaré o un cheque a la orden de su acreedor, a fin de garantizar a éste la oportuna satisfacción de su crédito subyacente:

A) Aceptación por el librado, de una letra de cambio totalmente extendida por el librador a su propia orden, a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente que el librado tiene o piensa tener con el librador al momento del vencimiento del efecto de comercio.

B) Aceptación por el librado, de una letra de cambio extendida total o parcialmente en blanco por el librador, a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente que el librado tiene o que a futuro piensa tener con el librador, impartiendo a este

³⁹ Lo mismo ocurre con los cheques de fecha imposible (como sería el 30 de febrero o el 31 de junio). La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha señalado que si la fecha de un cheque no coincide con la realidad y no está en condiciones de coincidir con el transcurso del tiempo, es nulo de nulidad absoluta, por lo que el banco librado debe abstenerse de pagar un cheque de fecha imposible (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Circular N° 91 de 23 de marzo de 1929, reiterado en Circular N° 313).

⁴⁰ El cheque sin fecha no es cheque y solo sirve para acreditar la existencia de una obligación como medio de prueba (Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XVIII, sección 1°, pág. 174). De la opinión contraria es Vásquez Méndez, quien dispone que este documento sin fecha no puede servir de principio de prueba por escrito para acreditar la existencia de una obligación, conforme lo dispone de manera genérica el artículo 1711 del Código Civil (Vásquez Méndez, ob. cit., pág 112).

último instrucciones específicas sobre cómo y cuándo completar las menciones faltantes en el efecto de comercio.

C) Suscripción de un pagaré totalmente extendido para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente que el suscriptor tiene o piensa tener con el beneficiario al momento del vencimiento del efecto de comercio.

D) Suscripción de un pagaré total o parcialmente en blanco para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente que el suscriptor tiene o piensa tener con el beneficiario, impartiendo a este último instrucciones específicas sobre cómo y cuándo completar las menciones faltantes en el efecto de comercio.

E) Giro de un cheque con todas las menciones prescritas por la ley, a fin de garantizar el cumplimiento de una obligación subyacente que el girador tiene o piensa tener con el beneficiario en la fecha indicada en el cheque.

F) Giro de un cheque total o parcialmente en blanco, a fin de garantizar el cumplimiento de una obligación subyacente que el girador tiene o piensa tener a futuro con el beneficiario, impartiendo a este último instrucciones específicas sobre cómo y cuándo completar las menciones faltantes en el efecto de comercio.

G) Giro de un cheque a fecha para facilitar el cumplimiento de una obligación a plazo.

Por otro lado y sin perjuicio que puedan existir otras hipótesis, las formas en que el beneficiario puede utilizar abusivamente estos títulos valores suscritos para garantizar o facilitar la satisfacción de su crédito, obteniendo un enriquecimiento ilícito en perjuicio del suscriptor, son las siguientes:

1) Cobro, por parte del primer beneficiario, de una letra de cambio, pagaré o cheque totalmente extendido, a su presentación o a su vencimiento, según corresponda, en las siguientes situaciones:

No obstante encontrarse pendiente la condición suspensiva de la cual depende el nacimiento de la obligación subyacente.

En caso que la obligación subyacente no haya llegado a existir por haber fallado la condición suspensiva a la que se encontraba sujeta.

En caso que el acreedor no haya cumplido ni tenga la intención de cumplir o haya hecho imposible el cumplimiento de su obligación recíproca.

En caso que la obligación subyacente haya sido oportuna e íntegramente cumplida de manera directa.

En caso que el negocio causal haya sido rescindido o resciliado.

2) Endoso a un tercero de una letra de cambio pagaré o cheque suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente, con el fin de evitar que el suscriptor obligado al pago del documento pueda oponer al primer tomador las excepciones derivadas del negocio causal, como la excepción de contrato no cumplido o las de inexistencia o falta de exigibilidad de la obligación subyacente.

3) Completar el tomador o beneficiario las menciones faltantes de una letra de cambio, pagaré o cheque suscritos total o parcialmente en blanco, con infracción de las instrucciones que para tal efecto le ha dado el suscriptor. A esto puede seguir el cobro o el endoso del documento.

4) Incumplimiento del tomador de su compromiso de no cobrar una letra de cambio o pagaré a la vista o de respetar la postdata en el caso del cheque a fecha, suscritos para facilitar el cumplimiento de una obligación a plazo.

En todos las situaciones descritas⁴¹, la utilización abusiva que el beneficiario realiza de estos documentos suscritos para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones, tendrá graves consecuencias patrimoniales para el suscriptor, quien puede verse obligado bajo apremio a pagar una obligación subyacente inexistente; o a efectuar un doble pago, es decir, a cumplir tanto la obligación subyacente como la cambiaria; o a cumplir su obligación no obstante que su acreedor no ha cumplido ni tiene la intención de cumplir o ha hecho imposible el cumplimiento de su obligación recíproca. Además, en caso de no poder pagar, el suscriptor se enfrenta a los inconvenientes comerciales y, en el caso del cheque, a una eventual persecución penal.

Una vez identificados los casos más frecuentes en que una persona puede concurrir a la suscripción de una letra de cambio, un pagaré o un cheque a la orden de su acreedor, a fin de garantizar o facilitar a este último la satisfacción de su crédito subyacente; y determinadas, también, las formas en que el beneficiario puede utilizar abusivamente tales documentos en perjuicio del suscriptor, a continuación se abordará la relevancia jurídica de tales abusos.

III- INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN CIVIL.

Ante la utilización abusiva por parte del tomador de una letra de cambio, pagaré o cheque suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a una condición o plazo, el derecho privado ofrece cierta protección al suscriptor, al permitir que éste enerve la acción ejecutiva deducida en su contra por el primer tomador del documento, oponiendo las excepciones basadas en las relaciones personales con aquél, esto es, las derivadas del negocio causal, del cual el efecto de comercio aún no se ha desligado⁴².

Así, el suscriptor del documento puede oponer al primer tomador del mismo la excepción de inexistencia de la obligación causal o de falta de exigibilidad de la misma, alegando que la condición suspensiva a la que la obligación subyacente está sujeta se encuentra pendiente o fallida, o que el plazo suspensivo se encuentra pendiente, o que la obligación subyacente ha sido íntegramente cumplida, o que la obligación recíproca no ha sido cumplida o que su cumplimiento se ha hecho imposible por culpa o dolo de

⁴¹ A fin de facilitar el posterior análisis de las situaciones descritas, cada vez que se aluda a un efecto de comercio suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones y a la utilización abusiva que el beneficiario puede hacer de tales documentos en perjuicio del suscriptor, se estará haciendo referencia en forma genérica a los casos antes señalados, sin perjuicio que se haga referencia a alguna de estas situaciones en particular de ser necesario.

⁴² Ello debido a que la situación entre el emisor del documento y el beneficiario directo está vinculada a la relación subyacente: si esta se extingue, se extingue también la obligación cartular. No ocurre lo mismo en la relación entre emisor del documento y el endosatario, pues éste último no está vinculado de ningún modo a la relación causal. De este modo, en el primer caso, el sujeto pasivo de la relación fundamental puede enervar la relación cartular acreditando la inexistencia, extinción, ineficacia o carácter viciado de la relación subyacente, mientras el título-valor no haya sido transferido a un tercero. De ese modo, la abstracción se produce respecto de los terceros portadores de buena fe (respecto de los cuales la relación causal es irrelevante), pero no en relación con quienes celebraron el negocio causal.

su acreedor, o que el negocio causal ha sido rescindido o resciliado⁴³. Sin embargo, en negocios rápidos y flexibles, de los que generalmente no se deja constancia por escrito, es muy difícil acreditar tales circunstancias, por lo que tales excepciones bien pueden ser rechazadas por falta de prueba, sin perjuicio de la oportuna reserva que el deudor cambiario puede hacer de las mismas con el fin de discutir sus fundamentos en un juicio ordinario. En tales casos se acogerá la demanda ejecutiva, dictándose sentencia condenatoria u ordenándose que el apremio continúe con el sólo mérito del mandamiento de ejecución y embargo hasta el pago efectivo del importe del efecto de comercio, según corresponda.

La situación del deudor cambiario se vuelve aún más precaria en caso que el beneficiario directo del efecto de comercio girado a la orden lo endose a un tercero de buena fe, pues éste último no está vinculado de ningún modo a la relación causal y, por lo tanto, el deudor cambiario no puede oponerle ninguna excepción basada en sus relaciones personales con anteriores portadores del efecto de comercio (artículo 28 Ley 18.092), pues al circular el efecto de comercio adquiere caracteres de autonomía y abstracción que les son propios⁴⁴.

En el caso de un endoso fraudulento, esto es, el realizado a un endosatario de mala fe en perjuicio del deudor, precisamente para privarle de las excepciones, no existe en nuestra legislación cambiaria una regla como la contenida en el artículo 17 de la Ley Uniforme, que limite la inoponibilidad de las excepciones en tales casos, por lo que esta limitación sólo puede establecerse en Chile basado en las reglas generales de la simulación⁴⁵, lo que es poco factible de realizar en un juicio ejecutivo.

En el caso que un efecto de comercio sea firmado en blanco y entregado a un tercero con instrucciones respecto a la incorporación de las menciones faltantes, el artículo 11 de la Ley 18.092, sobre Letra de Cambio y Pagaré, establece que si tal efecto de comercio se llenare en contravención a dichas instrucciones, el respectivo obligado podrá eximirse de su pago probando tal circunstancia. No obstante, esta exoneración de responsabilidad no puede hacerse valer respecto del tenedor de buena fe. Ello sin perjuicio de las acciones penales que fueran procedentes.

Así, en los casos antes señalados el suscriptor obligado al pago del efecto de comercio muchas veces no podrá evitar los graves perjuicios patrimoniales que los referidos abusos

⁴³ Es importante señalar que estas excepciones no pueden fundamentar una orden de no pago de un cheque sin correr el riesgo de enfrentar una eventual persecución penal.

⁴⁴ La autonomía del derecho contenido en el título es de carácter subjetivo e implica que el actual portador del documento ha adquirido el derecho en él incorporado de manera originaria, vinculándose directamente con el o los deudores cambiarios, no pudiendo estos últimos oponer las excepciones basadas en las relaciones personales con los anteriores portadores del documento, prescindiendo este modo de las relaciones subjetivas entre los tenedores intermedios y el deudor. La abstracción del derecho contenido en el título valor es de carácter objetivo e implica su desvinculación de la relación subyacente que le dio origen, de la cual no se hace ninguna referencia en el título. Tal abstracción opera respecto a los terceros portadores de buena fe (por ejemplo, un endosatario), para quienes la relación causal que dio origen al título valor es irrelevante, al no estar vinculado de modo alguno a ella. Por el contrario, tal abstracción no opera en relación con el emisor del documento y el beneficiario directo, quienes celebraron el negocio causal que dio origen al título valor y, por lo tanto, se encuentran vinculados por aquél. De este modo, el sujeto pasivo de la relación fundamental puede enervar la relación cartular acreditando la inexistencia, extinción, ineficacia o carácter viciado de la relación subyacente, mientras el título-valor no haya sido transferido a un tercero de buena fe. Así, solo se invierte el peso de la prueba, ya que éste recae en el sujeto que se exceptiona y no en el que ejerce la acción.

⁴⁵ Puelma Accorsi, Alvaro: "Letra de Cambio y Pagaré, Ley 18.092", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2° edición, 1999, pág. 22.

pueden ocasionarle, sobre todo ante un endosatario de buena fe, y sólo podrá perseguir a posteriori la responsabilidad civil del tomador abusivo.

Tal responsabilidad civil deriva del incumplimiento del acuerdo con motivo del cual el deudor suscribe y entrega, a la orden de su acreedor, una letra de cambio, un pagaré o un cheque con el objeto de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación causal sujeta a una condición o plazo suspensivo, con el compromiso de que el efecto de comercio sea mantenido “en cartera” y sólo sea cobrado cuando se cumpla la condición o el plazo del cual depende la existencia o la exigibilidad de la obligación contractual; o sea restituido al suscriptor en caso de que la condición falle o que la obligación causal sea íntegramente cumplida de modo directo. Este acuerdo es una convención validamente celebrada por las partes y, por lo tanto, constituye una ley para los contratantes. Por consiguiente, el incumplimiento de tal convención genera la respectiva responsabilidad civil contractual, regida por las reglas generales prescritas en los artículos 1556, 1557 y 1558 del Código Civil, siempre –claro está- que concurren los elementos propios de tal responsabilidad, esto es, el incumplimiento de una obligación contractual imputable a la culpa o al dolo del deudor, la mora de éste, la existencia de perjuicios patrimoniales, la relación de causalidad entre tales elementos y la no existencia de alguna causal de exención de responsabilidad, como el caso fortuito o fuerza mayor⁴⁶.

Por otro lado, alguien podría decir que determinadas disposiciones cambiarias afirmarían el derecho del tenedor o beneficiario de un efecto de comercio que actúa abusivamente en contra del suscriptor obligado al pago del mismo, sin que este último tenga la posibilidad de defenderse adecuadamente ante una demanda ejecutiva. No obstante, es precisamente por este motivo que las normas cambiarias resultan insuficientes para proteger al suscriptor de estos abusos.

De este modo, las normas civiles y mercantiles son insuficientes para hacer frente a los graves perjuicios patrimoniales que, en tales casos, la utilización abusiva de estos efectos de comercio puede ocasionar al suscriptor del documento.

CAPÍTULO SEGUNDO:

ANÁLISIS DE LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD PENAL DEL BENEFICIARIO DE UNA LETRA DE CAMBIO, PAGARÉ O CHEQUE SUSCRITO PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, QUE UTILIZA ABUSIVAMENTE DICHO DOCUMENTO EN PERJUICIO DEL SUSCRITOR.

A fin de determinar si el beneficiario de una letra de cambio, pagaré o cheque suscrito por su deudor para garantizar o facilitar el cumplimiento de su obligación, es penalmente responsable por los perjuicios que cause al suscriptor por la utilización abusiva de tales documentos, en las formas señaladas en el capítulo anterior, es necesario verificar si tales casos son subsumibles en alguno de los tipos penales vigentes y en qué medida.

Considerando la clase de relaciones jurídicas en las cuales los mencionados documentos son utilizados para caucionar el cumplimiento de obligaciones, generalmente relaciones civiles y comerciales, las figuras delictivas que en tales casos podrían configurarse son la estafa propiamente tal (artículos 468 y 473 del Código Penal), la estafa por defraudación efectuada haciendo suscribir a otro con engaño algún documento (artículo 470 N° 4 del Código Penal), el abuso de firma en blanco (artículo 470 N° 3 del Código Penal) y la apropiación indebida (artículo 470 N° 1 del Código Penal).

⁴⁶ De acuerdo a la regla general del artículo 1.698 del Código Civil, corresponde probar la obligación a quien la alega. En consecuencia, es el acreedor de la obligación no cumplida quien debe probar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad contractual para que la indemnización de perjuicios sea procedente, salvo los que la ley presume, como la culpa.

De este modo, es necesario verificar si los casos de utilización abusiva de efectos de comercio suscritos para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación, planteados en el capítulo anterior, son subsumibles en los tipos penales de estafa, abuso de firma en blanco y apropiación indebida. Sin embargo, no se realizará un desarrollo extensivo de cada uno de estos delitos, pues ello escapa al tema del presente trabajo.

I- LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, REALIZADA POR EL TOMADOR O BENEFICIARIO EN PERJUICIO DEL SUSCRIPUTOR DEL DOCUMENTO, Y EL DELITO DE ESTAFA.

En este párrafo se analizarán dos situaciones en las que puede configurarse el delito de estafa:

A) Aquellos casos en que una persona engaña a otra para que ésta suscriba a la orden de aquél una letra de cambio, un pagaré o un cheque (como aceptante, suscriptor o girador, respectivamente), completamente extendido o sin alguna de sus menciones esenciales (en blanco), a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente, causando un perjuicio al suscriptor al utilizar el documento en alguna de las formas abusivas señaladas en los párrafos anteriores⁴⁷; y

B) Aquellos caso en que, no obstante haberse obtenido sin engaño la suscripción de un efecto de comercio totalmente extendido para los fines indicados, posteriormente este documento es utilizado como medio engañoso para defraudar al obligado al pago, en alguna de las formas abusivas antes referidas⁴⁸.

⁴⁷ Cobrando la letra de cambio, el pagaré o el cheque totalmente extendido, a su presentación o a su vencimiento, según corresponda, no obstante encontrarse pendiente la condición suspensiva de la cual depende el nacimiento de la obligación subyacente; o en caso que la obligación subyacente no haya llegado a existir por haber fallado la condición suspensiva a la que se encontraba sujeta; o en caso que el acreedor no haya cumplido ni tenga la intención de cumplir o haya hecho imposible el cumplimiento de su obligación recíproca; o en caso que la obligación subyacente haya sido oportuna e íntegramente cumplida de manera directa; o en caso que el negocio causal haya sido rescindido o resciliado; o endosando a un tercero de una letra de cambio pagaré o cheque suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente, con el fin de evitar que el suscriptor obligado al pago del documento pueda oponer al primer tomador las excepciones derivadas del negocio causal, como la excepción de contrato no cumplido o las de inexistencia o falta de exigibilidad de la obligación subyacente; o completando el tomador o beneficiario las menciones faltantes de una letra de cambio, pagaré o cheque suscritos total o parcialmente en blanco, con infracción de las instrucciones que para tal efecto le ha dado el suscriptor, seguido del cobro o el endoso del documento; o incumpliendo el tomador su compromiso de no cobrar una letra de cambio o pagaré a la vista o de respetar la postdata en el caso del cheque a fecha, suscritos para facilitar el cumplimiento de una obligación a plazo.

⁴⁸ Por ser ajeno a los objetivos de este trabajo, no se tratarán los casos de estafa mediante efectos de comercio más habituales, en los que el autor del delito es precisamente el suscriptor del documento. En estos casos, el engaño característico del delito de estafa tiene lugar mediante la simulación de una determinada solvencia, en realidad ficticia, bajo cuya cobertura se consigue que un tercero, motivado por el error sobre tal solvencia, realice una disposición patrimonial que redunde en perjuicio propio o ajeno. Este engaño puede efectuarse, por ejemplo, mediante la entrega de un cheque sin cobertura; mediante la suscripción de un pagaré o la aceptación

Para determinar si la utilización abusiva de letra de cambio, pagaré o cheque suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones, en los casos y formas antes señalados, configura el delito de estafa, es necesario determinar si concurren en la especie los elementos y la estructura propia de este delito.

Concepto, elementos y estructura del delito de estafa:

La estafa es una conducta engañosa que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio⁴⁹ o en el de un tercero⁵⁰.

de una letra da cambio sin la intención de pagarlos a sus respectivos vencimiento; mediante el endoso de una letra de cambio con el acepto falsificado; e incluso mediante el libramiento de un cheque con firma auténtica, sin ser el suscriptor titular de la cuenta corriente (la jurisprudencia se encuentra dividida respecto a la clasificación de este último delito); actuando en todos estos casos con el ánimo premeditado de no pagar el importe del documento, con el sólo fin de obtener una disposición patrimonial por parte del sujeto engañado. No obstante, el mero libramiento de un cheque sin cobertura, la aceptación de una letra de cambio o la suscripción de un pagaré que posteriormente no es pagado, no pueden calificarse por sí solos como estafa. Para que tales actos configuren tal delito es necesario que concurren cronológica y causalmente todos los elementos de este delito. De este modo, debe acreditarse que el giro del cheque, la suscripción del pagaré o la aceptación de la letra de cambio se hizo precisamente con el ánimo fraudulento, esto es, sin la intención de pagar el título valor a su presentación o vencimiento, según corresponda, aparentando o simulando una solvencia que hace creer al tomador que su importe será oportunamente solucionado, a fin de obtener de él una determinada disposición patrimonial que no se pretende en ningún momento abonar. Para probar este ánimo fraudulento es fundamental la actitud del sujeto activo del delito, en cuanto a su conocimiento, desde el primer momento del contrato, de que no podrá cumplir lo que su parte ofrece o que, pudiendo hacerlo, es su inequívoca voluntad no hacerlo. La necesaria relación cronológica – causal que deben tener los elementos de la estafa, excluye la configuración de este delito cuando por un acuerdo lícito se efectúa una determinada prestación patrimonial, sin que exista en ese momento engaño, y sólo después se gira el documento que posteriormente no es pagado. Por lo tanto, habrá estafa cuando la creencia de que el cheque, pagaré o letra de cambio será pagado a su presentación o a su vencimiento, según corresponda, provocada en el tomador por la promesa de pago incorporada a estos documentos, sea el medio engañoso utilizado por el librador, suscriptor o aceptante para que aquél realice en consecuencia el acto de disposición patrimonial. Por el contrario, no habrá estafa si el cheque, pagaré o letra de cambio se dan para el pago de una obligación contraída con anterioridad sin engaño, o para poner término a una relación existente entre el librador, suscriptor o aceptante y el tomador, cuyo origen sea independiente a la entrega del título valor. En cuanto al libramiento de un cheque, con nombre o firma auténtica, aparentando ser el titular de la cuenta corriente y, con ello, tener la disposición de los fondos contra los que se gira el documento, sin ser el titular autorizado para ello; la maniobra engañosa consiste en este caso en hacer creer al beneficiario del documento que el girador de un cheque, realizando auténticamente la orden de pago que éste documento representa, es decir, suscribiéndolo con su propia firma, tiene la disponibilidad de los fondos depositados en la entidad bancaria. El engaño debe estar dirigido a un particular que, a diferencia de un banco, no tiene los medios para comprobar inmediatamente la falta de legitimación del librador aparente, por lo que el engaño es suficiente para hacer incurrir al tomador en error sobre tal supuesto y hacerlo efectuar una disposición patrimonial (Varona Gómez, Daniel: “Estafa y Falsedad en Títulos Valores [Cheque, Pagaré y Letra de Cambio]”, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2002, págs. 22 a 33). No obstante, es necesario señalar que la jurisprudencia nacional se encuentra dividida respecto a si este último caso debe ser calificado como estafa o como falsificación. Finalmente, en cuanto a la estafa efectuada mediante el descuento de una letra de cambio con el acepto falsificado, el librador engaña al banco respecto a la existencia de un crédito en contra del aceptante, que en realidad no existe, simulando de este modo una situación de solvencia, sobre cuya base se produce la disposición patrimonial lesiva por parte del banco descontante, que entrega al descontatario el importe del documento; o, en su caso, si la letra de cambio se endosa a otro particular, la disposición patrimonial lesiva la llevará a cabo el endosatario – tomador de la letra (Varona Gómez, ob. cit, pág. 84 a 86).

⁴⁹ Hay consenso en la doctrina respecto a que el objeto o bien jurídico protegido por el delito de estafa es el patrimonio, pero tal consenso no se produce respecto a cómo este último debe ser estudiado en relación con el mencionado delito. Un sector de la doctrina sostiene que el patrimonio debe ser considerado como una unidad o universalidad. En tal sentido de pronuncia Bajo Fernández, quien afirma que el ataque de un elemento integrante del patrimonio sólo puede constituir estafa cuando de él se derive una disminución del valor patrimonial globalmente considerado (Bajo Fernández: “El Delito de Estafa”, Comentarios a la legislación penal, tomo V, vol. II, págs. 1161-1162, Ed. Revista de Derecho Privado. Del mismo modo en Bajo Fernández / Pérez Manzano / Suárez González: “Manual

De este modo, comete el delito de estafa quién utiliza un engaño suficiente para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio de sí mismo o de un tercero.

Del concepto antes indicado se desprenden claramente los elementos de la estafa: el engaño, el error, el acto de disposición patrimonial, el perjuicio, la relación de causalidad entre los elementos anteriores y, aunque se discute, el ánimo de lucro injusto. También podría decirse que los elementos de la estafa son el engaño, concepto compuesto por la simulación idónea y el error; y el perjuicio patrimonial, concepto que abarca la disposición patrimonial, todos unidos por el respectivo vínculo de causalidad. Pero, además, es necesario que tales elementos concurren en el orden cronológico antes señalado y no en otro, pues de lo contrario se rompería la necesaria relación de causalidad entre ellos.

En definitiva, la estafa está compuesta, en su tipicidad objetiva, por el engaño idóneo para producir el error que induce a la realización de un acto de disposición del cual deriva un perjuicio patrimonial, propio o ajeno, causalmente vinculado a la conducta engañosa⁵¹ y, en su tipicidad subjetiva, por el dolo, elementos que pueden conceptuarse de la siguiente manera:

Tipicidad Objetiva:

1- El engaño

Consiste en la mutación o alteración de la verdad de modo bastante para provocar o mantener el error ajeno e inducir al acto de disposición patrimonial perjudicial. También

de Derecho Penal Parte Especial”, Madrid, 1993, pág. 265-267). En el mismo sentido, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, quienes sostienen que el bien jurídico protegido por el delito de estafa es el patrimonio, considerado como una universalidad jurídica (Matus Acuña / Ramírez Guzmán, ob. cit., pág. 159). En cambio, otra parte de la doctrina sostiene que el patrimonio debe ser considerado en sus distintos elementos integrantes y que, por lo tanto, el bien jurídico protegido por el delito de estafa se encuentra representado por los distintos componentes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles del patrimonio. En apoyo de esta doctrina, Muñoz Conde sostiene que no existen delitos en contra del patrimonio en su totalidad, sino sólo delitos que lesionan elementos patrimoniales individuales (Muñoz Conde, Francisco: “Derecho Penal. Parte Especial”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 231). En el mismo sentido, Nuñez Castaño, Elena: “La Estafa de Crédito”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 54; y Garrido Montt, Mario: “Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1° edición, 2000, pág. 319. Sobre la noción misma del patrimonio se hará referencia a propósito del perjuicio patrimonial.

⁵⁰ Según la definición clásica José Antón Oneca, “la estafa es una conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero” (Antón Oneca, José: “Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la Jurisprudencia”, artículo publicado en la Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona, 1957, pág. 1). Tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia han adherido a este concepto del delito de estafa, con diferencias sólo en lo que a la exigencia del ánimo de lucro se refiere. En este sentido se pronuncian Muñoz Conde, ob. cit., pág. 361; Nuñez Castaño, ob. cit., pág. 69 a 72; Etcheberry, ob. cit., pág. 392 y ss.; Mera Figueroa, Jorge: “Fraude Civil y Fraude Penal. El delito de entrega fraudulenta”, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 2° edición, 1994, pág. 42 y ss.; Garrido Montt, ob. cit., pág. 321 y ss.; Matus / Ramírez, ob. cit., pág. 162 y ss.; Hernández Basualto, Héctor: “Aproximación a la Problemática de la Estafa”, artículo publicado en “Problemas Actuales de Derecho Penal”, Editado por la Universidad Católica de Temuco, 2003, pág. 147 y ss., entre otros. En cuanto a la jurisprudencia nacional, un ejemplo reciente puede encontrarse en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de junio de 1999: “Tanto la mejor doctrina como la jurisprudencia reconocen unánimemente que para la configuración de la estafa descrita por el artículo 468 son elementos indispensables la existencia de un engaño que causa en la víctima un error, a consecuencia del cual esta última efectúa una disposición patrimonial la que, a su vez, le provoca un perjuicio económico” (Gaceta Jurídica N° 228, pág. 107).

⁵¹ Nuñez Castaño, ob. cit., pág. 71.

puede ser definido como la acción de dar a la mentira apariencia de verdad o de presentar una cosa falsa como verdadera o de inducir a otro a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas⁵². De este modo, el concepto de engaño comprende tanto el hacer aparecer como real un hecho que no lo es (simulación), como el ocultar o alterar un hecho real (disimulación)⁵³.

⁵⁴ **2- El error**

Es el conocimiento viciado de una realidad. También es definido como el falso concepto de la realidad, sobre hechos presentes o pasados, no sobre el futuro⁵⁵.

3- El acto de disposición patrimonial

Es el acto de voluntad por el cual el sujeto pasivo de la acción provoca, activa o pasivamente, una disminución en su patrimonio o en el de un tercero (sujeto pasivo del delito), inducido por el error consecuencia del engaño⁵⁶.

⁵² Diccionario de la Real Academia Española, 21ª edición, Madrid, 1992, pág. 835.

⁵³ Quien defrauda valiéndose de un **engaño** (estafa), se hace entregar la cosa voluntariamente por el sujeto engañado. No obstante, tal voluntad se encuentra viciada por el error causado por el engaño realizado por el agente.

⁵⁴ **Parte de la doctrina niega que el error sea un elemento autónomo del delito de estafa, pues consideran que el engaño también abarca el efecto que éste produce en el sujeto pasivo del mismo, esto es, el error o falsa representación de la realidad (Matus Acuña / Ramírez Guzmán, ob. cit., pág. 161). Según esta doctrina, la estafa sólo tiene un único resultado típico: la disposición patrimonial lesiva; y una única acción típica: el engaño bastante para producir el error, siendo esta última causa directa de la primera (Nuñez Castaño, ob. cit., pág. 92).**

⁵⁵ Para que haya **error** es necesario que exista una persona natural engañada. (Etcheberry, ob. cit., pág. 396 y ss.; Garrido Montt, ob. cit., pág. 326 y ss.; Matus / Ramírez, ob. cit., pág. 162; Quintano Ripollés, Antonio: "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pág. 593 y ss.). Además, la persona natural debe tener una capacidad mínima que le permita entender y comprender su entorno y, basándose en este conocimiento, adoptar decisiones, pues es la única que puede formarse un falso concepto de la realidad y determinar, en definitiva, la disposición patrimonial y el perjuicio, que bien puede recaer en el engañado (sujeto pasivo de la acción) o en otra persona, natural o jurídica, que va ser finalmente el sujeto pasivo del delito. De este modo, no es necesario que la persona engañada sea quien sufra el perjuicio, pero sí que el engañado efectúe la disposición patrimonial. El error tiene que ser directamente imputable al engaño (además que la caracterización típica de este último depende de la capacidad para producir el error) y, por otro lado, tiene que ser el motivo por el cual el engañado realiza el acto de disposición patrimonial perjudicial. Si el error, lejos de ser consecuencia del engaño, obedece al comportamiento negligente de la víctima, no cabría imputar la disposición patrimonial perjudicial a la conducta mendaz del agente (Valle Muñiz, José Manuel: "El Delito de Estafa", Boch S.A., Casa Editorial, Barcelona, 1987, pág. 186 y 189).

⁵⁶ El **acto de disposición patrimonial** no es necesariamente una disposición en el sentido civil del término, esto es, un "negocio jurídico" de declaración de voluntad, sino que es un hecho material que puede ser realizado tanto por quien tiene capacidad de disponer, en sentido civil, como por quien, no obstante carecer de ella, se encuentra en posición real de afectar dicho patrimonio, como por ejemplo, un sirviente, el cajero de un banco, etc. (Matus / Ramírez, ob. cit., pág. 170; Valle Muñiz, ob. cit., pág. 214, 218 a 223). El acto de disposición debe recaer sobre un bien valorable económicamente y generalmente consiste en la entrega de dinero o de cosas (por ejemplo, pagar por error el importe de un efecto de comercio precedentemente pagado, pero que no fue cancelado por el tomador), pero también puede consistir en adquirir una obligación (por ejemplo, mediante la suscripción de un efecto de comercio), en constituir un gravamen, en prestar un servicio o realizar la prestación a la que se está contractualmente obligado, en renunciar a un crédito (por ejemplo, otorgar un recibo o destruir un título creyendo que está pagado) o en una simple omisión (por ejemplo, no reclamar un derecho dentro del plazo legal). De este modo, el patrimonio disminuye no solo por un acto de disposición sobre bienes físicos, sino también por el egreso de derechos u otros bienes patrimoniales, por el no ingreso de bienes y derechos que han

4- El perjuicio patrimonial

El perjuicio consiste en una disminución o detrimento efectivo del patrimonio del sujeto pasivo del delito, esto es, una disminución del valor económico del conjunto derechos y obligaciones que son poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico.⁵⁷

5- El vínculo o relación de causalidad

Otro elemento del delito de estafa es el vínculo o relación de causalidad y funcionalidad que debe existir entre el engaño, el error, el acto de disposición y el perjuicio patrimonial. El acto de disposición debe haber sido realizado por el error causado por el engaño y no por otras causas; y el perjuicio patrimonial debe ser consecuencia de tal acto de disposición. El vínculo de causalidad debe ser tal que pueda atribuirse objetivamente el acto de disposición lesivo al engaño del agente⁵⁸.

Tipicidad Subjetiva:

A) El Dolo: El delito de estafa se configura exclusivamente con dolo⁵⁹ directo, el cual debe extenderse a todos los elementos del tipo ya analizados: engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio y relación causal entre todos ellos. De este modo, el dolo en el delito de estafa exige la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo, esto es, de efectuar un engaño idóneo para hacer incurrir en error a otro e inducirlo a efectuar una disposición patrimonial que le provocará un perjuicio económico a él o a un tercero.

debido entrar a aquél, y por la adquisición de obligaciones o compromisos aunque aún no se haya efectuado la prestación respectiva. Cuando el pago es ordenado por un juez, el acto de disposición patrimonial estará constituido por la sentencia ejecutoriada que grava en forma definitiva el patrimonio del sujeto pasivo (Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., pág. 316).

⁵⁷ El **perjuicio patrimonial** importa la pérdida de valores económicos, pecuniarios, y no de valores inmateriales, ideales morales o de afectación. No obstante, la determinación de un concepto de perjuicio patrimonial supone la determinación previa del concepto de patrimonio, esto es, definir qué se entiende que forma parte de él y cuándo se está frente a un perjuicio. Actualmente, la mayor parte de la doctrina adhiere a un concepto económico - jurídico de patrimonio, también llamado "mixto", según el cual el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen valor económico (que son valorables en dinero) y que son poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico. Según esta concepción, pertenece al patrimonio todo bien de carácter económico, mientras revista una apariencia jurídica (Bajo Fernández / Suárez González: "Manual de Derecho Penal Parte Especial", pág. 268).

⁵⁸ Existen diversas teorías que explican el nexo causal entre la acción (conducta engañosa) y el resultado típico (acto de disposición lesivo), a fin de imputar a este último al autor de aquella. Estas teorías son las siguientes: 1) Teoría de la adecuación: según la cual la condición ha de ser adecuada al resultado y solo lo son aquellas condiciones típicamente apropiadas para producir el resultado, es decir, aquellas que generalmente la hubieran producido según las reglas de la experiencia. 2) Teoría de la equivalencia de las conductas: intenta explicar el nexo entre acción y resultado acudiendo a la causalidad natural, según criterios científicos naturales. 3) Teoría de la imputación objetiva: según la cual el nexo entre la acción y el resultado, es decir, entre el engaño y el acto de disposición lesivo, se explica mediante una relación de riesgo, de tal manera que sólo cuando la acción provoca un incremento del riesgo del resultado lesivo más allá de lo socialmente permitido, excediendo las prácticas habituales comúnmente consentidas, podrá imputársele aquel resultado y, por lo tanto, ser calificado como estafa (Nuñez Castaño, ob. cit., pág. 89 a 91).

⁵⁹ El dolo es la conciencia y voluntad de cometer un acto delictivo. De este modo, el dolo se compone de un elemento intelectual y otro volitivo. El elemento intelectual comprende el conocimiento de la acción que se realiza y el de los elementos que la caracterizan como típica, para lo cual necesariamente deben conocerse los elementos objetivos del tipo. En cuanto al elemento volitivo, es la voluntad de realizar la conducta que se sabe típica, es decir, que dirige su albedrío a la ejecución de la acción típica.

B) **Ánimo de lucro o de enriquecimiento injusto:** Es el propósito del sujeto activo de obtener un provecho económico ilegítimo. El Código Penal chileno no exige expresamente tal propósito de enriquecimiento injusto, por lo que su concurrencia como elemento del delito de estafa es cuestionada en la doctrina nacional, la que mayoritariamente se inclina por la negativa, no siendo necesario que el dolo del agente incluya tal propósito de enriquecimiento para configurar el mencionado delito⁶⁰. En cambio, en el Código Penal español, el ánimo de lucro es un elemento del tipo del injusto exigido en forma expresa por el artículo 248 del Código Penal español de 1995.

Estos elementos y la estructura causal antes señalada, corresponden al tipo básico de estafa, sea que éste se vea en la descripción del artículo 468 o en la del artículo 473 del Código Penal, misma que se aplica al artículo 470 N° 4 del mencionado código, que junto a las anteriores son los tipos penales en aparente concurso en los casos en análisis⁶¹, el cual será resuelto más adelante.

Análisis de los casos que podrían configurar el delito de estafa:

Desde esta perspectiva, sólo en los siguientes casos podría configurarse el delito de estafa, siempre que concurren en la especie todos y cada uno de los elementos y la estructura causal ya vistos:

Casos signados con la letra "A":

Son aquellos casos en los que una persona engaña a otra para que ésta suscriba a la orden de aquél una letra de cambio, un pagaré o un cheque (como aceptante, suscriptor o girador, respectivamente), completamente extendido o sin alguna de sus menciones esenciales (en blanco), con el supuesto fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a una condición o plazo suspensivo, causando un perjuicio al suscriptor al utilizar el documento en alguna de las formas abusivas señaladas en los párrafos anteriores⁶².

⁶⁰ En tal sentido Etcheberry, ob. cit., pág. 402; Labatut Glenda, Gustavo: "Derecho Penal", Tomo II, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9° edición actualizada, 2000, pág. 226; Garrido Montt, ob. cit., pág. 333; Matus / Ramírez, ob. cit., pág. 162. En contra, Hernández, ob. cit., pág. 188 – 190.

⁶¹ El artículo 468 del Código Penal sanciona con las penas del artículo 467 del mismo cuerpo legal, al que "defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante", descripción esta última que a la postre constituye la regla general en la estafa, por cuanto la enumeración previa que esta disposición realiza es meramente ejemplar. Por su parte, el artículo 473 del Código Penal sanciona con la pena de presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa, a quien defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos que lo preceden en el párrafo 8 del título IX del Libro II del Código Penal. Finalmente, el artículo 470 N° 4 del Código Penal sanciona con las penas del artículo 467 del mismo cuerpo legal, a los que defraudaren haciendo suscribir a otro con engaño algún documento.

⁶² Cobrando la letra de cambio, el pagaré o el cheque totalmente extendido, a su presentación o a su vencimiento, según corresponda, no obstante encontrarse pendiente la condición suspensiva de la cual depende el nacimiento de la obligación subyacente; o no obstante que a obligación subyacente no ha llegado a existir por haber fallado la condición suspensiva a la que se encontraba sujeta; o pese a que el acreedor no ha cumplido ni tenga la intención de cumplir o ha hecho imposible el cumplimiento de su obligación recíproca; o a pesar de que la obligación subyacente ha sido oportuna e íntegramente cumplida de manera directa; o pese a que el negocio causal haya sido rescindido o resciliado; o endosando a un tercero una letra de cambio, pagaré o cheque suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente, con el fin de evitar que el suscriptor obligado al pago del documento pueda oponer al primer tomador las excepciones derivadas del negocio causal, como la excepción de contrato no cumplido o las de inexistencia o falta de exigibilidad de la obligación subyacente; o completando el tomador o beneficiario las menciones faltantes de una letra de cambio, pagaré o cheque suscritos total o parcialmente en blanco, con infracción de las instrucciones que

Un buen ejemplo de estos casos es aquel en que una persona que simula ser distribuidor autorizado de productos de una conocida marca, mediante la presentación de credenciales falsas, la exhibición de muestras o la realización otras apariencias externas, logra que una sociedad le compre una determinada cantidad de bienes inexistentes o de los cuales no dispone, cuyo precio se acuerda pagar a plazo, obteniendo, además, que el representante legal de la empresa acepte una letra de cambio, suscriba un pagaré o gire un cheque a su orden por el monto de la venta o en blanco -en este último caso, con instrucciones precisas respecto a la extensión de las menciones faltantes-, para garantizar o facilitar el pago del precio de las mercaderías, sabiendo de antemano el sujeto activo que éstas nunca serán entregadas; y, acto seguido, el agente completa las menciones faltantes del documento con grave infracción a las instrucciones que para tal efecto le habían dado (en caso que éste haya sido suscrito en blanco) y presenta la letra de cambio o el pagaré al descuento mediante su endoso en propiedad a un banco, obteniendo anticipadamente su importe, o, en el caso del cheque, lo cobra inmediatamente ante el banco librado.

Un segundo ejemplo es caso del acreedor que oculta a su deudor el hecho de haber fallado la condición suspensiva de la cual dependía el nacimiento de su obligación, simulando de alguna forma que aún se encuentra pendiente, a fin de solicitarle que dicha obligación sea instrumentalizada mediante la suscripción de una letra de cambio, pagaré o cheque totalmente extendido a la orden del agente o en blanco⁶³.

Un tercer ejemplo es el caso en que una persona, con el fin de vender de inmediato un determinado producto, ofrece a un eventual comprador la posibilidad de pagarlo a plazo, ocultando su verdadera intención de obtener de inmediato el pago del precio, engañándolo de esta forma para que acepte una letra de cambio o suscriba un pagaré a la vista o gire un cheque a fecha (lo que no obsta a que el documento sea a la vista), para facilitar el pago de esta obligación a plazo, con el compromiso de no cobrar dicho efecto de comercio sino hasta el cumplimiento del plazo del cual depende la exigibilidad de la obligación subyacente, pero el beneficiario cobra anticipadamente el documento.

Para determinar si los casos de utilización abusiva de efectos de comercio que antes señalados configuran el delito de estafa, es necesario determinar si ha habido de parte del tomador del documento un engaño idóneo, esto es, con una aptitud real para inducir a error a otra persona para inducirla a efectuar una disposición patrimonial en perjuicio propio o de un tercero. Solo si tal engaño concurre es posible continuar con el análisis de los demás elementos de la estafa para así determinar si este delito se configura. Por el contrario, si no concurre tal engaño, necesariamente debe concluirse que el mencionado delito no se configura, siendo totalmente estéril continuar con el análisis de los demás elementos de la estafa.

Conforme a lo anterior, a continuación se analizará la concurrencia de cada uno de los elementos del delito de estafa en los ejemplos planteados.

A.1) Tipicidad Objetiva:

para tal efecto le ha dado el suscriptor, seguido del cobro o el endoso del documento; o incumpliendo el tomador su compromiso de no cobrar una letra de cambio o pagaré a la vista o de respetar la postdata en el caso del cheque a fecha, suscritos para facilitar el cumplimiento de una obligación a plazo.

⁶³ Muñoz Conde señala como ejemplo de engaño por omisión el no comunicar el accidente ya ocurrido al contratar una póliza de seguros automotriz, siempre que se manifieste de alguna forma que el vehículo se encuentra en perfectas condiciones o que no tiene desperfecto alguno que impida su aseguramiento (Muñoz Conde, ob. cit., pág. 363).

A.1.1) El engaño:

En los casos planteados el engaño puede consistir en cualquier mutación o alteración de la verdad dirigida a obtener la confianza del sujeto pasivo de la acción, a fin de conseguir que éste efectúe una disposición patrimonial mediante la suscripción de un efecto de comercio en la forma y con los fines antes indicados, siendo idóneo el engaño si cumple con las cualidades objetivas y subjetivas para conseguir dicho objetivo⁶⁴.

En el primer ejemplo, el engaño consiste en la simulación que efectúa el sujeto activo del delito, quien se hace pasar por distribuidor autorizado de productos de una conocida marca, mediante la presentación de credenciales falsas y la exhibición de muestras, es decir, mediante la realización apariencias externas.

En cambio, en el segundo ejemplo el engaño consiste en ocultar al deudor, mediante actos positivos, el hecho de haber fallado la condición suspensiva de la cual dependía el nacimiento de su obligación. Esta ocultación puede realizarse mediante apariencias externas, simulando de algún modo que la condición se encuentra pendiente, o mediante una simple mentira, afirmando que la condición aun se encuentra en tal situación, o por la simple omisión⁶⁵ de haber fallado la condición, pero en este último caso es necesario que la omisión vaya acompañada de actos concluyentes positivos⁶⁶, como puede ser el hecho de solicitar que se garantice el cumplimiento de una obligación que no existe ni llegará a existir al haber fallado la condición suspensiva a la que se encontraba sujeta.

En el tercer ejemplo, el engaño consiste en ocultar al comprador la verdadera intención del vendedor de no respetar el plazo pactado para el pago del precio y de cobrar anticipadamente la letra de cambio o pagaré a la vista o el cheque a fecha girado para facilitar el pago de esta obligación subyacente a plazo.

En los tres ejemplos planteados el engaño es idóneo para configurar el delito de estafa, pues en tales casos el engaño tiene la aptitud real de inducir a error a otra persona y hacerla efectuar un acto de disposición patrimonial perjudicial, siendo irrelevante los medios engañosos que se empleen desde el punto de vista de la estructura conceptual de la estafa. Por lo tanto, puede configurarse el delito de estafa en estos casos cuando el engaño, ya sea un ardid, una simple mentira o una omisión acompañada de actos concluyentes positivos, es eficaz para producir un error en otra persona, en virtud del cual ésta realiza una

⁶⁴ El engaño debe ser idóneo para producir el error, inducir la disposición patrimonial y causar el perjuicio. Para determinar tal idoneidad hay que atender tanto a las cualidades objetivas del engaño, esto es, que en tenga una entidad suficiente para influir en la voluntad del sujeto pasivo con relación a las circunstancias específicas del caso concreto, de tal manera de motivarlo a realizar la disposición patrimonial; como a las condiciones personales subjetivas del sujeto pasivo en el caso específico, es decir, a su inteligencia, su edad, su relación con el agente, etc., siempre que fueran conocidas y buscadas por el sujeto activo (Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., pág. 277; Quintano Ripollés, Tratado, pág. 594; Muñoz Conde, ob. cit., pág. 363; Valle Muñiz, ob. cit., pág. 153 – 155).

⁶⁵ El verbo rector de la estafa está constituido por la acción de engañar, por lo que se discute si el engaño propio de este delito pueda estar constituido por una omisión. La mayoría de la doctrina se inclina por rechazar la posibilidad del engaño por omisión, salvo que ésta vaya acompañada de actos concluyentes positivos o que se esté ante un deber de garante. Este último es de carácter excepcional debido a que la creación de deberes de garante debe ser muy restringida en el ámbito penal, pues la protección del bien jurídico patrimonio no permite fundamentar, desde la perspectiva del principio de la intervención mínima, posiciones de garante con la misma amplitud que la protección de la vida. De este modo, en los casos en estudio solo se hará referencia al engaño por omisión acompañado de actos positivos concluyentes, dejando de lado la comisión por omisión.

⁶⁶ Acto concluyente positivo es la acción que acompaña a una omisión, que al llevar consigo de modo implícito la afirmación falsa de un hecho, determina un error en otra persona (Antón Oneca, ob. cit., pág. 8).

disposición patrimonial en perjuicio de sí misma o de un tercero. De este modo, la idoneidad o suficiencia del engaño debe ser considerada no desde un sentido cuantitativo, sino de un sentido causal, esto es, en el sentido de que la acción engañosa debe ser bastante para inducir a error a otro, en estos casos concretos⁶⁷.

A.1.1.1) Tipos penales aplicables:

Una vez establecida la idoneidad del engaño y antes de continuar con los demás elementos de la estafa, es necesario determinar cuál de las figuras penales que tipifican la estafa es aplicable en la especie (artículos 468, 470 N° 4 y 473 del Código Penal) y, asimismo, determinar con qué pena deben sancionarse estos casos, para lo cual es útil analizar el medio engañoso empleado, pues algunos de estos tipos penales exigen que el engaño revista los caracteres de un ardid y otros no realizan exigencia alguna al respecto.

El artículo 468 del Código Penal exige que el engaño se realice mediante recursos o artificios como usar nombre (o identidad) fingido (imaginario o ajeno), atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos (hacer creer a la víctima que se dispone de una capacidad, prestigio, autoridad o solvencia económica que permitan realizar lo prometido), aparentando bienes (simular mediante falsas representaciones una situación económica que no se tiene), créditos (simular mediante falsas representaciones que se goza de ellos en o en contra de alguna institución o persona), comisiones (fingir que le ha sido encargado por alguien la realización de un negocio o gestión), empresa o negocios imaginarios (toda operación o proyecto que sólo existe en la mente del estafador, o que, teniendo un fondo de verdad, se presenta bajo un aspecto totalmente falso), o valiéndose de cualquier otro engaño semejante (situación esta última que constituye la regla general en este tipo penal), siempre que tengan la virtud de determinar al engañado a efectuar un acto de disposición por la confianza o seguridad que el agente ha despertado en su ánimo. Además, es necesario que exista una relación de causalidad entre los medios engañosos empleados, el error del engañado, la disposición patrimonial realizada y el consecuente perjuicio⁶⁸.

Las anteriores formas de engaño son lo que la doctrina denomina como ardid, artificio o “puesta en escena”, que puede definirse como una hábil, mañosa y astuta transfiguración de la verdad con el propósito de engañar, lo cual se realiza simulando lo que no es (riqueza, crédito, falso nombre, enfermedad) o disimulando lo que es (como por ejemplo, la propia insolvencia), mediante hechos externos, intervención de personas o de cosas que le den cierta apariencia de verdad a la afirmación mendaz. El artificio máximo es la denominada “mise en scène”, cuya concurrencia no es indispensable en nuestra legislación para la

⁶⁷ Por lo tanto, es necesario concluir que en ciertos casos puede aceptarse que una simple mentira o afirmación mendaz sea un engaño suficiente para producir el error, pues ello no depende sólo de su valor intrínseco o de si es acompañada o no por apariencias externas que pone o aprovecha el autor, sino también de las circunstancias que existen en la relación entre el que emite el mensaje y quien la recibe, de la naturaleza misma del mensaje que se transmite y también de las circunstancias personales de quien recibe el mensaje (Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., pág. 274 a 282; Matus / Ramírez, ob. cit., pág. 167. En similar sentido, Quintano Ripollés, Tratado, tomo II, pág. 596). En apoyo de esta doctrina puede citarse la sentencia dictada en el proceso caratulado “contra Alberto Merlet Gillett” (RDJ LXV, sección 4, pág. 105), comentada por Etcheberry en su obra “El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Parte General y Parte Especial. Sentencias 1967 – 1982”, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1957, pág. 395 y 395.

⁶⁸ Existe consenso en la doctrina nacional respecto a que el tipo penal del artículo 468 del Código Penal exige una puesta en escena, un ardid como tipo de engaño. En tal sentido opinan Labatut, ob. cit., pág. 229; Etcheberry, ob. cit., pág. 408; Garrido Montt, ob. cit., pág. 337 y ss. Según Matus y Ramírez, el tipo penal contenido en el artículo 468 del Código Penal es el único caso de fraude con engaño del citado código que exige una puesta en escena, la creación de una apariencia externa que dé sustento a las afirmaciones verbales mendaces del sujeto activo (Matus / Ramírez, ob. cit. pág. 176).

comisión del delito de estafa⁶⁹. No obstante, la maquinación o ardid no requiere de una escenificación compleja para ser tal, pues el ardid puede ser mínimo, pero siempre requiere un hecho externo, una apariencia falsa.

No obstante, en casos como el planteado en el primer ejemplo, el artículo 468 del Código Penal se encuentra en concurso aparente con el artículo 470 N° 4 del mencionado código, el cual sanciona con las penas del artículo 467 del mismo cuerpo legal, a los que defraudaren haciendo suscribir a otro con engaño algún documento.

Parte de la doctrina nacional sostiene que la acción tipificada como delito en el artículo 470 N° 4 del Código Penal, consiste en engañar a otra persona, causando en él un falso concepto respecto a sus verdaderas y dolosas intenciones, para que voluntariamente, aunque por error, realice una disposición patrimonial mediante la suscripción o firma de un documento, generalmente un contrato o un título valor, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo del delito, que puede ser el suscriptor engañado o un tercero⁷⁰. Según esta doctrina, el tipo penal contenido en el artículo 470 N° 4 del Código Penal se encuentra totalmente comprendido en el tipo penal contenido en el artículo 468 del mismo cuerpo legal⁷¹. Además, ambos tipos penales se remiten a las penas del artículo 467 del Código Penal, por lo que pareciera que aplicar uno u otro artículo no tuviera importancia práctica.

Sin embargo, a diferencia del artículo 468 del Código Penal, el artículo 470 N° 4 del mismo cuerpo legal no especifica la modalidad del engaño requerido para configurar este delito, por lo que es necesario concluir que cualquier engaño, en principio, es apto para ello, pudiendo adoptar las más diversas formas sin requerir una gravedad especial, toda vez que el citado artículo no se restringe a una forma determinada o calificada de engaño. De esto podría deducirse que la defraudación efectuada haciendo suscribir a otro con engaño un documento va a ser sancionada por uno u otro artículo, según cual sea la modalidad del engaño utilizado, esto es, por el artículo 468 si concurre un ardid, o por el artículo 470 N° 4 si concurre cualquier otro engaño, siendo en ambos casos la penalidad la misma, lo que tal vez podría explicarse por el carácter calificado de la disposición patrimonial sancionada por el segundo de los mencionados artículos, pues al suscribir un documento se puede adquirir una obligación o extinguir un crédito. No obstante, esta solución no explica en forma satisfactoria la aplicación de una pena mayor a la contemplada en artículo 473 del Código Penal, en aquellos casos en que la suscripción del documento se obtenga mediante cualquier otro engaño.

Una solución más satisfactoria al aparente concurso de estos tipos penales, propone que el artículo 470 N° 4 del Código Penal se refiere sólo a aquellos engaños dirigidos a obtener la suscripción de un documento cuyo contenido es sustancialmente distinto del que el firmante cree suscribir (por ejemplo, cuando se engaña a una persona para que suscriba una escritura de venta simulando que se trata de un arrendamiento) o cuando el documento se suscribe inconscientemente entre otros tantos documentos que se presentan a la firma (por ejemplo, cuando una secretaria desliza un pagaré a su favor entre un cúmulo de papeles que su jefe debe firmar rutinariamente); pero no comprende a los engaños dirigidos a obtener la suscripción de un documento auténtico y veraz (en el sentido de que su contenido coincide con la voluntad -aunque viciada- del suscriptor), pero que, de no mediar engaño, no se habría suscrito, pues éstos últimos no son sino las ficciones y apariencias

⁶⁹ Labatut Glens, ob. cit., pág. 226.

⁷⁰ Labatut, ob. cit., pág. 229.

⁷¹ Etcheberry, ob. cit., pág. 415; Garrido Montt, ob. cit., pág. 354.

necesarias para inducir al sujeto pasivo a la celebración del contrato, las que se encuentran incluidas en el artículo 468 del Código Penal⁷².

Según lo anterior, la estafa cometida por el agente que mediante engaño obtiene que una persona suscriba una letra de cambio, un pagaré o un cheque a la orden de aquél, con el fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación que en realidad no tendrá la correspondiente contraprestación, engaño sin el cual no se habría suscrito el documento, no se encuentra sancionado por el tipo penal del artículo 470 N° 4 del Código Penal, sino por el artículo 468 del mismo código, el cual requiere de la concurrencia de apariencias externas, de un ardid, como ocurre en el primer ejemplo anteriormente planteado. Por el contrario, si en la especie no concurre un ardid, sino cualquier otro engaño, como ocurre en el segundo ejemplo planteado, la conducta será sancionada por el artículo 473 del Código Penal, que contiene una pena menor, pues este artículo claramente exige la concurrencia “cualquier otro engaño”, sin calificativo ni exigencia alguna, por lo que la simple afirmación mendaz de un hecho bastaría para configurar el engaño propio de este delito.

A.1.2) El error:

Para que estos casos de suscripción de efectos de comercio mediante engaño constituyan el delito de estafa, el error de la víctima del engaño debe recaer sobre los hechos que la llevaron a confiar en la seriedad, honestidad y buena fe del sujeto activo, así como sobre las verdaderas intenciones o propósitos del agente que mediante engaño solicita la suscripción de un efecto de comercio para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación sujeta a una condición o plazo suspensivo, esto es, sobre su verdadera intención de cobrar el documento pese a encontrarse pendiente la condición o el plazo suspensivo del cual depende el nacimiento o la exigibilidad de la obligación causal, o de cobrarlo aun cuando esta última no llegue a existir por haber fallado la mencionada condición o pese a haber sido íntegramente cumplida de forma directa, si ésta ha llegado a existir; o sobre su verdadera intención de no cumplir su obligación recíproca; o sobre su propósito de disponer del documento, endosándolo a un tercero inmediatamente después de suscrito. En el caso de la letra de cambio, pagaré o cheque firmado en blanco, el error debe recaer sobre la verdadera intención del agente de completar las menciones faltantes con infracción de las instrucciones que para tal efecto le ha dado el suscriptor; y, en el caso de la letra de cambio o pagaré a la vista o del cheque girado a fecha para facilitar el cumplimiento de una obligación a plazo, el error puede recaer sobre su verdadera intención de cobrarlo antes del vencimiento de dicho plazo.

A.1.3) El acto de disposición patrimonial:

Para que los casos de suscripción de un efecto de comercio mediante engaño constituyan el delito de estafa, el acto de disposición patrimonial debe consistir precisamente en la suscripción por el engañado de un efecto de comercio, totalmente extendido o en blanco, adquiriendo de esta forma una obligación cambiaria pura y simple, con el fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación sujeta a modalidad.

A.1.4) El Perjuicio:

⁷² Antón Oneca, ob. cit., pág. 23; Quintano Ripollés, Antonio: “Compendio de Derecho Penal. Parte Especial”, volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 353, y también en Tratado, pág. 708 a 711; Valle Muñiz, ob. cit., pág. 217. En Chile, Yubero Cánepa, Julio: “El engaño en el delito de estafa”, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1993, pág. 134; y Hernández, ob. cit., pág. 170 y 171.

En los casos de suscripción de un efecto de comercio mediante engaño, totalmente extendido o en blanco, y conforme a una concepción mixta de patrimonio⁷³, el perjuicio se produce en forma real y efectiva⁷⁴ y, por lo tanto, el delito se consuma, con la sola suscripción del efecto de comercio (y su posterior llenado en el caso del firmado en blanco), pues al aceptar una letra de cambio, suscribir un pagaré o girar un cheque, se adquiere una nueva obligación, de carácter cambiaria, que grava el patrimonio del suscriptor aunque todavía no pague el importe del título valor, pues la recíproca compensación económica de dicha obligación es solo aparente (el agente desde un principio tiene la intención de no cumplir la obligación recíproca o se encuentra en la imposibilidad de hacerlo), al ser una

⁷³ La determinación de un concepto de patrimonio no sólo tiene importancia respecto a la determinación del perjuicio, sino también respecto a la consumación del delito. Así, según la concepción jurídica de patrimonio, el perjuicio se produce y, por lo tanto, el delito de estafa se consuma, no cuando el patrimonio se vea gravado por una obligación contraída en virtud de un engaño, sino recién cuando en definitiva el afectado deba desembolsar materialmente el dinero. Además, en general esta concepción no considera al patrimonio como una universalidad, lo que impide la consideración de posibles compensaciones económicas. En cambio, según la concepción económica de patrimonio (también para la mixta, que parte de una concepción económica del mismo), que en general considera al patrimonio como una universalidad, el perjuicio se produce y, por tanto, el delito de estafa se consuma, cuando existe una disminución económica del patrimonio considerado en su totalidad, por lo que el delito se consuma desde que el patrimonio se ve gravado por una obligación contraída en virtud de un engaño (Hernández, ob. cit., pág. 172 y ss). Sin embargo, debemos señalar que existe jurisprudencia que adhiere a la concepción jurídica de patrimonio, con los efectos antes señalados respecto al momento de la consumación (por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de fecha 20 de mayo de 1968, contra Alberto Merlet Gillett, R.D.J., tomo LXV, 2ª parte, sección 4º, pág. 105).

⁷⁴ El perjuicio debe ser real y efectivo, pero algunos autores sostienen que en algunos casos basta con un perjuicio potencial o eventual, por el daño que produce. Así, por ejemplo, quien por un error causado por un engaño suscribe un pagaré, no recibe aún un perjuicio efectivo mientras no pague dicho documento, pero no cabe duda que ya ha recibido un gravamen patrimonial, pues ha aumentado el pasivo de su patrimonio. Del mismo modo, quien ha aceptado diversas letras de cambio puede incluso recibir un perjuicio real y efectivo antes del vencimiento, ya que a un patrimonio excesivamente gravado le es difícil obtener créditos. Asimismo, no es posible sostener que no ha recibido perjuicio quien por error -motivado por un engaño-, acepta una letra de cambio por una elevadísima suma de dinero, que no puede pagar a su vencimiento, por lo que es protestada y le es cobrada judicialmente o aún peor, es utilizada para pedir su quiebra, y sin embargo, en tal ejemplo el aceptante aún no ha pagado la letra (Etcheberry, ob. cit., tomo III, pág. 400). El perjuicio debe producirse directamente por el acto de disposición patrimonial efectuado por el engañado, esto es, por la disposición del bien material, la adquisición de una obligación, la constitución de un gravamen, la renuncia a un derecho, etc., aún cuando las consecuencias lesivas de tales actos se produzcan en el patrimonio de un tercero, que será el sujeto pasivo del delito (Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., pág. 286; Etcheberry, ob. cit., tomo III, pág. 398; Garrido, ob. cit., pág. 328 y ss.; Matus / Ramírez, ob. cit., pág. 163). Además, la producción del perjuicio debe coincidir con el momento de la disposición patrimonial (Hernández, ob. cit., pág. 180). En los ejemplos antes expuestos, más que hablar de una disposición patrimonial que conduce a un potencial o eventual perjuicio, debe hablarse más bien de una disposición patrimonial perjudicial, pues la producción de las consecuencias lesivas coincide con el momento de la disposición patrimonial, puesto que al aceptar la letra de cambio, suscribir el pagaré o girar el cheque, la víctima sufre un perjuicio real y efectivo al disminuir el valor de su patrimonio debido al aumento de su pasivo, consumándose de este modo la estafa, sin perjuicio que posteriormente se atienda al perjuicio total a la hora de determinar la cuantía de la pena (Matus / Ramírez, ob. cit., pág. 175). En otras palabras, el perjuicio patrimonial se produce con la suscripción y entrega del efecto de comercio, aunque éste aún no se haya pagado, y no en el momento más o menos azaroso de su cobro y pago efectivo. Asimismo, el hecho posterior de que el efecto de comercio nunca sea cobrado, de modo que su importe nunca saldrá del patrimonio del suscriptor, no obsta a la existencia del perjuicio, el que ya se produjo al momento de suscribirse y entregarse el documento, sino que sólo lo subsana (Hernández, ob. cit., pág. 173 y 180). En contra, Valle Muñiz, quien considera que sólo se está ante un perjuicio efectivo cuando concurre la ejecución material de las prestaciones, no bastando la mera asunción de una obligación mediante engaño. De este modo, el perjuicio no se produce con la sola suscripción de un título valor, sino cuando éste es efectivamente pagado (Valle Muñiz, ob. cit., pág. 235 y 244).

mera creación de la fantasía que nunca tuvo el amparo del derecho civil por carecer de los requisitos necesarios para su existencia, siendo sólo un mero artificio para defraudar⁷⁵.

En cuanto al monto del perjuicio, está determinado por el importe por el cual una letra de cambio ha sido aceptada, un pagaré suscrito o un cheque girado, o por el monto con que tales documentos han sido extendidos por el beneficiario con infracción a las instrucciones dadas por el suscriptor, en el caso que haya sido firmado en blanco⁷⁶.

En el tercer ejemplo anteriormente planteado, en el que una persona, con el fin de vender de inmediato un determinado producto, ofrece a un eventual comprador la posibilidad de pagarlo a plazo, ocultando su verdadera intención de obtener de inmediato el pago del precio, engañándolo de esta forma para que acepte una letra de cambio o suscriba un pagaré a la vista o gire un cheque a fecha (lo que no obsta a que el documento sea a la vista) para facilitar el pago de esta obligación a plazo, con el compromiso de no cobrar dicho efecto de comercio sino hasta el cumplimiento del plazo del cual depende la exigibilidad de la obligación subyacente, pero el beneficiario cobra anticipadamente el documento; dado que en Chile no se considera como perjuicio la mera vulneración de la libertad de disposición del patrimonio (como sí ocurre en Francia)⁷⁷, sólo puede haber perjuicio si en el importe del efecto de comercio se han incluido intereses por el tiempo que media entre el nacimiento de la obligación subyacente y el vencimiento del plazo a la que se encuentra sujeta.

De este modo, si el efecto de comercio es cobrado antes del vencimiento del plazo extracambiario acordado, no se está pagando una obligación inexistente, pues la obligación subyacente existe, aun cuando no es exigible. Como la letra de cambio y el pagaré han sido girados a la vista y el cheque tiene tal carácter aunque en él se consigne una fecha posterior a la de su giro, si se paga una obligación a plazo con tales documentos, debe entenderse que se está renunciando al plazo, conforme a lo prescrito en el artículo 1495 del Código Civil, por lo que no habría perjuicio en el cobro anticipado del capital.

No ocurre lo mismo con los intereses, los cuales aún no se devengan, por lo que si se cobra una letra de cambio o pagaré a la vista o un cheque antes que la obligación subyacente sea exigible, existiría un perjuicio por el monto de los intereses no devengados.

A.1.5) El vínculo de causalidad:

En todos los ejemplos en análisis concurre un engaño idóneo que ha generado un error en el sujeto pasivo de la acción, que lo ha inducido a suscribir un efecto de comercio (acto de disposición) del cual deriva un perjuicio patrimonial, propio o ajeno, causalmente vinculado a la conducta engañosa, cumpliéndose de este modo, con los elementos objetivos del tipo penal de estafa.

A.2) Tipicidad Subjetiva:

En los ejemplos planteados de suscripción de un efecto de comercio mediante engaño, totalmente extendido o en blanco, el dolo del agente es anterior o coetáneo al engaño, con

⁷⁵ Valle Muñiz, ob. cit., pág. 206.

⁷⁶ Labatut (ob. cit., pág. 229) y Matus / Ramírez (ob. cit., pág. 179) sostienen que, en el caso del tipo penal contemplado en el artículo 470 N° 4, es necesario que se haga uso del documento para que el delito se configure.

⁷⁷ En el delito de estafa tipificado en el derecho francés, el perjuicio se interpreta de una manera tan generosa que para afirmarlo basta la vulneración de la libertad de disposición del patrimonio, esto es, la libertad para disponer del propio patrimonio del modo deseado, sin coacciones ni engaños.

el que causa un error en el disponente, que lo induce a efectuar una disposición patrimonial perjudicial a través de la suscripción un título valor. De este modo, el dolo cubre todos los elementos objetivos del tipo, con lo que se cumple también con la tipicidad subjetiva exigida por este delito.

Conclusión sobre la configuración del delito de estafa en los casos signados con la letra “A”:

Conforme al análisis de cada uno de los elementos del delito de estafa, es necesario concluir que en aquellos casos en que una persona engaña a otra para que suscriba a la orden de aquél una letra de cambio, un pagaré o un cheque (como aceptante, suscriptor o girador, respectivamente), completamente extendido o sin alguna de sus menciones esenciales (en blanco), a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de su obligación; y el beneficiario utiliza abusivamente el documento en perjuicio del suscriptor, en una de las formas antes señalada, se configura el delito de estafa, y su sanción dependerá de la modalidad del engaño utilizado. Así, si se emplea un ardid, será aplicable el artículo 468 del Código Penal; y si se utiliza una simple mentira, será aplicable el artículo 473 del mencionado código.

Casos signados con la letra “B”:

Casos en que una persona, sin mediar engaño, suscribe a la orden de otra una letra de cambio, pagaré o cheque totalmente extendido, a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a condición o plazo suspensivo, pero posteriormente el primer tomador utiliza el efecto de comercio como medio engañoso para obtener el pago indebido de una obligación causal que no es actualmente exigible por encontrarse sometida a un plazo suspensivo o por encontrarse el acreedor en mora en el cumplimiento de su obligación recíproca⁷⁸; o para obtener el cumplimiento indebido de una obligación que no existe, ya sea por encontrarse pendiente la condición suspensiva de la cual depende su existencia, o por haber fallado la misma, o por haber sido íntegramente cumplida de modo directo, o por haberse rescindido o resciliado el negocio causal.

Un ejemplo de estos casos es aquel en que el tomador de una letra de cambio, pagaré o cheque totalmente extendido, suscrito sin mediar engaño para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a una condición suspensiva, presenta el efecto de comercio al cobro ante el mandatario del obligado al pago del documento, disimulando el hecho de haber fallado dicha condición y, más aún, simulando su cumplimiento, logrando de este modo que el disponente incurra en un error respecto a tales hechos y efectúe una disposición perjudicial para su mandante, al pagar indebidamente una obligación que ya no existe.

En este mismo sentido, y tomando en cuenta que el denominado “cheque en garantía” no es un verdadero cheque, sino solo un instrumento privado en el cual consta una obligación, al haber sido desvirtuada su naturaleza por el uso que las partes les han dado, podría afirmarse que se configura el delito de estafa cuando el tomador de esta clase de documentos lo presenta al cobro ante el banco librado, mandatario del girador, ocultando el hecho de que tal documento no es un verdadero cheque, y obtenga de este modo el pago de su importe no obstante que la obligación subyacente no ha llegado a existir al haber

⁷⁸ Esta es la llamada excepción de contrato no cumplido, descrita por Abeliuk en ob. cit., pág. 841 y ss., según la cual el deudor de un contrato bilateral puede negarse a cumplir su obligación mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir su obligación recíproca, excepción que es extensiva al título valor suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de aquella obligación subyacente mientras el título no circule, siendo reconocida como excepción perentoria en juicio ejecutivo, asílándola en el N° 7 del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil: insuficiencia del título (Abeliuk, ob. cit., pág. 842).

fallado la condición suspensiva a la cual se encontraba sujeta. No obstante, en este caso la concurrencia de un engaño es totalmente discutible, pues el banco paga el cheque en base a consideraciones formales (que contenga toda las menciones exigidas en la ley y que no se encuentre caducado) y en cumplimiento del contrato de cuenta corriente bancaria y del D.F.L. N° 707, según los cuales el banco se encuentra obligado a cumplir las ordenes de pago que el girador realice sobre los fondos o crédito disponibles en su cuenta corriente, salvo orden en contrario de su girador y sin perjuicio de la responsabilidad de este último por revocar dicha orden de pago por causas distintas a las permitidas en la ley.

Un segundo ejemplo es el caso del tomador de un efecto de comercio totalmente extendido, suscrito sin mediar engaño para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a una condición suspensiva, que llegado el día de su vencimiento o a su presentación, según corresponda, protesta el documento por falta de pago pese a encontrarse pendiente la mencionada condición, o luego de haber fallado la misma, o pese a haber sido íntegramente satisfecha la obligación subyacente; notifica judicialmente el protesto y presenta una demanda ejecutiva en contra del obligado al pago, engañando al Juez respecto a la existencia y actual exigibilidad de la obligación cambiaria (que no se ha desvinculado de la obligación subyacente) y respecto a la improcedencia de las excepciones opuestas por el suscriptor, derivadas del negocio causal, obteniendo que el Juez condene al suscriptor obligado al pago del documento a pagar el importe del mismo, más intereses y costas, y, más aún, que actúe como representante legal del ejecutado en el remate de los bienes embargados al mismo. Este mismo engaño también puede dirigirse en contra del mandatario del suscriptor del efecto de comercio, a fin de obtener directamente de éste el pago del importe del documento.

Un tercer ejemplo es el caso del tomador de un efecto de comercio totalmente extendido, suscrito sin mediar engaño para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente derivada de un contrato bilateral, que posteriormente decide no cumplir la obligación recíproca o cuyo cumplimiento ha hecho imposible con culpa o dolo (es necesario aclarar que hasta este punto no se configura el delito de estafa, pues sólo se está ante un incumplimiento doloso o culpable de una obligación civil, del que sólo derivan responsabilidades civiles), pero que, además (y aquí es donde concurre un engaño constitutivo de estafa), endosa en propiedad el efecto de comercio a un tercero de mala fe (endoso simulado), quien presenta al cobro el documento, lo protesta por falta de pago, notifica judicialmente el protesto y presenta una demanda ejecutiva en contra del obligado al pago, haciendo que el Juez incurra en un error respecto al carácter abstracto del efecto de comercio (esto es, respecto a su desvinculación de la obligación causal y, por lo tanto, de las excepciones derivadas del mismo) y obteniendo que éste realice una disposición patrimonial en perjuicio del suscriptor obligado al pago, no obstante que la obligación subyacente no es exigible conforme al artículo 1552 del Código Civil (la mora purga la mora). Al igual que en el ejemplo anterior, este mismo engaño también puede dirigirse en contra del mandatario del suscriptor del efecto de comercio, a fin de obtener directamente de éste el pago del importe del documento.

Un cuarto ejemplo es el caso en que una persona, sin mediar engaño, acepta una letra de cambio o suscribe un pagaré a la vista o gira un cheque a fecha (lo que no obsta a que el documento sea a la vista), para facilitar el cumplimiento de una obligación sujeta a un plazo suspensivo, con el compromiso del tomador de no cobrar el efecto de comercio sino hasta que se cumpla el plazo del cual depende la exigibilidad de la obligación subyacente, pero el beneficiario posteriormente decide no respetar el plazo y cobra anticipadamente el documento ante el mandatario del suscriptor.

En el primer y cuarto ejemplo, la acción se dirige en contra un mandatario del suscriptor obligado al pago del documento, lo que no constituye un obstáculo para la configuración del delito de estafa, toda vez que no es necesario que la persona engañada sea quien sufra el perjuicio⁷⁹. Lo mismo puede ocurrir en los ejemplos segundo y tercero. No obstante, en estos últimos la acción engañosa también puede dirigirse en contra de un juez. Si bien aquí también concurre un desdoblamiento entre sujeto engañado (víctima de la acción) y sujeto perjudicado (víctima del delito), estos casos podrían configurar una estafa procesal⁸⁰. Debido a la importancia de esta materia, resulta más adecuado tratarla en un apartado al final de este capítulo.

Al igual que en el párrafo anterior, para determinar si estos casos de utilización abusiva de efectos de comercio configuran el delito de estafa, es necesario determinar si concurren los elementos de este delito.

B.1) Tipicidad Objetiva:

B.1.1) El engaño:

En el primer y segundo ejemplos planteados, respecto a este último tanto cuando la acción engañosa se dirige en contra del mandatario del suscriptor del efecto de comercio como cuando se dirige en contra del juez que conoce la demanda ejecutiva presentada en base a tal título, el engaño consiste en disimular el fallo de la condición de la cual dependía el nacimiento de la obligación subyacente, o el pago de la misma, o el haberse hecho imposible el cumplimiento de la obligación recíproca por culpa o dolo del acreedor, disimulando de este modo la extinción de dicha obligación y, por lo tanto, la de la obligación cambiaria aún vinculada a la obligación subyacente. Asimismo, el engaño consiste en simular el cumplimiento de la condición, del plazo o de la obligación recíproca, según el caso, del que depende la existencia o la exigibilidad de la obligación subyacente y, por consiguiente, de la obligación cambiaria aún vinculada a aquélla.

Este engaño también puede efectuarse mediante una omisión, como ocurre si el primer tomador presenta al cobro un efecto de comercio ante el mandatario facultado a efectuar su pago por el suscriptor del documento, ocultando el hecho de encontrarse la obligación subyacente sujeta a una condición suspensiva pendiente o fallida. Si bien el silencio por sí solo no es un engaño que pueda configurar el delito de estafa, sí lo es si va acompañado de apariencias externas o de ciertas circunstancias jurídicas excepcionales, como es el caso de un documento que en sí mismo constituye una orden o promesa de pago incondicionado, pero al cual le son oponibles las excepciones derivadas del negocio causal mientras no

⁷⁹ Como se señaló, para que se configure el delito de estafa no es necesario que la persona engañada sea la misma que sufre el perjuicio, pudiendo existir un desdoblamiento entre engañado y perjudicado, lo que la doctrina denomina como “estafa triangulo”. No obstante, debe existir una identidad entre la persona que incurre en el error (engañado) y la persona que realiza el acto de disposición patrimonial, pues solo así esta última será una consecuencia directa del error (Garrido Montt, ob. cit., pág. 328; Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., pág. 283; Valle Muñiz, ob. cit., pág. 205; Cerezo Mir, José: “Temas Fundamentales del Derecho Penal”, Tomo I, pág 309; Yubero, ob. cit., pág. 55 y ss.). En el mismo sentido, Hernández, quien además agrega que al hablarse del sujeto engañado, también se incluyen a todas las personas que actúan por él. Así, cuando se engaña a un empresario, pero el dinero defraudado lo entrega materialmente uno de sus subordinados por orden de aquél, para estos efectos ambos deben considerarse como una sola persona (Hernández, ob. cit., pág. 153).

⁸⁰ Este desdoblamiento entre engañado y perjudicado se observa claramente en la denominada “estafa procesal”, donde el engañado es el juez y el que sufre el perjuicio es un tercero (Garrido Montt, ob. cit., pág. 328; Valle Muñiz, ob. cit., pág. 205; Yubero, ob. cit., pág. 55 y ss.).

entre en circulación, siendo los fundamentos de estas últimas los que se silencian. En el caso del cheque en garantía cobrado directamente al banco, el engaño está en el hecho de ocultar que dicho documento no constituye un verdadero cheque, presentando como un documento válido a fin de obtener su pago.

En el tercer ejemplo el engaño consiste en simular, ante el mandatario o el juez, la desvinculación (abstracción) de la obligación cambiaria respecto de la obligación subyacente, a fin de evitar o eludir las excepciones que el suscriptor obligado al pago del documento pueda oponer al cobro del mismo con base en la relación causal.

En el cuarto ejemplo, el engaño consiste en presentar al cobro un efecto de comercio a la vista omitiendo la existencia de un plazo pendiente que suspende la exigibilidad de la obligación subyacente, a fin de que el mandatario no oponga al cobro del efecto de comercio las excepciones derivadas del negocio causal al que sigue vinculado y pague el importe del documento a su presentación.

En todos los ejemplos planteados, el engaño debe cumplir con las cualidades objetivas para hacer incurrir en error al disponente, sea éste el suscriptor obligado al pago del documento o un tercero⁸¹.

En el primer y segundo ejemplo, el engaño será idóneo si hace incurrir en error mandatario o al juez sobre el hecho verdadero de haber fallado la condición de la cual dependía el nacimiento de la obligación subyacente; o sobre el hecho verdadero de haber sido pagada la obligación subyacente de modo directo, haciéndolo creer que ésta aún estaba impaga; o sobre el haberse hecho imposible el cumplimiento de la obligación recíproca por culpa o dolo del acreedor, haciéndolo creer que ésta aún puede y va a ser cumplida por su contraparte; disimulando de esta forma la extinción de dicha obligación y, por lo tanto, de la obligación cambiaria aún vinculada a la anterior (en caso que el efecto de comercio no haya sido endosado); y/o para hacerlo incurrir en error sobre el cumplimiento de la condición, del plazo o de la obligación recíproca de la que depende la existencia o actual exigibilidad de la obligación subyacente y, por lo tanto, de la obligación cambiaria aún vinculada a aquélla, de tal manera de obtener el pago indebido de la obligación cambiaria.

En el tercer caso, para que el engaño sea idóneo para simular la desvinculación (abstracción) del efecto de comercio de la obligación subyacente y, por lo tanto, de las excepciones que el suscriptor obligado al pago del documento pueda oponer al cobro del mismo con base en la relación causal, basta endosar el efecto de comercio a un tercero de mala fe -lo que no es más que un endoso simulado-, de manera tal que sea éste quien ejerza la acción ejecutiva en contra del obligado al pago del documento, actuando concertadamente como coautor del engaño⁸².

Por el contrario, si en el caso antes planteado el primer tomador endosa abusivamente el efecto de comercio a un tercero de buena fe, ya sea para pagar una deuda propia o para descontar su importe, no concurre un engaño que pueda determinar un error en el disponente sobre el carácter abstracto del efecto de comercio respecto a la obligación

⁸¹ En el caso de los terceros, la relación entre el engañado y el patrimonio agredido debe permitirle efectuar un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto pasivo del delito. En el caso de bienes muebles, basta una relación de hecho; en el caso de derechos, es necesario una relación jurídica (Valle Muñiz, ob. cit., pág. 219).

⁸² Recuérdese que, no obstante que el artículo 28 de la Ley 18.092 no contiene una norma que limite el principio de la inoponibilidad de las excepciones en el caso de un endoso fraudulento realizado a un tercero de mala fe, tal limitación puede establecerse en Chile basándose en las reglas generales de la simulación, es decir, probando que tal endoso realmente es simulado y, de esta forma, oponer las excepciones derivadas del negocio causal al primer tomador, verdadero titular del efecto de comercio.

subyacente, del que pueda derivar una disposición patrimonial perjudicial, pues el título valor efectivamente se desvincula del negocio causal, motivo por el cual en tal situación no se configura el delito de estafa. No obstante, sí concurre un abuso de confianza, por lo que más adelante se determinará si en esta situación se configura una defraudación por tal concepto.

En el cuarto ejemplo, el engaño es idóneo pues la omisión de la existencia del plazo pendiente que suspende la exigibilidad tanto de la obligación subyacente como de la obligación cambiaria aun vinculada a aquella, está acompañada de un acto positivo concluyente, como es la presentación al cobro de un efecto de comercio (letra de cambio o pagaré) girado a la vista. No ocurre lo mismo en el caso del cheque a fecha, debido a que el banco se encuentra obligado a pagar el importe de los cheques que le presenten al cobro, siempre que existan fondos o créditos disponibles en la cuenta corriente del girador (salvo orden de no pago), pues el cheque es un documento “a la vista”.

B.1.1.1) Tipo penal aplicable:

En cuanto al tipo penal aplicable en caso que estos ejemplos configuren el delito de estafa, la dolosa presentación al cobro de un efecto de comercio, documento que en sí mismo contiene una orden o promesa incondicionada de pago (al menos en apariencia, como ocurre con el cheque en garantía), en las circunstancias antes señaladas, realizada por el primer tomador o por un endosatario de mala fe con el fin de obtener un pago indebido, constituye una maniobra externa dirigida a crear, por sí sola o en conjunto con otros engaños, la apariencia de un crédito subyacente existente y actualmente exigible o la apariencia de una obligación cambiaria totalmente desvinculada a la anterior, por lo cual es plenamente aplicable el artículo 468 del Código Penal.

B.1.2) El Error:

En el primer y cuarto ejemplo planteado, el error del disponente, sea éste el suscriptor obligado al pago del documento o un tercero (mandatario), debe recaer sobre los hechos de los que dependen la existencia (o extinción) y actual exigibilidad de la obligación subyacente y, por lo tanto, de la obligación cambiaria que -mientras el efecto de comercio no circule- aún se encuentra vinculada a aquélla, por ejemplo, sobre el hecho de haber fallado la condición de la cual dependía el nacimiento de la obligación subyacente, o sobre el pago de la misma, o sobre el haberse hecho imposible el cumplimiento de la obligación recíproca por culpa o dolo del acreedor, y/o sobre el cumplimiento de la condición, del plazo o de la obligación recíproca de la que depende la existencia o actual exigibilidad de la obligación subyacente y, por lo tanto, de la obligación cambiaria aún vinculada a la anterior (lo que podría motivar al suscriptor obligado al pago del documento a no ejercer las excepciones derivadas de la obligación subyacente).

En el segundo y tercer ejemplos, el error debe recaer sobre la existencia y actual exigibilidad de la obligación cambiaria contenida en el título, aún no desvinculada de la obligación subyacente, y sobre la improcedencia de las excepciones opuestas por el suscriptor, derivadas del negocio causal; o sobre la aparente desvinculación (abstracción) del efecto de comercio respecto a la obligación subyacente y, por lo tanto, de las excepciones que el suscriptor obligado al pago del documento pueda oponer al cobro del mismo con base en la relación causal, en el caso del primer tomador que endosa fraudulentamente el efecto de comercio a un tercero de mala fe, precisamente para privar de tales excepciones al obligado al pago del documento, al menos en apariencia.

B.1.3) El acto de disposición patrimonial:

En los casos en que un efecto de comercio totalmente extendido y suscrito, sin mediar engaño, para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a condición o plazo suspensivo, que posteriormente es utilizado por el primer tomador como medio engañoso para obtener el cumplimiento indebido de la obligación, el acto de disposición patrimonial consiste en la no oposición por parte del obligado al pago del documento o de su mandatario, de las excepciones derivadas del contrato subyacente, al cual el efecto de comercio permanece vinculado mientras no entre en circulación; y en el pago del importe del documento.

B.1.4) El perjuicio patrimonial:

En el caso de un efecto de comercio totalmente extendido y suscrito sin mediar engaño para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a condición o plazo suspensivo, que posteriormente es utilizado por el primer tomador como medio engañoso para obtener el cumplimiento indebido de dicha obligación, el perjuicio se produce y, por lo tanto, el delito se consuma, al momento del pago efectivo del importe del efecto de comercio al primer tomador o a un endosatario de mala fe, pues no se ve un momento previo en que el valor del efecto de comercio grave el patrimonio del obligado al pago de una manera autónoma de la relación subyacente, ni siquiera en el caso del endoso a un tercero de mala fe, pues dicho endoso es simulado, por lo que el suscriptor puede oponer las excepciones derivadas del negocio causal conforme a las reglas generales de la simulación.

En cuanto al monto del perjuicio, en estos casos también está determinado por el importe del efecto de comercio. Es aplicable lo señalado en A.1.4 sobre el monto del perjuicio, en los casos de una letra de cambio o de un pagaré a la vista o de un cheque a fecha suscrito para facilitar el cumplimiento de una obligación a plazo, cuando el beneficiario decide no respetar el plazo del cual depende la exigibilidad de la obligación subyacente - vinculada a la obligación causal mientras no circule el documento- y presenta al cobro dicho efecto de comercio en forma anticipada.

Por lo tanto, en estos casos sólo puede haber perjuicio si en el importe del efecto de comercio se han incluido intereses por el tiempo que media entre el nacimiento de la obligación subyacente y el vencimiento del plazo a la que se encuentra sujeta. De este modo, si el efecto de comercio es cobrado antes del vencimiento del plazo extracambiarario acordado, no se está pagando una obligación inexistente, pues la obligación subyacente existe, aun cuando no es exigible. Como la letra de cambio y el pagaré han sido girados a la vista y el cheque tiene tal carácter aunque en él se consigne una fecha posterior a la de su giro, si se paga una obligación a plazo con tales documentos, debe entenderse que se está renunciando al plazo, conforme a lo prescrito en el artículo 1495 del Código Civil, por lo que no habría perjuicio en el cobro anticipado del capital. No ocurre lo mismo con los intereses, los cuales aún no se devengan, por lo que si se cobra una letra de cambio o pagaré a la vista o un cheque antes que la obligación subyacente sea exigible, existiría un perjuicio por el monto de los intereses no devengados.

B.1.5) El vínculo o relación de causalidad:

En los ejemplos analizados concurre un engaño idóneo que ha generado un error en el sujeto pasivo de la acción, que lo ha inducido a no oponer las excepciones derivadas del contrato subyacente, al cual el efecto de comercio aún se encuentra vinculado, viéndose obligado a pagar el importe de este último, con el consiguiente perjuicio patrimonial, propio

o ajeno, causalmente vinculado a la conducta engañosa, cumpliéndose de este modo, con los elementos objetivos del tipo penal de estafa.

B.2) La tipicidad subjetiva:

En el caso de un efecto de comercio totalmente extendido y suscrito sin mediar engaño para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a condición o plazo suspensivo, al no cumplir o hacer imposible el cumplimiento de la obligación recíproca, el agente actúa con dolo subsecuente a la suscripción del documento, lo cual solo genera responsabilidad civil; pero si posteriormente el efecto de comercio es dolosamente utilizado por el primer tomador como medio engañoso para obtener el cumplimiento indebido de la obligación subyacente, eludiendo las excepciones derivadas del negocio causal (las que forman parte del patrimonio del suscriptor del documento), el dolo ya no es subsecuente, sino anterior o coetáneo al engaño, y anterior al error, al acto de disposición patrimonial (consistente en el no ejercicio de las excepciones derivadas del contrato subyacente y en el pago del importe del documento) y al perjuicio, los que concurren en la forma señalada al analizar cada uno de estos elementos con relación a este supuesto específico.

B') La Estafa Procesal:

En un sentido estricto, cabe hablar de estafa procesal cuando una parte, en un proceso judicial, engaña e induce a error al juez y éste, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero⁸³.

En principio, la estafa procesal es punible, pues el juez es tan susceptible de engaño como cualquier otra persona. El problema de la estafa procesal se plantea principalmente en el proceso civil⁸⁴, donde las facultades del juez están muy limitadas y se reserva casi toda la iniciativa a las partes que, conforme al principio dispositivo, pueden realizar todo tipo de maquinaciones para inducir al juez a fallar de acuerdo con sus pretensiones. Existen,

⁸³ La doctrina define la estafa procesal tanto en un sentido amplio como estricto. En un sentido amplio, la estafa procesal comprende la cometida en el proceso por una parte mediante el engaño de la contraria. Por ejemplo, cuando una parte hace afirmaciones conscientemente falsas, avalada quizás también con documentos o testigos falsos y consigue engañar al contrario, llevando a cabo éste, como consecuencia del error, un acto de disposición patrimonial (reconocimiento, renuncia, transacción, etc.). En estos casos se admite únicamente la existencia de estafa. En un sentido estricto, cabe hablar de estafa procesal sólo cuando una parte, con su conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez y éste, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero. La posibilidad de estafa procesal, en sentido estricto, se deriva de la circunstancia, admitida unánimemente por la doctrina de todos los países y reconocida por la jurisprudencia, de que el engañado y el perjudicado pueden ser personas distintas. El engañado y el disponente han de ser la misma persona, pero no el engañado y el perjudicado. En la estafa procesal el engañado es el juez, y el perjudicado la parte contraria o un tercero (Cerezo Mir, ob. cit., pág 307 a 309). Otros autores que admiten la posibilidad de una estafa procesal son Serrano Gómez, Alfonso: "Derecho Penal - Parte Especial", Editorial Dykinson, Madrid, 1999, pág. 377; Quintano Ripollés, Tratado, pág. 626 y ss.; en Chile, Etcheberry, ob. cit., pág. 398; Yubero, ob. cit., pág. 57 y ss; Hernández Basualto, ob. cit., pág. 153. Por su parte, Grisolia sostiene que la estafa procesal se configura en los casos de procesos aparentes, en los que el demandante y el demandado (o un tercerista) simulan una controversia inexistente a fin de engañar al juez para que éste dicte una sentencia judicial en perjuicio de un tercero (Grisolia, Francisco: "La estafa procesal en el derecho penal chileno", artículo publicado en Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, N° 3, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1997, pág. 419).

⁸⁴ El problema de la estafa procesal se plantea principalmente en el proceso civil, en sus variadas formas, pero también en el procedimiento contencioso administrativo, en la jurisdicción voluntaria y en el proceso penal, toda vez que en este último el juez también se pronuncia –en la mayoría de los casos– sobre la responsabilidad civil derivada del delito (Cerezo Mir, ob. cit., pág. 309).

por supuesto, una serie de medidas jurídicas para evitar estos abusos, pero no siempre son suficientes y también se burlan con relativa facilidad.

Para que se configure la estafa procesal deben darse en el hecho todos los elementos del delito de estafa, a saber, el engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio, la relación de causalidad entre tales elementos y, en su faz subjetiva, el dolo.

Naturalmente que la finalidad de la maquinación debe ser de carácter patrimonial y la acción debe ser idónea para producir error en el juez, en base al cual adoptará una decisión jurisdiccional (acto de disposición patrimonial) en perjuicio de la otra parte.

No obstante, la configuración de la estafa procesal plantea ciertas dificultades, especialmente en la apreciación del engaño propio de la estafa en la conducta de la parte que formula pretensiones aventuradas o temerarias, las que se consideraban lícitas debido a que la ley se limita a sancionar con costas la temeridad de los litigantes⁸⁵ (popularmente se dice que “en pedir no hay engaño”). Sin embargo, la doctrina más reciente sostiene que las afirmaciones conscientemente falsas de las partes son ilícitas y pueden llegar a constituir un engaño propio del delito de estafa⁸⁶. No obstante, se discute si para ello basta la sola afirmación mendaz o es necesaria la utilización de medios de pruebas fraudulentos⁸⁷.

En el caso del juicio ejecutivo, el juez dicta la orden de ejecución y embargo con el solo examen externo del título ejecutivo que sirve de fundamento a la demanda, la cual se notifica al ejecutado, quien tiene un muy breve plazo para oponer las excepciones que estime pertinentes a la ejecución, tras lo cual se abre un también breve término probatorio,

⁸⁵ Cerezo Mir, ob. cit., pág. 311.

⁸⁶ Cerezo Mir señala que al basarse el proceso civil en el principio de la controversia entre partes, son lícitas las pretensiones aventuradas o temerarias, limitándose la ley a sancionar con costas al litigante temerario. No obstante, si bien en el ordenamiento procesal civil no se establece un deber de veracidad de las partes, éstas abusan de su derecho cuando –al formular las alegaciones que crean pertinentes en defensa de sus intereses- hagan afirmaciones conscientemente falsas. Una cosa es la defensa de pretensiones aventuradas, temerarias, o incluso injustas, pero creyendo erróneamente en su justicia, y otra cosa la formulación de pretensiones conscientemente injustas. De la esencia del proceso civil, del principio de la controversia entre las partes, se deriva la licitud de todas las afirmaciones mientras se crea, se confíe o se considere meramente posible que sean justas, pero de tal principio no se deriva, en cambio, la licitud de las afirmaciones conscientemente falsas, las cuales, por el contrario, son ilícitas y constituyen un engaño susceptible de realizar la figura del delito de estafa. De este modo, el demandante que silencia la existencia de hechos que limitan o anulan su derecho, o de un derecho del demandado que excluye el suyo, no trata aún de engañar al juez. De acuerdo con el principio dispositivo, es el demandado quien debe alegarlos. Distinto es el caso cuando el demandante rechaza (con conciencia de la falsedad de su afirmación) la alegación del demandado. En este caso –continúa el autor- no cabe afirmar que la contestación del demandante no vaya dirigida a engañar al juez, sino que implica únicamente una invitación a la parte contraria a que pruebe su afirmación, pues ello implicaría el reconocimiento de un derecho a hacer afirmaciones conscientemente falsas. Puede suceder, no obstante, que una afirmación conscientemente falsa de una parte (demandante o demandado) no se realice con la intención de engañar el juez, sino de retrasar la resolución con la práctica de la prueba o un aplazamiento. En los casos en que la decisión judicial se adopta en virtud de la demanda unilateral de una parte, pero sobre la base de un examen, aunque sea sumario, de la verdad de los hechos aducidos (por ejemplo, en el embargo preventivo y en las medidas cautelares para el aseguramiento de obligaciones de hacer o no hacer), toda afirmación conscientemente falsa constituye el engaño característico de la estafa. Al no ser oído el contrario en estos casos, éste no tiene la posibilidad de alegar los hechos que limitan o excluyen el derecho del demandante (Cerezo Mir, ob. cit., pág. 311 a 321).

⁸⁷ Cerezo Mir sostiene que no cabe reducir el ámbito de la estafa procesal a aquellos casos en que el autor, para avalar sus afirmaciones conscientemente falsas, recurre a la utilización de medios de prueba fraudulentos, señalando que tales afirmaciones falsas constituyen un engaño susceptible de realizar el delito de estafa cuando son mantenidas después de haber sido rebatidas por la parte contraria, pues solo en ese caso pasa a ser una materia controvertida que debe ser resuelta por el juez, pasando éste ser sujeto pasivo del engaño (Cerezo Mir, ob. cit., pág. 320).

transcurrido el cual el juez dicta sentencia definitiva. Dado el carácter del procedimiento ejecutivo, muchas veces el ejecutado no tendrá la oportunidad de probar sus excepciones (las que puede reservar para ser probadas en juicio ordinario), por lo que la sentencia generalmente será condenatoria.

En cuanto a las acciones que conforman el engaño (qué se simula o disimula), es necesario remitirse a lo ya expresado al tratar este elemento respecto a los casos signados con la letra “B”, con la sola diferencia que en la estafa procesal el engaño se dirige en contra del juez y no del suscriptor del efecto de comercio o su mandatario.

La conducta engañosa de la parte tiene que inducir a error al juez. En los casos en análisis, el error debe recaer sobre la existencia y actual exigibilidad de la obligación cambiaria contenida en el título, aún no desvinculada de la obligación subyacente, y sobre la improcedencia de las excepciones opuestas por el suscriptor, derivadas del negocio causal; o sobre la aparente desvinculación (abstracción) del efecto de comercio respecto a la obligación subyacente y, por lo tanto, de las excepciones que el suscriptor obligado al pago del documento pueda oponer al cobro del mismo con base en la relación causal, en el caso del primer tomador que endosa fraudulentamente el efecto de comercio a un tercero de mala fe, precisamente para privar de tales excepciones al obligado al pago del documento, al menos en apariencia.

No obstante, es necesario reconocer que en los juicios ejecutivos las decisiones del juez se basan en aspectos más bien formales, como la existencia de un título ejecutivo no prescrito y el carácter relativamente abstracto del efecto de comercio y, por consiguiente, desvinculado del negocio causal y de las excepciones derivadas del mismo. De este modo, las decisiones del juez son de carácter formal, amarradas a la ley y adoptadas con total indiferencia de lo que es su propia convicción respecto al fondo del caso sometido a su conocimiento y resolución, lo que dificulta la concurrencia de un error o falso concepto de la realidad en estos casos.

En cuanto a la disposición patrimonial, cuando el pago es ordenado por un juez, en el caso de la estafa procesal, el acto de disposición patrimonial estará constituido por la sentencia ejecutoriada que grava en forma definitiva el patrimonio del sujeto pasivo⁸⁸. En los casos planteados, el acto de disposición patrimonial consiste en la orden de ejecución y embargo (en caso que el ejecutado no oponga excepciones) o en la sentencia definitiva que rechaza las excepciones opuestas por el ejecutado (derivadas del contrato subyacente, al cual el efecto de comercio permanece vinculado mientras no entre en circulación) y que ordena el pago del importe del efecto de comercio al primer tomador o a un endosatario de mala fe.

El acto de disposición patrimonial llevado a cabo por el juez, es decir, el mandamiento de ejecución y embargo o la sentencia definitiva, en su caso, causa un perjuicio patrimonial para el ejecutado desde que quedan ejecutoriadas o causan ejecutoria, pues a partir de ese momento el patrimonio del sujeto pasivo queda gravado con el valor económico que la sentencia implica, no siendo necesario esperar a la ejecución del fallo⁸⁹.

Según la doctrina contraria, la estafa sólo se consume cuando se produce la privación efectiva de bienes económicos al litigante vencido por el cumplimiento o ejecución de la sentencia⁹⁰, lo que es discutible si se considera que la sentencia grava el patrimonio de

⁸⁸ Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., pág. 316; Cerezo Mir, ob. cit., pág. 326.

⁸⁹ Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., pág. 316; Cerezo Mir, ob. cit., pág. 326 y 329.

⁹⁰ Muñoz Conde, ob. cit., pág. 365.

la víctima (aumentando el pasivo) desde el momento en que queda ejecutoriada. Si la conducta engañosa constituye, además, otros delitos, como la falsedad documental, cabe estimar un concurso de delitos.

Entre la conducta engañosa, el error, el acto de disposición (sentencia) y el perjuicio patrimonial debe existir un vínculo de causalidad, el cual podría interrumpirse si el juez dicta la sentencia (disposición patrimonial perjudicial) basado en consideraciones formales del título y del procedimiento ejecutivo, y no como consecuencia de un error causado por la conducta engañosa del ejecutante.

Finalmente, la estafa procesal exige dolo directo, no bastando el dolo eventual⁹¹.

De este modo, los problemas antes señalados respecto al vínculo de causalidad entre la conducta engañosa y el perjuicio patrimonial dificultan que en el segundo y tercer ejemplo planteados se configure la estafa procesal, pues el juez dicta sentencia en base a consideraciones formales señaladas en la ley y no por que haya incurrido en un error a causa de la conducta engañosa desplegada por el actor, lo cual interrumpe el vínculo de causalidad entre la conducta engañosa y el perjuicio patrimonial, impidiendo que se configure el delito de estafa.

Conclusión sobre la configuración del delito de estafa en los casos signados con la letra "B":

Conforme al análisis de cada uno de los elementos del delito de estafa, es necesario concluir que se configura este delito en aquellos casos en que una letra de cambio, pagaré o cheque totalmente extendido es suscrito sin mediar engaño, para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a un plazo o condición suspensiva, pero posteriormente es dolosamente utilizado como medio engañoso para obtener el pago indebido de dicha obligación subyacente, pese a que no es actualmente exigible -por encontrarse pendiente el plazo suspensivo al que se encuentra sujeta o por encontrarse el acreedor en mora en el cumplimiento de la obligación recíproca-; o pese a que actualmente no existe -ya sea por encontrarse pendiente la condición suspensiva de la cual depende su existencia, o por haber fallado la misma, o por haber sido íntegramente cumplida o por haberse rescindido o resciliado el negocio causal-; causando de este modo un perjuicio patrimonial al obligado al pago del documento (por el monto de los intereses no devengados incluidos en el título, en el caso de la obligación a plazo, y por el total de su importe, en los demás casos).

Más específicamente, en estos casos se configura el delito de estafa previsto y sancionado en el artículo 468 del Código Penal, pues la dolosa presentación al cobro de un efecto de comercio, documento que en sí mismo contiene una orden o promesa incondicionada de pago, en las circunstancias antes señaladas, realizada por el primer tomador o por un endosatario de mala fe, constituye una maniobra externa dirigida a crear la apariencia de un crédito subyacente existente y actualmente exigible y/o la apariencia de una obligación cambiaria desvinculada de aquélla.

En estos casos el engaño puede consistir en aparentar la verificación de los hechos de los que depende la existencia y actual exigibilidad de la obligación subyacente y, por consiguiente, de la obligación cambiaria aún vinculada a esta última. Pero también el engaño puede consistir en simular la desvinculación (abstracción) de la obligación cambiaria respecto de la obligación subyacente, a fin de eludir las excepciones que el suscriptor obligado al pago del documento pueda oponer al cobro del mismo sobre la base de la relación causal, para lo cual basta endosar el efecto de comercio a un tercero de mala

⁹¹ Cerezo Mir, ob. cit., pág. 328.

fe (que no es más que un endoso simulado), de manera tal que sea éste quien ejerza la acción ejecutiva en contra del obligado al pago del documento, actuando concertadamente como coautor del engaño.

Por su parte, el obligado al pago puede limitar los efectos del principio de la inoponibilidad de las excepciones basándose en las reglas generales de la simulación, es decir, probando que tal endoso realmente es simulado y, de esta forma, oponer las excepciones derivadas del negocio causal al primer tomador, verdadero titular del efecto de comercio. No obstante, esto no es factible en un juicio ejecutivo.

Por el contrario, si el primer tomador endosa abusivamente el efecto de comercio a un tercero de buena fe, ya sea para pagar una deuda propia o para descontar su importe, no concurre un engaño que pueda determinar un error en el disponente sobre el carácter abstracto del efecto de comercio con relación a la obligación subyacente, del que pueda derivar una disposición patrimonial perjudicial, pues el título valor efectivamente se ha desvinculado del negocio causal, motivo por el cual en tal situación no se configura el delito de estafa. No obstante, sí concurre en tal caso un abuso de confianza, lo que hace necesario analizar si en esta situación se configura una defraudación por tal concepto. Lo mismo ocurre con el cobro anticipado de un cheque a fecha, suscrito sin mediar engaño, por el beneficiario ante el banco librado, apropiándose abusivamente de esta forma de los intereses incluidos en el importe del documento, los cuales aún no se han devengado. En esta misma situación puede incluirse el cobro abusivo de un cheque de garantía suscrito sin mediar engaño, si no se considera su presentación al cobro ante el banco librado, omitiendo su carácter de documento desnaturalizado, como engaño suficiente para configurar el delito de estafa.

Finalmente, en aquellos casos en que el sujeto pasivo del engaño es el juez que conoce un juicio ejecutivo, existen dificultades para que se configure la estafa procesal, pues en los procedimientos ejecutivos el juez dicta la sentencia (disposición patrimonial perjudicial) en base a consideraciones formales señaladas en la ley y no por que haya incurrido en un error a causa de la conducta engañosa desplegada por el actor, interrumpiéndose de este modo el vínculo de causalidad que debe existir entre la conducta engañosa y el perjuicio patrimonial, lo que impide que se configure el delito de estafa.

II- LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, REALIZADAS POR EL TOMADOR O BENEFICIARIO EN PERJUICIO DEL SUSCRIPTOR DEL DOCUMENTO, Y EL DELITO DE ABUSO DE FIRMA EN BLANCO.

En este párrafo se analizarán aquellos casos en que una persona, sin mediar engaño, acepta una letra de cambio, suscribe un pagaré o gira un cheque en blanco o al menos sin alguno de sus elementos esenciales, a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación que el suscriptor tiene o que a futuro piensa tener con el tomador, esto

es, sujeta a un plazo o condición suspensiva, a quien confía el llenado de las menciones faltantes conforme a estrictas instrucciones, generalmente basadas en antecedentes que no se encontraban precisados al momento de la suscripción; pero dicha persona se aparta o desvía de tales instrucciones, traicionando la confianza en él depositada, al completar el efecto de comercio por un importe superior o en incumplimiento de otro pacto distinto, causando perjuicio al suscriptor o a un tercero.

Ejemplo de lo antes expuesto es el caso en que una persona entrega a otra un cheque firmado en blanco a fin de garantizar el cumplimiento de una obligación subyacente, con la indicación de llenarlo por una suma determinada, pero el tomador lo llena, en perjuicio del girador, por una suma mayor que aquella para la cual fue entregado en garantía.

Un segundo ejemplo es aquel en que el beneficiario de una letra de cambio aceptada en blanco o de un pagaré suscrito de la misma forma para satisfacer el pago del precio de la compra de una determinada mercadería, completa el documento por una cantidad muy superior a la acordada, en perjuicio del suscriptor.

Un tercer ejemplo es aquel en que una persona entrega a otra una letra de cambio, pagaré o cheque que ha suscrito en blanco para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación sujeta a condición suspensiva, con la instrucción de llenar el documento por el valor de la obligación subyacente sólo en caso que este hecho futuro e incierto ocurra y el deudor no cumpla con la obligación subyacente por otros medios; pero el tomador se aparta o desvía de tales instrucciones, completando el documento en circunstancias distintas y/o por un monto mayor al acordado.

Un cuarto ejemplo es aquel en que una persona entrega a otra una letra de cambio, pagaré o cheque que ha suscrito en blanco para facilitar el cumplimiento de una obligación sujeta a un plazo suspensivo indeterminado, con la instrucción de llenarlo con la fecha en que el mencionado plazo se cumpla, pero el tomador del documento se aparta de estas instrucciones y llena el efecto de comercio con una fecha anterior a la indicada en las instrucciones del suscriptor obligado al pago y lo presenta al cobro antes del vencimiento de dicho plazo.

Estos casos parecen configurar el delito de abuso de firma en blanco, cuyo concepto, elementos y estructura se abordarán a continuación, a fin de comprobar si los casos planteados configuran este delito.

Concepto, elementos y estructura del delito de abuso de firma en blanco y análisis de los casos que podrían configurar tal delito:

El delito de abuso de firma en blanco se encuentra tipificado en el artículo 470 N° 3 del Código Penal, el cual sanciona con las penas del artículo 467 del mismo código, a los que cometieren alguna defraudación abusando de la firma de otro en blanco y extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero.

El mencionado delito es una defraudación por abuso de confianza y no una defraudación por engaño (estafa), en el cual el abuso está determinado por el uso indebido de la firma de la víctima, que realiza la persona a quien se ha confiado el documento firmado pero no escriturado. Este abuso de confianza es el principal fundamento de esta figura penal⁹².

⁹² Garrido Montt, ob. cit., pág. 379. En el mismo sentido, pero como fundamento de la figura agravada de estafa contenida en el artículo 529 del Código Penal español de 1983 y en el artículo 250.1 4° del Código Penal español de 1995, Bajo Fernández / Pérez Manzano (ob. cit., pág. 319) y Serrano Gómez (ob. cit., pág. 379), respectivamente.

Para comprobar si estos casos de utilización abusiva de efectos de comercio configuran el delito de abuso de firma en blanco, es necesario determinar si en la especie concurren los elementos de este delito, esto es, la existencia de un documento firmado en blanco y el abuso de esta firma:

A) La existencia de un documento firmado en blanco:

Es la existencia de un documento que llevando la firma, contiene deliberadamente espacios en blanco para llenarlos después. La existencia de una firma en blanco implica la suscripción de un papel totalmente en blanco por parte de una persona, para que sobre ella se extienda un documento; o la suscripción de un documento en el que se han dejado espacios en blanco que deberán ser llenados con posterioridad con los antecedentes que no se encuentran precisados al momento de su suscripción⁹³.

La firma de títulos valores en blanco está estrechamente vinculada a la entrega de los mismos para garantizar el cumplimiento de obligaciones, pues éstos generalmente se entregan firmados en blanco para tales efectos⁹⁴.

Los títulos valores suscritos en blanco y posteriormente completados por una persona distinta del suscriptor, son totalmente válidos, pues lo importante es que aparezcan completos al momento de su presentación al cobro para que surtan efectos, pero no es necesario que sean completados en un mismo acto y por una misma persona; por el contrario, son susceptibles de ser completados en diversas ocasiones y por distintas personas, pero siempre de acuerdo al pacto precedente, que ha sido fundamental para forjar la confianza que determinó la firma en blanco⁹⁵.

B) El “abuso” de la firma en blanco:

Implica que el documento suscrito de esa forma debe haber sido confiado por el suscriptor o su representante a otra persona, con instrucciones de llenar los datos faltantes de una determinada manera y/o para determinados fines (lo que constituye un verdadero mandato); y el abuso o traición de tal confianza por esta persona, quien al llenar el documento se desvía o aparta en forma impropia, excesiva o injusta de tales instrucciones, extendiéndolo (escribiendo su contenido o completando las disposiciones faltantes) de tal manera que produzca un perjuicio al suscriptor o a un tercero, que como en todo fraude debe ser apreciable en dinero.

Por consiguiente, para acreditar la comisión de este delito, es fundamental que tales pactos o instrucciones resulten probados, pues es la única forma de determinar que el

⁹³ Esto no debe confundirse con la intercalación de datos en los espacios que han quedado entre las menciones de un documento que ha sido extendido en su totalidad, pues tal acción constituye el delito de falsificación de documento, tipificado en el artículo 197 del Código Penal, en relación con el artículo 193 N° 6 del mismo código.

⁹⁴ Un ejemplo de ello puede encontrarse en la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 16 de octubre de 1974, que condenó como autor del delito de abuso de firma en blanco a una persona que recibió un cheque suscrito en blanco y posteriormente lo llenó, en perjuicio del girador, por una suma mayor que aquella para la cual había sido entregado en garantía y con la cual el abusador pretendía cubrir, además de las obligaciones que originaron el documento, otras que le debería el girador (Fallos del Mes, N° 192, pág. 249).

⁹⁵ El artículo 11 de la Ley 18.092, sobre Letra de Cambio y Pagaré, expresamente dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2º, si la letra de cambio no contiene las menciones de que trata el artículo 1º, cualquier tenedor legítimo podrá incorporarlas antes del cobro del documento, sujetándose en todo ello a las instrucciones que haya recibido de los obligados al pago de la letra. Si se llenare en contravención a las instrucciones, el respectivo obligado podrá eximirse de su pago probando tal circunstancia. Esta exoneración de responsabilidad no podrá hacerse valer respecto del tenedor de buena fe”. El inciso segundo de este artículo agrega: “Todo lo anterior no obsta al ejercicio de las acciones penales que fueran procedentes”.

documento fue suscrito en blanco, que su llenado fue confiado a un tercero y que éste lo completó infringiendo las instrucciones impartidas por el suscriptor.

De lo anterior se concluye que el sujeto activo de este delito solo puede ser la persona a quien el suscriptor ha entregado voluntariamente el documento firmado en blanco con instrucciones precisas sobre la forma de llenarlo⁹⁶, por lo que si un tercero se apodera u obtiene el documento firmado en blanco por una circunstancia cualquiera y hace uso indebido de él, con perjuicio del suscriptor o de un tercero, no se configura el delito en comento al no haber un abuso de confianza (pues no se le ha confiado el documento con instrucciones para su extensión), sin perjuicio de que concurra otro delito⁹⁷.

En cada uno de los ejemplos propuestos concurren los elementos antes señalados, esto es, la entrega de un efecto de comercio firmado en blanco y un abuso de dicha firma en blanco, al infringir el tomador las instrucciones impartidas por el suscriptor respecto al llenado del documento, violando de este modo la confianza que motivó la entrega de un efecto de comercio en tales circunstancias.

De este modo, incurre en este delito quien recibe un cheque en blanco y lo llena, en perjuicio del girador, por una suma mayor que aquella para la cual fue entregado en garantía y con la cual el abusador pretende cubrir, además de las obligaciones que originaron el documento, otras que le debería el girador⁹⁸.

Del mismo modo, incurre en este delito el beneficiario de una letra de cambio aceptada en blanco o de un pagaré suscrito de la misma forma para satisfacer el pago del precio de la compra de una determinada mercadería, que completa el documento por una cantidad muy superior a la acordada, en perjuicio del suscriptor.

Asimismo, comete el delito de abuso de firma en blanco el tomador de una letra de cambio, pagaré o cheque suscrito en blanco para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación sujeta a condición suspensiva, que le fue entregado con instrucciones de llenarlo por el valor de la obligación subyacente sólo en caso que este hecho futuro e incierto ocurra y el deudor no cumpla con la obligación subyacente por otros medios; pero que se aparta o desvía de tales instrucciones de alguna de las formas ya señaladas: completando el documento por un monto mayor al acordado; o llenando el efecto de comercio no obstante encontrarse pendiente la condición suspensiva de la cual depende el nacimiento de la obligación subyacente, o pese a que esta última no ha llegado a existir por haber fallado la condición suspensiva; o en caso que el acreedor no haya cumplido ni tenga la intención de cumplir o haya hecho imposible el cumplimiento de su obligación recíproca; o en caso que la obligación subyacente caucionada haya sido oportuna e íntegramente cumplida de manera

⁹⁶ Para que se configure el delito de abuso de firma en blanco, es necesario que el documento firmado en blanco haya sido confiado a quien abusa de él. En este sentido, Quintano Ripollés, Compendio, pág. 353; y en Tratado, pág. 703; Garrido Montt, ob. cit., pág. 381; Labatut, ob. cit., pág. 229; Etcheberry, ob. cit., pág. 440; Matus / Ramírez, ob. cit., pág. 181. En cuanto a la jurisprudencia nacional: Corte Suprema, sentencia de fecha 24 de junio de 1964 (R.D.J., tomo 61, 2ª parte, sección 4ª, pág. 180) y sentencia de fecha 16 de septiembre de 1992 (R.D.J., tomo 89, 2ª parte, sección 4ª, pág. 215).

⁹⁷ La doctrina sostiene que si la persona que extiende el documento firmado en blanco no es aquella a quien se ha confiado su cumplimiento, sino que se apoderó de él o cayó en sus manos por una circunstancia cualquiera, se configura una falsificación documental. En este sentido, Antón Oneca, ob. cit., pág. 25; Labatut, ob. cit., pág. 229; Quintano Ripollés, Tratado, pág. 703; Etcheberry, ob. cit., pág. 440; y Matus / Ramírez, ob. cit., pág. 181. Por su parte, Garrido Montt sostiene que en este caso podría configurarse una estafa (Garrido Montt, ob. cit., pág. 381).

⁹⁸ Fallos del Mes, N° 192, sentencia 2, pág. 249.

directa; o pese a que el negocio subyacente ha sido rescindido o resciliado; causando de este modo un perjuicio al suscriptor o a un tercero.

También comete el delito de abuso de firma en blanco el tomador de una letra de cambio, pagaré o cheque suscrito en blanco para facilitar el cumplimiento de una obligación sujeta a un plazo suspensivo (que si bien es cierto, puede ser indeterminado), que le fue entregado con instrucciones de llenarlo con la fecha en que el mencionado plazo se cumpla, pero que se aparta de estas instrucciones y llena el efecto de comercio con una fecha anterior a la indicada en las instrucciones del suscriptor obligado al pago y lo presenta al cobro antes del vencimiento de dicho plazo, siempre que en el importe del documento se hayan incluido intereses por el tiempo que media entre el nacimiento de la obligación caucionada y el vencimiento del plazo a la que se encuentra sometida, que en estos casos generalmente coincide con la fecha indicada en las instrucciones.

Debe recordarse que en Chile, la doctrina no considera como perjuicio la mera vulneración de la libertad de disposición del patrimonio, por lo que sólo habrá perjuicio si en el importe del efecto de comercio se han incluido intereses. De este modo, si el efecto de comercio es llenado y cobrado antes del vencimiento del plazo, no se produce un perjuicio si el importe de dicho documento corresponde al capital de una obligación causal existente, pero no exigible. No ocurre lo mismo cuando en el importe del efecto de comercio se han incluido intereses, los cuales aún no se devengan, por lo que si se llena el efecto de comercio con una fecha anterior a la indicada en las instrucciones, se produciría un perjuicio por el monto de los intereses no devengados, al aumentar el pasivo del suscriptor en dicha cantidad.

Este delito se consuma con la producción del perjuicio, el que en estos casos se produce cuando el efecto de comercio suscrito en blanco es completado con infracción de las instrucciones impartidas por el suscriptor obligado al pago, pues en ese momento el título valor se perfecciona como tal, generándose una obligación cambiaria que aumenta el pasivo de la víctima, disminuyendo de este modo el valor de su patrimonio, aunque el importe del efecto de comercio todavía no se haya pagado⁹⁹.

Así, quien ha aceptado diversas letras de cambio en blanco y estas son completadas por el tomador con infracción a las instrucciones que para tal efecto le impartió, recibe un perjuicio real y efectivo antes del vencimiento, ya que a un patrimonio excesivamente gravado le es difícil obtener créditos. Asimismo, no es posible sostener que no ha recibido perjuicio quien acepta una letra de cambio en blanco que posteriormente es abusivamente llenada por una elevadísima suma de dinero que no puede pagar a su vencimiento, por lo que es protestada y cobrada judicialmente o aún peor, es utilizada para pedir su quiebra, y sin embargo, en tal ejemplo el aceptante aún no ha pagado la letra¹⁰⁰.

Conclusión sobre a la configuración del delito de abuso de firma en blanco en los casos analizados:

Conforme al análisis de los elementos antes señalados, es necesario concluir que se configura el delito de abuso de firma en blanco, previsto y sancionado en el artículo 470 N

⁹⁹ Una opinión contraria es la sostenida por Bajo Fernández y Pérez Manzano, para quienes el delito de abuso de firma en blanco se consuma con el perjuicio causado con el cobro efectivo del documento, por lo que el sólo hecho de completar el documento firmado en blanco no constituye delito consumado, sino sólo delito en grado de tentativa o frustración (Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., pág. 320). En el mismo sentido, Valle Muñiz, ob. cit., pág. 235 y 244.

¹⁰⁰ Etcheberry, ob. cit., tomo III, pág. 400, refiriéndose al perjuicio en el delito de estafa, afirmaciones que son perfectamente aplicables al abuso de firma en blanco.

° 3 del Código Penal, en aquellos casos en que una persona, sin mediar engaño, suscribe una letra de cambio, pagaré o cheque en blanco o al menos sin alguno de sus elementos esenciales, a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación que tiene o que a futuro piensa tener con el tomador del documento, esto es, sujeta a condición o plazo suspensivo, confiando a este último el llenado de las menciones faltantes conforme a estrictas instrucciones, generalmente basadas en antecedentes que no se encontraban precisados al momento de la suscripción; cuando el tomador se aparta o desvía de tales instrucciones, traicionando la confianza en él depositada al completar el efecto de comercio por un importe superior o en incumplimiento de otro pacto distinto, causando perjuicio al suscriptor o a un tercero.

III- LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS Y CHEQUES SUSCRITOS PARA GARANTIZAR O FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, REALIZADAS POR EL TOMADOR O BENEFICIARIO EN PERJUICIO DEL SUScriptor DEL DOCUMENTO, Y EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

En este párrafo se analizarán los casos en que una persona, sin mediar engaño, acepta una letra de cambio, suscribe un pagaré o gira un cheque totalmente extendido a la orden de otra, a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación que el suscriptor tiene o que a futuro piensa tener con el tomador, esto es, sujeta a un plazo o condición suspensivo, pero el tomador posteriormente endosa en forma abusiva el efecto de comercio a un tercero de buena fe, ya sea para el pago de una deuda propia o para descontar su importe, o lo presenta al cobro en juicio ejecutivo o, en el caso del cheque, lo presenta directamente al cobro ante el banco librado, pese a que dicha obligación subyacente no existe¹⁰¹, o no es actualmente exigible¹⁰²; obteniendo de esta forma el equivalente al valor del efecto de comercio (que será cobrado por el tercero de buena fe en caso de endoso del efecto de comercio o directamente por el beneficiario en un juicio ejecutivo, o ante el banco librado en el caso del cheque), privando al suscriptor obligado al pago del documento de la posibilidad de oponer al cobro del título valor las excepciones derivadas del negocio causal.

Un ejemplo de lo antes señalado es el caso del tomador de una letra de cambio, pagaré o cheque totalmente extendido, suscrito sin mediar engaño para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente derivada de un contrato bilateral, que posteriormente decide no cumplir la obligación recíproca o cuyo cumplimiento ha hecho imposible con culpa o dolo, pero que, no obstante, endosa en propiedad el efecto de comercio a un tercero de buena fe, quien lo presenta al cobro, lo protesta por falta de pago,

¹⁰¹ La obligación no existe debido a que dicha condición aún se encuentra pendiente (pudiendo cumplirse o fallar), o por haber fallado la misma, o por haber sido oportuna e íntegramente cumplida de manera directa, o por haber sido rescindido o resciliado el negocio subyacente.

¹⁰² La obligación no es actualmente exigible debido a que el acreedor se encuentra en mora en el cumplimiento de su obligación recíproca, la que no ha cumplido, no tiene la intención de cumplir o ha hecho imposible el cumplimiento de su obligación recíproca.

notifica judicialmente el protesto y presenta una demanda ejecutiva en contra del suscriptor del documento, obteniendo de este modo el pago compulsivo del mismo¹⁰³; o, en el caso del cheque, lo presenta al cobro ante el banco librado, obteniendo de este modo su pago¹⁰⁴.

Otro ejemplo es el caso del tomador de un cheque a fecha totalmente extendido, suscrito sin mediar engaño para facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a un plazo suspensivo, con el compromiso de mantenerlo en cartera y no cobrarlo hasta que el vencimiento del mencionado plazo, pero que el tomador cobra anticipadamente.

No existe en la ley chilena un tipo penal amplio que sancione en forma genérica la defraudación con abuso de confianza, como ocurre con la defraudación con engaño (estafa), sino que sólo se han tipificado determinadas hipótesis de abusos de confianza que causan daños pecuniarios.

De este modo, la defraudación con abuso de confianza sólo constituye delito en aquellos casos que la ley expresamente ha tipificado como tal, cuando se causa un daño económico a otro mediante el incumplimiento de una obligación jurídica y siempre que se haya puesto al sujeto activo en condiciones favorables a la producción del perjuicio, entregándole una cosa, poder o facultad que lo posibilita para causar la lesión patrimonial, quedando el sujeto pasivo abandonado a la buena fe del agente, al despojarse de hecho de los medios de protección con que contaba¹⁰⁵.

Por consiguiente, para determinar si los casos de utilización abusiva de efectos de comercio antes planteados constituyen delito, es necesario determinar si configuran alguno de los tipos penales que sancionan expresamente el fraude por abuso de confianza.

La gran mayoría de la doctrina¹⁰⁶ señala entre las defraudaciones cometidas mediante abuso de confianza a los delitos de administración fraudulenta, apropiación indebida y abuso de firma en blanco¹⁰⁷.

¹⁰³ Como se señaló al analizar la configuración del delito estafa en alguno de los casos materia del presente trabajo, en este primer ejemplo no concurre un engaño que pueda determinar un error en el disponente sobre el carácter abstracto del efecto de comercio respecto a la obligación subyacente (como si ocurre con el endoso a tercero de mala fe), del que pueda derivar una disposición patrimonial perjudicial, pues el título valor efectivamente se ha desvinculado del negocio causal, concluyendo que en tal situación no se configura el delito de estafa. No obstante, tal como se indicó en dicha oportunidad, sí concurre un abuso de confianza, por lo que es necesario analizar si en esta situación se configura una defraudación por tal concepto.

¹⁰⁴ Como se señaló al analizar la configuración del delito estafa en alguno de los casos planteados en este trabajo, debe considerarse la posibilidad de que se configure tal delito cuando el tomador de un cheque en garantía lo presenta al cobro ante el banco librado, mandatario del girador, ocultando el hecho de que tal documento no es un verdadero cheque, sino un documento que se ha desnaturalizado como tal por el uso que de él se ha realizado, obteniendo de este modo el pago de su importe no obstante que la obligación subyacente no ha llegado a existir al haber fallado la condición suspensiva a la cual se encontraba sujeta.

¹⁰⁵ Mera, ob.cit., pág. 87.

¹⁰⁶ Politoff Lifschitz, Sergio: "El Delito de Apropiación Indebida", Editorial Nascimento, Santiago, 1957, pág. 64 y ss.; Garrido Montt, ob. cit., pág. 363; Etcheberry, ob. cit., pág. 423; Labatut, ob. cit., pág. 234, entre otros.

¹⁰⁷ Una doctrina diferente es la sostenida por Miguel Soto Piñero, quien concibe a la apropiación indebida en un delito contra la propiedad por apropiación, entendida como una categoría alternativa a la defraudación y más vinculada al hurto, con lo cual se evita que se subsuman bajo este tipo penal meros incumplimientos de obligaciones civiles, que por su intermedio se llegue a supuestos de prisión por deudas y que se confunda el derecho penal con otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Además, se justifica la represión penal de estas conductas y permite reconstruir dogmáticamente el sistema de los delitos patrimoniales en nuestro código penal (Soto Piñero, Miguel: "La Apropiación Indebida", Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1994, pág. 30). Esta reconstrucción de los delitos patrimoniales distingue a los delitos contra el patrimonio en general, como la estafa, de los delitos contra bienes patrimoniales

Dado que la total extensión de los documentos involucrados en los casos propuestos excluye el delito de abuso de firma en blanco y a que el delito de administración fraudulenta es inaplicable en la especie, para determinar si los casos de utilización abusiva de efectos de comercio antes señalados constituyen una defraudación por abuso de confianza, es necesario analizar si configuran el delito de apropiación indebida, para lo cual es necesario hacer una breve referencia al concepto y elementos de tal delito.

Concepto y elementos de la apropiación indebida

El delito de apropiación indebida se encuentra tipificado en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, que sanciona con las penas del artículo 467 del mismo código, a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla.

Los elementos del delito de apropiación indebida son los sujetos (activo y pasivo), la acción, el objeto material, el perjuicio y la mera tenencia como presupuesto del delito:

A) Los sujetos (activo y pasivo): El sujeto activo del delito de apropiación indebida es quien detenta una cosa ajena mediante un título de mera tenencia, en virtud del cual se encuentra obligado a restituir la cosa ajena o a darle un uso determinado¹⁰⁸. Por su parte, el sujeto pasivo de este delito es el propietario o el titular del derecho subjetivo personal a que se le restituya o entregue a un tercero o a que se haga un uso determinado de una cosa que ha confiado a otro mediante un título de mera tenencia, respecto a quién este último (el agente) debía cumplir su obligación de restituir o entregar o dar un uso determinado a dicha cosa.

B) La acción: La acción típica del delito de apropiación indebida consiste en apropiarse¹⁰⁹ o distraer¹¹⁰ una cosa que se tiene por un título que obliga a devolverla o

concretos, es decir, en contra de la propiedad. A su vez, subdivide esta última categoría entre los delitos de destrucción, como el delito de daños, y los delitos por apropiación, como el hurto y la apropiación indebida. De este modo, esta doctrina concibe a la apropiación indebida como un delito en contra de la propiedad, entendidos éstos como aquellos que no lesionan el patrimonio en su totalidad, como unidad económica, sino sólo un valor patrimonial específico; dentro de los cuales están aquellos de mera lesión o privación del derecho de propiedad, sin suplantación en su ejercicio, y aquellos en que hay una substitución en el ejercicio del contenido del derecho, es decir, una apropiación. Según esta doctrina, la figura básica de los delitos en contra de la propiedad por apropiación, es precisamente la apropiación indebida, pues es el único delito que utiliza la apropiación como figura elemental, sin otros elementos, como el apoderamiento o sustracción en el caso del hurto (Soto Piñeiro, ob. cit., pág. 48). En este mismo sentido, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, quienes también ubican a la apropiación indebida entre los delitos por apropiación, junto al hurto (Matus / Ramírez, ob. cit., pág. 182).

¹⁰⁸ Muñoz Conde, ob. cit., pág. 379 y 380. En el mismo sentido, Garrido Montt, quien señala que pueden ser autores de este delito sólo aquellos que recibieron materialmente el bien mueble y que contrajeron la obligación de entregarlo o restituirlo precisamente en mérito del título por el cual lo recibieron y no de otro diferente (Garrido Montt, ob. cit., pág. 367).

¹⁰⁹ La apropiación es "la toma de posesión en la que se desposee, por ende, al anterior poseedor" (Politoff, ob. cit., pág. 201). También puede ser definido como el acto en virtud del cual una persona hace suya una cosa incorporándola a su patrimonio con intención de usar o disponer de ella como dueño, desplazando al que hasta el momento lo había sido (Zugaldía Espinar, José Miguel: "Delitos Contra la Propiedad y el Patrimonio", Editorial Akal, Madrid, 1988, pág. 33). La apropiación es, por lo tanto, un modo ilegítimo de asumir la posesión de cosa ajena, que comprende un hecho material de toma de posesión, más o menos variable, que consiste en ejercer sobre ella actos de dominio, esto es, usar, gozar y disponer de ella, presidida por el denominado "animus rem sibi habendi" o ánimo de señor y dueño o de apropiación.

¹¹⁰ La distracción consiste en dar a la cosa un uso o destino diferente al acordado con el propietario o derecho habiente, en perjuicio de éste y con ánimo de señor y dueño. Pero no hay distracción sin apropiación, pues distraer importa disponer de la cosa

entregarla o hacer de ella un uso determinado. Esto significa que la acción del agente debe infringir tanto objetiva como subjetivamente la obligación de devolver o entregar o hacer un uso determinado de la cosa, ya sea porque se ha colocado en imposibilidad de cumplirla o porque se niega a cumplirla o desconoce la obligación, abarcando con su dolo tanto la acción que realiza como el incumplimiento que ella importa respecto a tal obligación, la cual condicionaba, desde su recepción, la tenencia lícita de la cosa que con anterioridad a dicha acción ejercía.

C) El objeto material: El objeto material en el delito de apropiación indebida es el bien mueble, susceptible de apreciación pecuniaria, que se tiene o detenta con la obligación de entregar o restituir o de dar un uso determinado, el cual puede ser dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, entendida como cualquier objeto corporal transportable en el espacio¹¹¹, pues los bienes inmuebles no se apropian, sino que se usurpan.

D) El perjuicio: El perjuicio patrimonial es la pérdida de valor económico del patrimonio, esto es, del conjunto de derechos y obligaciones valorables en dinero que son poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico¹¹², lo cual se produce al ser desposeído el sujeto pasivo del bien que el sujeto activo se ha apropiado.

E) La mera tenencia¹¹³ fiduciaria: La tenencia fiduciaria es la detentación legítima de la cosa, que confiere sobre ella un poder autónomo que el detentador ejerce fuera de la órbita potestativa del propietario o derecho habiente. Este poder de hecho comienza donde acaban las esferas de custodia, vigilancia y actividad del propietario u otra persona con derecho sobre la cosa¹¹⁴. Por consiguiente, en la tenencia fiduciaria el propietario o derecho

ajena como propia (Garrido Montt, ob. cit., pág. 368). Dado que la distracción también exige el ánimo rem sibi habiendi, es necesario concluir que aquella es una forma o modalidad que pueda revestir la apropiación (Politoff, ob. cit., pág. 233; Labatut, ob. cit., pág. 235).

¹¹¹ Para el derecho penal, cosa mueble es toda aquella que puede desplazarse de un lado a otro sin detrimento de su propio ser, aunque se trate de aquellas que el derecho civil califica de inmuebles en virtud de una ficción legal (como los inmuebles por adherencia y por destinación). De este modo, el concepto penal de cosa mueble no debe ser interpretado de acuerdo con la acepción civil, pues para el derecho penal son cosas muebles todas aquellas que son "movibles" o transportables, aún cuando sean partes integrantes de un inmueble que han sido separadas para apoderarse de ellas (Politoff, ob. cit., pág. 71).

¹¹² La función que el perjuicio cumple como elemento del delito de apropiación indebida, divide a la doctrina entre quienes sostienen que el perjuicio es un elemento del tipo penal y, por lo tanto, debe estar cubierto por el dolo del agente; y quienes sostienen que el perjuicio es una condición objetiva de punibilidad, vinculada en forma mediata a la acción de apropiarse e independiente de la culpabilidad. No se profundizará sobre este aspecto por escapar objetivo de este trabajo.

¹¹³ La mera tenencia es una relación jurídica -y no una simple relación material o de hecho- en virtud de la cual el mero tenedor, reconociendo el dominio ajeno, adquiere determinadas facultades de uso y manejo de la cosa, con autonomía del propietario, quien está obligado a respetar su derecho. Pero no toda detentación de una cosa puede ser idónea para servir de presupuesto al delito de apropiación indebida, sino sólo aquella en virtud de la cual se detenta legítimamente la cosa fuera de la esfera potestativa del derecho habiente. Para determinar si la tenencia de una cosa puede derivar en tal delito, es necesario distinguir qué tipo de entrega precedió a dicha tenencia. De este modo, debemos distinguir entre la entrega de la simple materialidad de la cosa y la entrega por confianza. Estas dos clases de entregas dan origen a dos clases de tenencias: la tenencia material o mera detentación y la tenencia fiduciaria. Solamente esta última puede derivar en una apropiación indebida; en cambio, la primera, que consiste en la mera detentación de la materialidad física de la cosa, sin poder alguno sobre ella, la cual permanece dentro de la órbita potestativa del propietario o derecho habiente, sólo puede dar origen a un hurto (Etcheberry, ob. cit., tomo III, pág. 431. En el mismo sentido, Politoff, ob. cit., pág. 199; y Labatut, ob. cit., pág. 235).

¹¹⁴ La órbita potestativa del derecho habiente está integrada por las ideas de custodia, vigilancia y actividad: a) La custodia está constituida por las medidas de control que el derecho habiente ejerce directa y personalmente sobre la cosa con el objeto de protegerla y conservarla en su poder. b) La vigilancia está compuesta por las medidas de protección y conservación que el derecho

habiente se desprende no sólo de la materialidad física de la cosa, sino también de su custodia, la que confía a otro, quien goza de autonomía o de poder discrecional para realizar su encargo o ejercitar sus derechos sobre la cosa¹¹⁵.

Por otro lado, deben excluirse todos los títulos traslaticios de dominio, que confieren el dominio y/o la posesión sobre la cosa.

Con el fin de determinar si los casos de utilización abusiva de efectos de comercio antes señalados constituyen una apropiación indebida, es necesario determinar si concurren los elementos de este delito. En cuanto a la tipicidad subjetiva, solo es necesario señalar que el delito de apropiación indebida exige dolo directo¹¹⁶.

Análisis de los casos que podrían configurar el delito de apropiación indebida:

A) Los Sujetos:

En los casos de utilización abusiva de efectos de comercio en análisis, de configurarse el delito de apropiación indebida, el sujeto pasivo sería el suscriptor del documento y el sujeto activo, el primer tomador del mismo, quien eventualmente adquiere la obligación de restituir el documento o su importe, en caso de fallar la condición de la cual dependía la existencia de la obligación subyacente o en caso de cumplirse esta última de modo directo, entre otros.

B) La Acción:

Sin pronunciarse aún sobre la configuración del delito de apropiación indebida en los casos de utilización abusiva de efectos de comercio antes planteados, de configurarse el mencionado delito, la disposición abusiva del efecto de comercio, esto es, el endoso a un tercero de buena fe en las circunstancias antes indicadas, con ánimo de señor y dueño, o el cobro en juicio ejecutivo o ante el banco librado en el caso del cheque, podría ser calificado como una distracción, debido al carácter consumible tanto del efecto de comercio como

habiente ejerce sobre la cosa, no personal o directamente, sino a través de representantes o por medios mecánicos (por ejemplo, una alarma). Ambas ideas pueden unificarse bajo la voz genérica de "custodia", entendida en un sentido amplio como el conjunto de medidas de control y vigilancia destinadas a proteger y conservar la cosa en poder del derecho habiente. c) La esfera de actividad del propietario o derecho habiente es aquella en virtud de la cual la cosa se mantiene subordinada a su poder. Es el efectivo señorío de la voluntad del derecho habiente sobre la cosa, con la posibilidad de obrar sobre ella con exclusión de otro poder. La actividad se exterioriza de manera tal que recuerde al tenedor material que la cosa se encuentra subordinada al propietario o derecho habiente, como el hecho de permanecer la cosa en el lugar en que éste dispuso que estuviere, como en su casa, en su vehículo o en su predio, etc., donde aquél desea que continúe, pese a haber entregado su tenencia material a otro. Por ejemplo, el conductor que transporta mercadería en un camión de propiedad del derecho habiente, comete hurto y no apropiación indebida si se apropia dicha mercadería, pues la sustrae de la esfera de actividad del aquél, al ejercer una acción modificatoria de las condiciones en que la cosa fue colocada por el propietario o derecho habiente, condiciones que el agente no estaba autorizado a modificar (Politoff, ob. cit., pág. 126).

¹¹⁵ Esta tenencia fiduciaria, como antecedente del delito de apropiación indebida, debe cumplir con los requisitos de ser lícita (sin fraude ni violencia) y de haber sido otorgada por quien tenga capacidad (aunque sea de hecho) de transferirla en forma consciente y voluntaria (existiendo capacidad de hecho, la incapacidad legal como causal de nulidad del contrato no excluye la tenencia y el hecho de la recepción, pues si la nulidad es judicialmente declarada, retro trayéndose las cosas al estado anterior al momento de la celebración, la recepción pasa a ser considerada como un cuasicontrato que sirve de fuente a la tenencia). Además, la tenencia fiduciaria debe detentarse en el momento de la apropiación, pues si ésta se realiza cuando tal detentación ha cesado, habrá hurto, debido a que la cosa se sustrae desde la esfera potestativa del derecho habiente, donde ha vuelto al cesar la tenencia fiduciaria.

¹¹⁶ Garrido Montt sostiene que este delito también se satisface con dolo eventual (Garrido Montt, ob. cit., pág. 371).

del dinero¹¹⁷, y al acuerdo de ambas partes de mantener dicho documento “en cartera”, de tal manera que sólo sea cobrado en caso que la obligación subyacente no sea cumplida de manera directa, luego de haberse cumplido la condición o el plazo suspensivo del cual dependía su existencia o exigibilidad; o devolverlo al suscriptor en caso contrario.

C) El Objeto Material:

La doctrina coincide en señalar que el término “efectos” utilizado por el artículo 470 N° 1 del Código Penal, corresponde a los denominados “títulos valores”¹¹⁸, que son aquellos documentos que llevan incorporado un derecho literal y autónomo, que constituye título del mismo¹¹⁹, entre los cuales se encuentran los valores mobiliarios¹²⁰, como los bonos y las acciones, y los efectos de comercio¹²¹, como el cheque, el pagaré, la letra de cambio y todo otro documento susceptible de estimación pecuniaria y de valor negociable. De este modo, la letra de cambio, el pagaré y el cheque suscritos y entregados para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente, perfectamente pueden ser objeto material del delito de apropiación indebida, si este delito llega a configurarse.

D) El perjuicio:

En los casos de utilización abusiva de efectos de comercio antes planteados, independientemente de si éste delito pueda llegar a configurarse en la especie (lo que se resolverá en los párrafos siguientes), se estima que el perjuicio se produce cuando el

¹¹⁷ No es la intención de devolver la cosa (Muñoz Conde, ob. cit., pág. 381; Politoff, ob. cit., pág. 233; Labatut, ob. cit., pág. 235) o el ejercicio de sólo alguna de las facultades del dominio (Etcheberry, ob. cit., pág. 426) lo que caracteriza a la distracción, sino la naturaleza consumible del bien mueble sobre el cual recae dicha acción y el título de mera tenencia por el cual se entrega, pues sólo las cosas consumibles que se han recibido con obligación de entregar, devolver o dar un uso determinado pueden ser apropiadas con su mero uso natural, siempre que se haya prohibido tal uso o se haya prohibido su uso en fines distintos a los designados, lo que de realizarse implicará un acto dispositivo material o de consumición. Pero para que esta distracción o apropiación mediante uso indebido sea punible es necesario que concurra un perjuicio causado por la no restitución de la especie misma o por su no utilización para el fin asignado, en caso que no sean fungibles; o por la no restitución o no utilización para el fin designado de otras tantas cosas del mismo género y calidad, en caso que sean fungibles. En suma, la distracción es la apropiación que recae sobre cosas consumibles que se detentan con la obligación de entregarlas o restituirlas o de utilizarlas para un fin determinado y, además, con la prohibición de usarlas y/o consumirlas en fines distintos a los designados (título de mera tenencia); que son consumidas por el agente al usarlas conforme a su naturaleza y con fines distintos a los asignados, con ánimo de señor y dueño; y que se consuma con el perjuicio causado en la forma antes indicada. En similar sentido, Soto Piñeiro, ob. cit., pág. 54 y siguientes.

¹¹⁸ En tal sentido, Etcheberry, ob. cit., pág. 427; Garrido Montt, ob. cit., pág. 369, entre otros. Bajo Fernández y Pérez Manzano señalan expresamente que no hay obstáculo para admitir la apropiación indebida de títulos valores (Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., pág. 423).

¹¹⁹ Garrigues define a los títulos valores como documentos que llevan incorporado un derecho literal y autónomo que se puede ejercer por el portador legítimo contra el deudor a la fecha del vencimiento (Garrigues, ob. cit., pág. 605).

¹²⁰ Valores mobiliarios son aquellos títulos valores representativos de participación social, como las acciones de las sociedades anónimas (que representan la cuota del accionista en el capital social, su derecho a dividendo y su derecho a la participación en la gestión de los negocios sociales), los bonos o deventures y los bonos de deuda pública emitidos por el Estado (Sandoval López, Manual de Derecho Comercial, Tomo II, pág. 265).

¹²¹ Efectos de comercio son aquellos títulos valores negociables según las normas comerciales de circulación y que tienen un valor en moneda totalmente determinado, que representan un crédito en dinero por dicha cantidad, pagadero a corto plazo, como la letra de cambio, el pagaré o el cheque (Sandoval López, ob. cit., pág. 265).

tomador utiliza abusivamente el efecto de comercio totalmente extendido, suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente, endosando el efecto de comercio a un tercero de buena fe, ya sea para el pago de una deuda propia o para descontar su importe, o presentándolo directamente al cobro ante el banco librado en el caso del cheque, o al dictarse sentencia que acoge la demanda ejecutiva; pese a encontrarse pendiente dicha condición (que puede cumplirse o fallar), o habiendo fallado la misma, o aún cuando el acreedor no ha cumplido, no tiene la intención de cumplir o haya hecho imposible el cumplimiento de su obligación recíproca, o no obstante que la obligación subyacente ha sido oportuna e íntegramente cumplida de manera directa, o pese a que el negocio subyacente ha sido rescindido o resciliado; obteniendo de esta forma el equivalente al valor del efecto de comercio (que será cobrado por el tercero de buena fe o directamente por el beneficiario ante el banco librado en el caso del cheque) y dificultando o privando al suscriptor obligado al pago del documento de la posibilidad de oponer al cobro del título valor las excepciones derivadas del negocio causal.

Debe recordarse que la suscripción y entrega de un efecto de comercio totalmente extendido para los fines indicados ha sido obtenida lícitamente, sin mediar engaño, por lo que el perjuicio sólo se producirá cuando el tomador, con dolo subsecuente, viola el acuerdo de mantener el documento “en cartera” y sólo disponer de él en caso que la obligación subyacente no sea cumplida de manera directa luego de haberse cumplido la condición o el plazo suspensivo del cual dependía su existencia o exigibilidad, y de restituirlo al suscriptor en caso contrario; apropiándose o distraendo el valor del efecto de comercio al endosarlo a un tercero de buena fe o cobrarlo directamente al banco librado en el caso del cheque, o al dictarse sentencia en caso que se cobre ejecutivamente, en las circunstancias antes señaladas.

En cuanto al monto del perjuicio, éste se encuentra determinado por el importe del efecto de comercio endosado abusivamente a un tercero de buena fe. Lo mismo ocurre en el caso del cobro ejecutivo de un efecto de comercio.

En el caso del cheque en garantía, el perjuicio se encuentra determinado por el importe del efecto de comercio cobrado abusivamente ante el banco librado.

En el caso de una letra de cambio o pagaré a la vista y de un cheque a fecha (lo que no obsta a su carácter de documento a la vista), suscritos para facilitar el pago de una obligación sujeta a un plazo suspensivo, el perjuicio se limita a los intereses incluidos en el importe del documento, cuando este es cobrado en forma anticipada, debido a que tales intereses aún no se han devengado.

E) La mera tenencia fiduciaria:

En el delito de apropiación indebida, la recepción de la cosa debe hacerse por un título que produzca la obligación de entregarla o devolverla o hacer de ella un uso determinado, lo que implica que previamente ha salido de la esfera potestativa del propietario o derecho habiente. Tal requisito solo lo cumple un título de mera tenencia fiduciaria, como el depósito, la prenda, la comisión o administración (mandato) u otros títulos similares, debiendo excluirse todos los títulos traslaticios (o constitutivos) de dominio, que confieren el dominio y/o la posesión sobre la cosa.

De este modo, a fin de determinar si los casos planteados pueden configurar el delito de apropiación indebida, es necesario examinar con más detenimiento el título por el cual el suscriptor de un efecto de comercio entrega éste último al tomador del mismo, a fin de facilitar o garantizar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a condición o plazo, con la instrucción de mantenerlo en cartera mientras dicha condición o plazo se

encuentren pendientes y de restituirlo al suscriptor en caso que éstas fallen o, en caso que se cumplan, que la obligación subyacente sea satisfecha de modo directo, entre otros casos.

Análisis del título bajo el cual se efectúa la entrega de un efecto de comercio suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a una condición o plazo suspensivo, y su idoneidad para configurar el delito de apropiación indebida:

Como ya se ha señalado, los títulos idóneos para configurar el delito de apropiación indebida son aquellos que sirven de fuente a la tenencia fiduciaria, que constituye el presupuesto necesario del mencionado delito, la que puede derivar de un contrato, de un cuasicontrato, de un acto administrativo o de la ley, pero siempre debe ir seguida de una efectiva recepción o acceso a la cosa objeto material del delito en análisis.

En lo que al contrato se refiere (que es la fuente de la tenencia fiduciaria que interesa para efectos de este trabajo), además de ser la causa jurídica de la entrega de la cosa - de la que emana una situación o poder autónomo (tenencia fiduciaria)-, sirve también de fuente a la obligación de devolver, cuyo eventual atropello configura el delito de apropiación indebida.

El tipo penal de la apropiación indebida utiliza una fórmula amplia para referirse a estos títulos, que incluye a todos aquellos que producen la obligación de entregar o devolver o hacer un uso determinado de la cosa objeto material del delito, indicando sólo alguno de ellos de manera ejemplar. Por lo tanto, todos los actos jurídicos, aún los innominados, que originen la tenencia fiduciaria de una cosa mueble ajena, con la obligación de entregarla, restituirla o darle un destino convenido, son, en principio, títulos adecuados para configurar este delito.

En consecuencia, el juez encargado de conocer y juzgar la eventual comisión de un delito de apropiación indebida, debe realizar un doble examen: Primero, debe examinar el vínculo jurídico que sirve de presupuesto a la infracción de la obligación de entregar o devolver o hacer un uso determinado, conforme a las normas sustantivas (sobre títulos y modos de adquirir) y probatorias propias de la rama del derecho que rige dicho vínculo¹²², a fin de determinar si es un título traslativo (o constitutivo) de dominio -lo que descarta de plano la comisión del delito- o un título de mera tenencia y, este último caso, si se confirió al detentador un poder de hecho de carácter autónomo sobre la cosa ajena, a fin de descartar

¹²² En los títulos valores en general –entre los cuales se encuentran los efectos de comercio- el derecho contenido en el documento se encuentra fusionado al mismo. Esto permite que el derecho incorporado al título circule junto con el documento, conforme al régimen especial propio de esta clase de documentos. Pero además permite que el documento mismo, en cuanto bien corporal mueble, pueda ser objeto de negocios jurídicos, de derechos reales y de derechos personales. Es así como los títulos valores pueden ser comprados, vendidos, transados en la bolsa, transmitidos por sucesión por causa de muerte y por donación; pueden ser objeto de depósito, prenda o usufructo, de comisión o mandato, pueden ser judicialmente embargados y enajenados en procedimiento de apremio. En todos estos casos, el negocio jurídico recae directamente sobre el título o documento, como bien corporal, y solo indirectamente sobre el derecho en él incorporado, aún cuando es este último el que le da valor a aquél. Si bien en tales negocios jurídicos el derecho contenido en el título se encuentra sometido a las normas jurídicas reales que regulan la adquisición del derecho de propiedad, de usufructo o de prenda sobre el documento, considerado como bien mueble, no hay que olvidar que la circulación de esta clase de documentos se rige por normas especiales, a las cuales también queda sometido el derecho incorporado al título. El título es entonces medio o instrumento para la adquisición de derechos reales sobre el derecho incorporado. La circulación del título como cosa mueble implica la tradición real, la cual se exige tanto para la transferencia del derecho al que el título se refiere, como para la constitución de los derechos reales limitativos o de garantía, como por ejemplo, la prenda (Garrigues, ob. cit., pág. 122 y ss.; Sandoval López, ob. cit., pág. 237 y ss.).

la sustracción y, con ello, el hurto. En segundo lugar, debe examinar el incumplimiento de la obligación de restituir, lo que debe realizar conforme a las normas del Derecho Penal.

En cuanto a los títulos de mera tenencia que específicamente pueden servir de presupuesto al delito de apropiación indebida, el artículo 470 N° 1 del Código Penal sólo señala como ejemplos al depósito, la comisión y la administración (mandato). No obstante, la mencionada disposición legal es complementada por el artículo 714 del Código Civil, que define la mera tenencia como aquella que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño; y, además, señala como meros tenedores al acreedor prendario, al secuestre, al usufructuario, al usuario y al que goza del derecho de habitación, en relación con la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación le pertenece; y también indica que lo antes dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno, como por ejemplo, en virtud de un comodato o un precario¹²³.

Como ya se ha dicho, para determinar si en los casos de utilización abusiva de efectos de comercio antes planteados, se configura el delito de apropiación indebida, debe examinarse la naturaleza y circunstancias del título por el cual una persona suscribe y entrega a otra una letra de cambio, un pagaré o un cheque totalmente extendido y a su orden, para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación sujeta a condición o plazo suspensivo, con el acuerdo de mantener el documento “en cartera” y sólo disponer de él en caso que la obligación subyacente no sea cumplida de manera directa luego de haberse cumplido la condición o el plazo suspensivo del cual dependía su existencia o exigibilidad, y de restituirla al suscriptor en caso contrario; para así establecer si es un título de mera tenencia que sirve de presupuesto a este delito o un título traslativo de dominio que lo excluye¹²⁴.

Para tal efecto, a continuación se analizará brevemente -en relación con los casos de utilización abusiva de efectos de comercio antes planteados-, el depósito, la prenda y el mandato, que son los títulos que parecen tener alguna relación con la suscripción y entrega de efectos de comercio para garantizar o facilitar el cobro de una obligación subyacente.

125

A) El Depósito :

¹²³ En este sentido Bajo Fernández / Pérez Manzano, ob. cit., pág. 404 y ss; Muñoz Conde, ob. cit., pág. 380 y ss; Quintano Ripollés, ob. cit., pág. 357 y ss; Serrano Gómez, ob. cit., pág. 390, entre otros.

¹²⁴ Por ejemplo, si la cosa entregada es consumible, como el dinero, y el título por el cual se detenta es un depósito, la ley presume la autorización del depositante para usarlo y, por lo tanto, para consumirlo, por lo que el depositario se hace dueño del dinero, con la obligación de devolver la misma cantidad al depositante al momento de la restitución, lo que excluye a este delito. En cambio, si el título por el cual se detenta el dinero es un mandato, el mandatario no se hace dueño del dinero, por lo que si se lo apropia o distrae, con perjuicio para su mandante, comete el delito de apropiación indebida.

125

El depósito es un contrato en que se confía una cosa corporal mueble a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie. También se denomina depósito a la cosa depositada. El depósito es un contrato real, pues se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario, la cual puede hacerse de cualquier modo que se transfiera la tenencia de lo que se deposita. Se distinguen cuatro tipos de depósito: el depósito propiamente tal, el depósito irregular, el depósito necesario y el secuestro. No obstante, para los efectos del presente trabajo, sólo se hará referencia a los dos primeros. El depósito propiamente tal coincide con el concepto de depósito antes señalado, de lo que se concluye que aquél es sin duda un título de mera tenencia, en virtud del cual se recibe una cosa con la obligación de

En relación con los casos de utilización abusiva de efectos de comercio antes planteados, se ha hecho común que un acreedor solicite a su deudor la entrega en “depósito” de una letra de cambio, un pagaré o un cheque suscrito por el propio depositante a la orden del depositario, para asegurar el cumplimiento de una obligación. Un claro ejemplo puede encontrarse en las clínicas privadas de salud, donde muchas veces se solicita dejar un cheque totalmente extendido (sino en blanco) “en depósito” (según se indica en los mismos documento que tales instituciones entregan como recibo) para poder acceder a una prestación médica (afortunadamente hoy en día ello no se exige respecto de las atenciones “de urgencia”), documento que queda en su “custodia” hasta que el paciente pague la prestación médica por otros medios (con el bono de una ISAPRE, con dinero efectivo u otro medio de pago).

De poder clasificarse la situación descrita como un depósito, lo que en sí es discutible, claramente sería uno de carácter irregular, debido a que la letra de cambio, el pagaré y el cheque son títulos valores de carácter constitutivo, lo que implica que el tomador se hace dueño del efecto de comercio y del derecho a él incorporado. De este modo, este “depósito” no se constituye sobre el efecto de comercio en sí mismo, pues el depositario se hizo dueño del título valor, ni tampoco puede constituirse sobre el derecho a él incorporado, pues el depósito solo puede recaer sobre bienes corporales muebles, sino que realmente se constituye sobre la cantidad de dinero indicada en el título, cuyo carácter fungible califica al depósito como irregular, concurriendo de este modo un título traslativo de dominio que es incompatible con el delito de apropiación indebida.

Por lo tanto, el “depósito” de efectos de comercio suscritos a la orden del “depositario” para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones, no constituye un título idóneo para configurar el delito de apropiación indebida, por las razones antes señaladas, sin que obste a esta conclusión la existencia de un acuerdo de mantener el documento “en cartera” y sólo disponer de él en caso que la obligación subyacente no sea cumplida de manera directa luego de haberse verificado la condición o el plazo suspensivo del cual dependía su existencia o exigibilidad, y de restituirlo al suscriptor en caso contrario; y tampoco obsta a tal conclusión la violación de dicho acuerdo cometida al endosar abusivamente el documento a un tercero de buena fe o al cobrarlo en juicio ejecutivo o directamente ante el banco librado en el caso del cheque, ni la posterior falta de restitución del importe del efecto de comercio.

126

B) La Prenda :

devolverla y, por consiguiente, constituye título idóneo para que se configure el delito de apropiación indebida, en caso que el depositario de una cosa mueble invierta su título precario apropiándose de la cosa confiada. En cuanto al depósito irregular, consiste en el depósito de dinero (o de otra cosa fungible), que no se realiza en arca cerrada cuya llave conserva el depositante o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura. En el depósito irregular se presume que el depositante permite al depositario emplear las cosas depositadas, quedando obligado este último a restituir otro tanto de la misma moneda (u otro tanto del mismo género y calidad). Como ya se ha indicado en párrafos anteriores, al permitir el uso de una cosa fungible y consumible, como el dinero, se permite su consumición, lo que significa que se permite disponer de ella, facultad que sólo corresponde a su propietario. De esto se infiere que el depósito irregular es un título traslativo de dominio y, como tal, incompatible con el delito de apropiación indebida.

126

Es un contrato por el cual se entrega una cosa mueble a un acreedor para seguridad de su crédito, confiriéndole la facultad de retener la cosa, de perseguirla de manos de quien se encuentre (reivindicando su derecho real de prenda), de

Para determinar si la entrega de una letra de cambio, pagaré o cheque girado, aceptado o suscrito por el propio deudor a la orden de su acreedor para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación, condicionando su pago a la falta de solución de la obligación principal por otros medios, puede constituir una prenda sobre efectos de comercio y ser, además, un título idóneo para configurar el delito de apropiación indebida, es necesario establecer si dicha entrega cumple los elementos esenciales y las características propias de este contrato y, además, si constituye un título de mera tenencia o traslaticio de dominio, para lo cual es útil comparar esta situación con la prenda constituida sobre otros bienes similares.

solicitar su venta con arreglo al procedimiento legal (establecido por el D.L. 776, de 1925) y de pagarse preferentemente con el producto de la venta, si el deudor no cumple con la obligación principal. La prenda es un contrato unilateral (sinalagmático imperfecto), oneroso, real o solemne (según la clase de prenda) y accesorio; además, es un derecho real y mueble; constituye un principio de enajenación; da nacimiento a un privilegio; es un título de mera tenencia (en las prendas con desplazamiento); y es indivisible. En la prenda no se compromete todo el patrimonio del deudor prendario, sino sólo el bien mueble –corporal o incorporeal- que se afecta al cumplimiento de la obligación caucionada. Para que un bien pueda darse en prenda (civil o mercantil), además de mueble debe ser susceptible de ser entregado y encontrarse dentro del comercio. Asimismo, debe estar determinado e individualizado. La prenda contemplada en nuestra legislación común es la anteriormente definida, la cual exige la entrega de la cosa empeñada al acreedor prendario (prenda con desplazamiento), y puede ser civil o mercantil. Pero también existen prendas especiales, regidas por normas particulares, las que se caracterizan, fundamentalmente, por su carácter solemne y porque el deudor conserva la tenencia de las cosas empeñadas. Entre estas prendas especiales encontramos la prenda agraria (Ley 4.097, de 1926), la prenda de valores mobiliarios a favor de bancos (Ley 4.287, de 1928), la prenda de compraventa de bienes muebles a plazo (Ley 4.702, de 1928) y la prenda industrial (Ley 5.687, de 1935). Sólo la prenda con desplazamiento puede constituir título idóneo para configurar el delito de apropiación indebida, pues solo en ella la cosa empeñada es entregada al acreedor prendario para seguridad de su crédito. Este último, aunque propietario y poseedor de su derecho real de prenda es, sin embargo, mero tenedor fiduciario de la cosa (pues tiene un poder autónomo de custodia), conservando el deudor o tercero la posesión y el dominio sobre ella, por lo que si el acreedor prendario se apropia o distrae la cosa entregada en prenda, comete el mencionado delito (Corte Suprema, sentencia de fecha 24 de mayo de 1915, Gaceta de 1915, tomo I, pág. 604). No obstante, al igual como ocurre con el depósito irregular, en la prenda de dinero u otra cosa fungible que no se realiza en arca cerrada cuya llave conserva su dueño o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presume que el dueño de la cosa empeñada (que puede ser el deudor o un tercero) permite al acreedor prendario usarla y consumirla, quedando obligado a restituir otro tanto del mismo género y calidad una vez cumplida la íntegramente obligación principal. Al permitir el uso y consumo de la cosa empeñada se transfiere el dominio sobre ella, de lo cual se infiere que la prenda irregular es un título traslaticio de dominio y, como tal, incompatible con el delito de apropiación indebida. Por el contrario, si la entrega en prenda de dinero u otra cosa fungible se realiza en un cofre cerrado o con algún resguardo que impida su utilización, el acreedor prendario es mero tenedor del dinero o de la otra cosa fungible dada en prenda, por lo que debe restituir el mismo papel moneda o la misma especie contenida en el cofre una vez cumplida la obligación caucionada. No obstante, si el acreedor prendario se apropia o distrae el dinero entregado en prenda, pero al momento de serle requerida su devolución restituye otro tanto de la misma moneda, no se produce el perjuicio y, por lo tanto, no se configura el delito.

Claramente los casos de utilización abusiva de efectos de comercio antes planteados no coinciden con la prenda constituida sobre efectos de comercio o valores mobiliarios mediante su endoso en garantía, si el título es a la orden¹²⁷, o mediante la constitución de una prenda sobre el título conforme a los artículos 2.389 del Código Civil y 816 del Código de Comercio, si el título es nominativo¹²⁸; pues en estos casos quien constituye la prenda es titular de un crédito o derecho contenido en el título empeñado, lo que no ocurre en los casos planteados, en los que el deudor suscribe un efecto de comercio a la orden de su acreedor y con ello adquiere una obligación cambiaria para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a un plazo o condición suspensiva.

Una situación que guarda cierta similitud con los casos materia de este trabajo es la de la boleta de garantía bancaria. Al respecto, el profesor Raúl Varela Varela sostiene que las boletas de garantía constituyen una prenda en dinero por el valor que representan. En este caso -según indica-, entre el cliente y el banco hay un contrato de depósito; entre el banco y el tercero a cuyo nombre está la boleta existe una estipulación a favor de tercero, mediante la cual el banco es deudor del depósito y el tercero tiene acción directa para cobrarlo; y, finalmente, entre el tomador de la boleta (cliente) y el tercero surge claramente la figura de la garantía.

El tomador acuerda con el banco que éste pague al tercero a cuyo nombre se encuentra la boleta, la cantidad en ella indicada, con el objeto de proporcionar a éste una seguridad análoga a la que le habría dado al entregarle dinero efectivo. Es decir, el tomador quiso afectar la suma depositada a la seguridad de sus obligaciones, por lo que claramente se trata de una prenda.

En el caso de la boleta de garantía, que es un documento representativo de dinero que habilita para percibir directamente la cantidad en él expresada, el acreedor se hace

¹²⁷ El endoso en garantía de un documento a la orden es aquel que contiene la cláusula “valor en garantía” o “valor en prenda” y en virtud del cual se constituye el documento en prenda. El endoso en garantía faculta al portador para ejercer todos los derechos emanados de la letra, cobrarla judicial y extrajudicialmente y aplicar sin más trámites su valor al pago de su crédito, con la obligación de rendir cuenta al endosante. Sin embargo, el endosante no responde de la aceptación o pago del documento, salvo pacto expreso. Mientras el endosatario en garantía mantenga la letra en su poder, debe practicar todas las diligencias necesarias para conservar los derechos emanados de ella. El endoso hecho por el endosatario en garantía solo vale como endoso en cobro (artículo 30 Ley 18.092).

¹²⁸ La prenda, tanto civil como mercantil, sobre un título a la orden, se constituye mediante su endoso con la cláusula “valor en garantía”. No ocurre lo mismo con los créditos nominativos. Conforme a lo prescrito en el artículo 2.389 del Código Civil, la prenda civil sobre un crédito nominativo se perfecciona entre las partes con la entrega del título y respecto a terceros, mediante la notificación del deudor prohibiéndole que lo pague en otras manos.- En cuanto a la prenda mercantil, en general, esta se perfecciona entre las partes por la entrega de la cosa y respecto a terceros, mediante escritura pública o documento privado protocolizado, previa certificación en el mismo de la fecha de la diligencia, puesta por el notario respectivo. La escritura pública o documento protocolizado debe contener la declaración de la cuantía de la deuda y la especie y naturaleza de las cosas empeñadas o llevar anexo una descripción de su calidad, peso y medida. Además, debe indicarse claramente la obligación caucionada con la prenda misma. Por su parte, la prenda mercantil de créditos nominativos se constituye en la forma prescrita en el artículo 816 del Código de Comercio, es decir, entre las partes por la simple entrega del título y respecto a terceros, mediante escritura pública o documento protocolizado, las que deben contener las indicaciones antes señaladas; pero además debe notificarse al deudor y prohibirle que pague el crédito en otras manos. No obstante, la notificación al deudor exigida por los artículos 2.389 del Código Civil y 816 del Código de Comercio, sólo es necesaria en la constitución de una prenda, civil o mercantil, sobre un crédito nominativo, pues para constituir una prenda civil sobre un crédito al portador o a la orden, basta la simple entrega o el endoso en garantía del documento, respectivamente; y, en caso de la prenda mercantil, se perfecciona entre las partes por la entrega o el endoso en garantía del documento, según el caso, y respecto a terceros, mediante una escritura pública o documento protocolizado; pero en ninguna de estas dos prendas es necesario notificar al deudor, pues éste debe pagar el crédito al legítimo tenedor del título (Somarriva Undurraga, Manuel: “Tratado de las Cauciones”, Contable Chilena Editores, Santiago, 1981, pág. 247).

dueño del documento y de la suma a que él se refiere, pudiendo exigir su pago al banco sin que éste pueda excepcionarse alegando que el portador recibió la boleta a mero título de garantía¹²⁹.

Algo similar ocurre cuando se entrega una letra de cambio, pagaré o cheque suscrito por el deudor a la orden de su acreedor, con el fin de garantizar o facilitar el cobro de una obligación subyacente, para que el documento sea cobrado y se constituya prenda sobre el dinero en efectivo. Es esta, por lo tanto, otra forma de constituir una prenda sobre dinero y, por consiguiente, un título traslativo de dominio que excluye la posibilidad de que se configure el delito de apropiación indebida.

¿Pero que pasa si se acuerda que el documento sea mantenido “en cartera” y no sea cobrado sino en caso que se cumpla una condición o en caso que el deudor no cumpla por otros medios la obligación subyacente?

El profesor Alfredo Etcheberry señala que “si la prenda se constituye no con dinero efectivo, sino con un cheque, será preciso distinguir: si el cheque se entrega para ser cobrado y constituir la prenda con su producto, el título es traslativo de dominio; si el cheque se entrega para ser guardado como tal y solo puede cobrarse en caso de incumplimiento, su cobro anticipado o indebido constituirá una apropiación indebida de efectos de comercio”¹³⁰.

A partir de lo expuesto por este prestigioso autor nacional, se podría concluir que la entrega al acreedor de una letra de cambio, pagaré o cheque suscrito por su deudor a la orden de aquél para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación, puede ser considerada como una forma de constituir una prenda sobre un efecto de comercio y que si es entregado para ser guardado como tal mientras no se incumpla la obligación subyacente, constituye un título de mera tenencia idóneo para configurar el delito de apropiación indebida en caso que sea cobrado o endosado en forma abusiva.

Sin embargo, lo anterior no es correcto, pues el suscriptor obligado al pago de un efecto de comercio no puede constituirlo directamente en prenda de una obligación subyacente (a menos que este documento circule y vuelva a su poder no como deudor, sino como endosatario), pues lo que puede constituirse en prenda es el crédito contenido en el documento y ello debe hacerse conforme a las normas especiales que rigen estos títulos. Así, de las letras de cambio, pagarés y cheques suscritos para garantizar una obligación subyacente, en la forma y condiciones tantas veces señalada, no emana ningún crédito en favor del suscriptor que éste pueda constituir en prenda; por el contrario, de estos documentos emana una obligación cambiaria en su contra.

Por lo tanto, la entrega al acreedor de un efecto de comercio suscrito por su deudor para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación no puede ser considerado como un prenda sobre efectos de comercio, sino solo como una forma de constituir una prenda en dinero por el valor que indican, cuyo carácter irregular y traslativo o constitutivo de dominio la hacen incompatible con el delito de apropiación indebida.

¹²⁹ Varela Varela, Raúl, informe inédito citado por Somarriva Undurraga, ob. cit., pág. 231.

¹³⁰ Etcheberry, ob. cit., tomo III, pág. 434. Los comentarios arriba citados fueron el principal fundamento para incluir el análisis de la apropiación indebida en el presente trabajo, ya sea para confirmarlos o para rechazarlos.

C) El Mandato :

En los casos de utilización abusiva de efectos de comercio que se han planteado, al analizar el delito de abuso de firma en blanco se señaló que la persona a quien el firmante confía llenar los datos faltantes del documento suscrito en blanco, de determinada manera y/o para determinados fines, es un verdadero mandatario de aquél y que el delito se configuraba cuando este mandatario abusaba o traicionaba tal confianza y llenaba el documento apartándose o desviándose en forma impropia, excesiva o injusta de tales

¹³¹ El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otro, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo del primero (artículo 2.116 del Código Civil). El mandato puede ser calificado en civil o mercantil, según cuál sea el carácter que para el mandante tenga el acto para el que confiere el mandato. Además, el mandato puede ser general o especial, según si se detallan o no los actos para los que se confiere el mandato. El mandato mercantil especial o “comisión” se encuentra expresamente contemplado en el artículo 470 N° 1 del Código Penal. En cuanto al otro título contemplado en este tipo penal, esto es, la administración, los administradores son mandatarios generales dotados de amplios poderes de gestión. No obstante, esta figura penal no se limita a la comisión y a la administración, sino a todo otro tipo de mandato, civil o comercial, general o especial. El mandatario es mero tenedor fiduciario de los objetos de propiedad del mandante que éste le ha entregado para la ejecución de la gestión encomendada, por lo que aquél se encuentra obligado a devolverlos o a darles un uso determinado. Si por el contrario, el mandatario se apropia de tales objetos y con ello causa perjuicio a su mandante, comete el delito de apropiación indebida. En cuanto al dinero y otros bienes fungibles y consumibles, tal carácter no basta para que el mandato por el cual se entregan sea título traslativo de dominio, pues para ello es necesario que se confiera la facultad para usarlos y, por lo tanto, para consumirlos. A diferencia de lo que ocurre con el depósito y la prenda, la facultad de usar la cosa entregada en virtud de un mandato no se presume, pues no existe disposición legal que establezca tal presunción. Por lo tanto, el mandato es un título de mera tenencia idóneo para configurar el delito de apropiación indebida, no siendo obstáculo que la cosa entregada al mandatario para los fines del mandato sea fungible y consumible, salvo que el mandatario autorice en forma expresa al mandatario para que utilice tales cosas. Si no existe esta autorización, el mandatario no está facultado para aplicar a fines propios el dinero u otras cosas fungibles que se le entregan y, por lo tanto, si utiliza y consume tales objetos, la ley lo sanciona tanto civil (con intereses e indemnizaciones) como penalmente (por el delito de apropiación indebida), pues ha cometido un acto de apropiación y ha causado un perjuicio su mandante. De este modo, el mandatario a quien se le ha encomendado la gestión de un determinado negocio, puede recibir dinero: a) con autorización expresa para usar de él; b) con prohibición expresa para usar en dinero en otros negocios; y c) sin que nada se exprese en el contrato sobre el uso del dinero para otros fines. En el primer caso, claramente estamos ante un título traslativo de dominio y, por lo tanto, no puede configurarse el delito de apropiación indebida, aún cuando el mandatario se apropie o distraiga el dinero entregado y no lo restituya al mandante. En el segundo caso, el mandante ha prohibido expresamente al mandatario usar el dinero para otros fines, por lo que el mandatario es mero tenedor del dinero y, por lo tanto, si se lo apropia y distrae y con ello causa perjuicio a su mandante, cometerá el delito en comento. Por último, en el tercer caso, el mandante no ha autorizado ni prohibido al mandante utilizar el dinero entregado para otros fines, pero como no existe disposición legal que presuma tal autorización, se entiende que el mandatario no está autorizado para ello y, por lo tanto, es mero tenedor del dinero entregado, por lo que si se lo apropia o distrae y con ello causa un perjuicio a su mandante, comete el delito de apropiación indebida.

instrucciones, extendiéndolo (escribiendo su contenido o completando las disposiciones faltantes) de tal manera que produzca un perjuicio al suscriptor o a un tercero, que como en toda defraudación debe ser apreciable en dinero.

Si el documento, en este caso, un efecto de comercio, se encuentra totalmente extendido por una determinada cantidad y a la orden del mandatario, a quién se le entrega para un fin determinado, por ejemplo, para comprar un determinado bien o pagar una deuda, claramente se está facultando al mandatario para cobrar el documento y con el dinero cumplir el mandato. Si el mandatario, empleando el dinero para usos personales, viola su obligación de utilizar determinadamente ese dinero o restituirlo en subsidio, causando un perjuicio a su mandante, comete el delito de apropiación indebida.

¿Pero qué ocurre si se suscribe una letra de cambio, pagaré o cheque totalmente extendido, por una determinada cantidad y a la orden de una determinada persona, a quien se le entrega con el fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a una condición o plazo suspensivo de la cual es acreedor, con instrucciones específicas de mantener el documento “en cartera” y sólo disponer de él en el caso que se verifique la condición o se venza el plazo y el suscriptor no cumpla su obligación subyacente por otros medios, y restituir el documento en caso contrario; y, no obstante, el tomador se aparta en forma impropia, excesiva o injusta de tales instrucciones, al endosar (o descontar) dicho documento a un tercero de buena fe o cobrándolo en juicio ejecutivo o directamente al banco librado en el caso del cheque, en una de las circunstancias tantas veces señaladas, causando de este modo un perjuicio al suscriptor obligado al pago? ¿Puede considerarse en este caso al tomador del efecto de comercio como mandatario del suscriptor del mismo, para los efectos de pagarse su propio crédito en determinadas circunstancias?

En cuanto a la primera pregunta, siempre hay que tener presente que la letra de cambio, el pagaré y el cheque son títulos valores de carácter constitutivo, por lo que el tomador se hace dueño del efecto de comercio y del derecho a él incorporado, sin perjuicio de las excepciones que el suscriptor obligado al pago del documento pueda oponer al cobro del mismo, especialmente las basadas en las relaciones personales con el primer tomador, siempre que dicho documento no circule mediante endoso.

Respecto a la segunda pregunta, en estos casos el tomador del documento difícilmente puede ser considerado como mandatario del suscriptor del mismo, debido a que la obligación adquirida por el tomador de mantener el documento “en cartera” y sólo disponer de él en caso que la obligación subyacente no sea cumplida de manera directa luego de haberse verificado la condición o el plazo suspensivo del cual dependía su existencia o exigibilidad, y de restituirla al suscriptor en caso contrario, no emana de “instrucciones” impartidas por el suscriptor, sino de un acuerdo de voluntades entre ambos, cuyo incumplimiento generará una responsabilidad civil contractual por los perjuicios causados. De ese modo, el tomador en estos casos no concurre como un mandatario del suscriptor obligado al pago del documento, sino como su acreedor, contraparte en el negocio causal.

Sólo podría configurarse un mandato en estos casos si el documento se entrega a un tercero (como por ejemplo, un notario), con instrucciones de entregarlo al tomador o beneficiario en caso que la obligación subyacente no sea cumplida de manera directa luego de haberse verificado la condición o el plazo del cual dependía su existencia o exigibilidad. Si el mandatario se apropia o distrae el documento con perjuicio del suscriptor (mandante), comete el delito de apropiación indebida. Pero éste no es el caso de utilización abusiva de efectos de comercio que se ha planteado, en el cual, como ya se ha indicado, no puede hablarse de mandato.

Conclusión sobre la configuración del delito de apropiación indebida en los casos analizados:

Como se ha podido comprobar, la suscripción y entrega de una letra de cambio, pagaré o cheque totalmente extendido, que una persona realiza a la orden de otra para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a un plazo o condición suspensiva, con el acuerdo de mantener el documento “en cartera” y sólo disponer de él en determinados casos, no constituye un depósito regular, una prenda regular, un mandato, ni algún otro título de mera tenencia.

Por el contrario, la letra de cambio, el pagaré y el cheque son títulos valores de carácter constitutivo, esto es, documentos cuya creación da nacimiento a un derecho de contenido económico, cartáceo, literal, autónomo, formal y abstracto, representativo de una suma de dinero, que se incorpora al documento mismo y que puede ser ejercido por el portador legítimo en contra del deudor a la fecha del vencimiento o a su presentación, según corresponda.

De este modo, la entrega material del efecto de comercio permite constituir dominio sobre el título y el derecho en él contenido, pues es el acto que necesariamente debe preceder al libramiento de una letra de cambio (cuando se libra en favor de un tercero), a la aceptación de la misma, a la suscripción de un pagaré, al giro de un cheque o al endoso de tales documentos, pues sólo así el tenedor de estos efectos de comercio adquiere, de forma originaria, los derechos cambiarios incorporados a ellos, los que sólo pueden existir en el título y solo pueden ser ejercidos por el legítimo portador del documento, cautelando de este modo los valores de certeza, rapidez y seguridad que son propios de esta clase de títulos.

En conclusión, en el caso de una persona que, sin mediar engaño, acepta una letra de cambio, suscribe un pagaré o gira un cheque totalmente extendido a la orden de otra, a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación que el suscriptor tiene o que a futuro piensa tener con el tomador, esto es, sujeta a un plazo o condición suspensiva, y en el que éste endosa abusivamente el efecto de comercio a un tercero de buena fe, ya sea para el pago de una deuda propia o para descontar su importe, o lo cobra en juicio ejecutivo o directamente ante el banco librado en el caso del cheque, pese a encontrarse pendiente dicha condición (que puede cumplirse o fallar), o habiendo fallado la misma, o aún cuando el acreedor no ha cumplido, no tiene la intención de cumplir o haya hecho imposible el cumplimiento de su obligación recíproca, o no obstante que la obligación subyacente ha sido oportuna e íntegramente cumplida de manera directa, o pese a que el negocio subyacente ha sido rescindido o resciliado, obteniendo de esta forma el equivalente al valor del efecto de comercio (que será cobrado por el tercero de buena fe, en el caso del endoso); no se configura el delito de apropiación indebida, aun cuando dicho cobro o endoso abusivo causa un perjuicio al suscriptor obligado al pago del documento, debido a que el título bajo el cual se efectúa la entrega de un efecto de comercio suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a una condición o plazo suspensivo, es un título constitutivo de dominio, por lo que el tomador del efecto de comercio es dueño del documento y del derecho en él contenido, lo que excluye definitivamente tal delito.

CONCLUSIONES FINALES DEL CAPÍTULO SEGUNDO

En el presente capítulo se abordó el problema de la eventual responsabilidad penal del tomador o beneficiario de una letra de cambio, pagaré o cheque suscrito por su deudor para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a condición o plazo suspensivo, cuando aquél utiliza abusivamente el documento en

perjuicio del suscriptor obligado a su pago, por ejemplo, cobrando el efecto de comercio totalmente extendido, a su presentación o a su vencimiento, según corresponda, no obstante encontrarse pendiente la condición suspensiva de la cual depende el nacimiento de la obligación subyacente; o en caso que la obligación subyacente no haya llegado a existir por haber fallado la condición suspensiva a la que se encontraba sujeta; o en caso que el acreedor no haya cumplido ni tenga la intención de cumplir o haya hecho imposible el cumplimiento de su obligación recíproca; o en caso que la obligación subyacente haya sido oportuna e íntegramente cumplida de manera directa; o en caso que el negocio causal haya sido rescindido o resciliado; o endosando a un tercero una letra de cambio pagaré o cheque suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente, con el fin de evitar que el suscriptor obligado al pago del documento pueda oponer al primer tomador las excepciones derivadas del negocio causal, como por ejemplo, la excepción de contrato no cumplido o las de inexistencia o falta de exigibilidad de la obligación subyacente; o completando el tomador o beneficiario las menciones faltantes de una letra de cambio, pagaré o cheque suscritos total o parcialmente en blanco, con infracción de las instrucciones que para tal efecto le había dado el suscriptor, seguido del cobro o el endoso del documento; o incumpliendo el tomador su compromiso de guardar en cartera una letra de cambio o pagaré a la vista y no cobrarlos sino hasta el vencimiento de un plazo o de respetar la postdata en el caso del cheque a fecha, suscritos para facilitar el cumplimiento de una obligación a plazo.

Así, se comprobó que en aquellos casos en que una persona engaña a otra para que suscriba a la orden de aquél una letra de cambio, un pagaré o un cheque (como aceptante, suscriptor o girador, respectivamente), completamente extendido o sin alguna de sus menciones esenciales (en blanco), a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de su obligación subyacente sujeta a una condición o plazo suspensivo, teniendo desde un principio el beneficiario la intención de utilizar abusivamente el efecto de comercio en perjuicio del suscriptor, en una de las formas antes señaladas, se configura el delito de estafa, previsto y sancionado en los artículos 468 y 473 del Código Penal.

Del mismo modo, se comprobó que en aquellos casos en que una letra de cambio, pagaré o cheque totalmente extendido es suscrito sin mediar engaño para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a un plazo o condición suspensiva, pero posteriormente es dolosamente utilizado como medio engañoso para obtener el pago indebido de dicha obligación pese a que actualmente no es exigible, por encontrarse pendiente el plazo suspensivo al que se encuentra sujeto o por encontrarse el acreedor en mora en el cumplimiento de la obligación recíproca; o pese a que no existe, ya sea por encontrarse pendiente la condición suspensiva de la cual depende su existencia, por haber fallado la misma, por haber sido íntegramente cumplida o por haberse rescindido o resciliado el negocio causal, causando de este modo un perjuicio patrimonial al obligado al pago del documento (por el monto de los intereses no devengados incluidos en el título, en el caso de la obligación a plazo, y por el total de su importe, en los demás casos), se configura el delito de estafa previsto y sancionado en el artículo 468 del Código Penal, pues la dolosa presentación al cobro de un efecto de comercio, documento que en sí mismo contiene una orden o promesa incondicionada de pago, en las circunstancias antes señaladas, realizada por el primer tomador o por un endosatario de mala fe, constituye una maniobra externa dirigida a crear la apariencia de un crédito subyacente existente y actualmente exigible o la apariencia de una obligación cambiaria desvinculada del negocio causal.

En estos casos el engaño puede consistir en aparentar la verificación de los hechos de los que depende la existencia y actual exigibilidad de la obligación subyacente y, por

consiguiente, de la obligación cambiaria aún vinculada a aquélla. Pero también el engaño puede consistir en simular la desvinculación (abstracción) de la obligación cambiaria respecto de la obligación subyacente, a fin de eludir las excepciones que el suscriptor obligado al pago del documento pueda oponer al cobro del mismo sobre la base de la relación causal, para lo cual basta simular el endoso del efecto de comercio a un tercero de mala fe, de manera tal que sea éste quien ejerza la acción ejecutiva en contra del obligado al pago del documento, actuando concertadamente como coautor del engaño. Por su parte, el obligado al pago puede limitar los efectos del principio de la inoponibilidad de las excepciones basándose en las reglas generales de la simulación, es decir, probando que tal endoso realmente es simulado y, de esta forma, oponer las excepciones derivadas del negocio causal al primer tomador, verdadero titular del efecto de comercio, lo que es poco factible de realizar en un juicio ejecutivo.

No obstante, se comprobó que en aquellos casos en que el sujeto pasivo de estos engaños es el juez que conoce un juicio ejecutivo, existen dificultades para que se configure la estafa procesal, pues en los procedimientos ejecutivos el juez dicta la sentencia (disposición patrimonial perjudicial) en base a consideraciones formales señaladas en la ley y no por que haya incurrido en un error a causa de la conducta engañosa desplegada por el actor, interrumpiéndose de este modo el vínculo de causalidad que debe existir entre la conducta engañosa y el perjuicio patrimonial, lo que impide que se configure el delito de estafa.

Por otro lado, también se comprobó que en aquellos casos en que una persona, sin mediar engaño, suscribe una letra de cambio, pagaré o cheque en blanco o al menos sin alguno de sus elementos esenciales, a fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación que el suscriptor tiene o que a futuro piensa tener con el tomador, a quien confía el llenado de las menciones faltantes conforme a estrictas instrucciones, generalmente basadas en antecedentes que no se encontraban precisados al momento de la suscripción; pero dicha persona se aparta o desvía de tales instrucciones, traicionando la confianza en él depositada al completar el efecto de comercio por un importe superior o en incumplimiento de otro pacto distinto, causando perjuicio al suscriptor o a un tercero, se configura el delito de abuso de firma en blanco, previsto y sancionado en el artículo 470 N° 3 del Código Penal.

Finalmente, de estableció que en aquellos casos en los que una letra de cambio, pagaré o cheque totalmente extendido, suscrito sin mediar engaño para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación subyacente sujeta a un plazo o condición suspensiva, es abusivamente endosado por el primer tomador a un tercero de buena fe, ya sea para pagar una deuda propia o para descontar su importe, no concurre un engaño que pueda determinar un error en el disponente sobre el carácter abstracto del efecto de comercio respecto a la obligación subyacente, del que pueda derivar directamente una disposición patrimonial perjudicial, pues el título valor efectivamente se ha desvinculado del negocio causal, motivo por el cual no se configura en tal situación el delito de estafa.

Lo mismo ocurre con el cobro anticipado de un cheque a fecha, suscrito sin mediar engaño, por el beneficiario ante el banco librado, apropiándose abusivamente de esta forma de los intereses incluidos en el importe del documento, los cuales aún no se han devengado. En esta misma situación puede incluirse el cobro abusivo de un cheque de garantía suscrito sin mediar engaño, toda vez que su presentación al cobro ante el banco librado, omitiendo su carácter de documento desnaturalizado, no constituye un engaño suficiente para configurar el delito de estafa.

No obstante, en estos casos sí concurre un abuso de confianza, por lo que se analizó la posible configuración de una defraudación por tal concepto, específicamente, el delito

de apropiación indebida, previsto y sancionado en el artículo 470 N° 1 del Código Penal. Sin embargo, se pudo comprobar que tal delito no puede configurarse, pues en la especie no concurre ningún título de mera tenencia sino que, por el contrario, concurre un título constitutivo de dominio sobre el documento y sobre el derecho cambiario en él contenido en favor del tomador.

De este modo, estas últimas conductas son atípicas, al no satisfacer los tipos penales de la estafa ni de la apropiación indebida. Sin embargo, el abuso de confianza cometido por el tomador de un efecto de comercio que en las circunstancias antes señaladas lo endosa a un tercero de buena fe o lo cobra abusivamente en juicio ejecutivo o ante el banco librado, causando con ello un perjuicio al suscriptor obligado al pago del documento, tiene la misma gravedad que el abuso de firma en blanco y, por lo tanto, es digno de la protección penal.

En definitiva, de todas las hipótesis analizadas, sólo algunas son subsumibles en los tipos penales actualmente vigentes, no ocurriendo lo mismo en las demás hipótesis planteadas, respecto a las cuales existe un vacío legal y una desprotección penal frente a los abusos en que el tomador de un efecto de comercio puede incurrir, vulnerando de este modo la confianza que el girador ha tenido al girar un documento en las circunstancias antes señaladas.

CAPÍTULO TERCERO: NECESIDAD Y PROPUESTA DE UN NUEVO TIPO PENAL

Frente a la insuficiencia de las normas civiles y mercantiles para evitar los abusos y sus efectos perniciosos vistos en el capítulo primero; y del vacío legal y desprotección penal frente a los abusos en que el tomador de un efecto de comercio puede incurrir en contra de la confianza del girador de un documentos en las circunstancias antes señaladas, como se vio en el capítulo segundo, tal vez sea necesaria la intervención del derecho penal a fin de impedir o sancionar la comisión de este tipo de abusos, evitando de este modo los graves inconvenientes y riesgos económico-sociales que las operaciones antes descritas encierran.

No obstante, cabe preguntarse si las situaciones analizadas en el presente trabajo son tan graves como para justificar la intervención del derecho penal.

Para responder esta fundamental pregunta es necesario tener en consideración que la función del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos de mayor trascendencia para la comunidad, frente a las agresiones más graves que los puedan afectar, susceptibles de ser prevenidas por su intervención; y no, por contrapartida, la represión de meros incumplimientos de obligaciones jurídicas, particularmente, patrimoniales de derecho privado, las cuales sólo podrán tener relevancia penal cuando la acción que constituye tal incumplimiento reúna las condiciones antes apuntadas (abuso de poder o de confianza); pero en tal caso su relevancia penal deriva de ésta última circunstancia y no de la situación de constituir un incumplimiento civil que, en rigor, es irrelevante para efectos penales¹³².

Por lo tanto, es necesario determinar si los casos de utilización abusiva de efectos de comercio que son materia de este trabajo, constituyen un abuso de confianza digno de protección penal y, a su vez, un abuso del derecho contenido en los mencionados títulos valores o, por el contrario, constituyen un ejercicio legítimo de tal derecho.

Abuso de confianza:

Los abusos de confianza son situaciones de incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas, legales o contractuales, que sólo en ciertos casos han sido tipificados como delito, pues en general el incumplimiento de obligaciones, aunque cause un perjuicio económico, no es constitutivo de delito. El quid que en estos casos ha motivado el interés público en la protección de determinados intereses particulares, que el Código Penal tipifica casuísticamente, es precisamente el abuso de la confianza que el sujeto de una relación jurídica deposita en su contraparte, que al entregarle facultades o poderes de hecho, renuncia a sus propios medios de vigilancia, de resguardo o de defensa frente a un posible incumplimiento o mal uso de las facultades o poder entregado; de tal manera que el cumplimiento de la obligación correlativa queda entregada a la voluntad unilateral de la otra parte, sin que el sujeto pasivo pueda disponer a priori de medios para evitarlo, sino sólo de

¹³² Soto Piñero, ob.cit., pág. 34 a 36.

medios a posteriori para perseguir la responsabilidad de la otra parte por tal incumplimiento o mal uso¹³³.

A la luz de lo antes indicado, puede afirmarse que la suscripción de una letra de cambio, un pagaré o un cheque totalmente extendido a la orden de otra, con el fin de garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación que el suscriptor tiene o piensa tener con el tomador del documento, esto es, sujeta a un plazo o a una condición suspensiva, es un acto de confianza, pues renuncia a sus propios medios de vigilancia, de resguardo o de defensa frente a un posible incumplimiento de la obligación subyacente correlativa, al conferir al acreedor un título ejecutivo que, como tal, contiene una obligación cierta y no sujeta a modalidad, que al circular se desvincula totalmente del negocio causal y, por consiguiente, de las excepciones derivadas del mismo, las que se vuelven inoponibles al tercero de buena fe a quien el tomador endosa el documento, precisamente para eludir tales excepciones y así obtener un valor equivalente al importe del título valor; y que, en el caso del cheque, también puede ser cobrado directamente al banco librado, sin que se pueda dar una orden de no pago basada en tales excepciones. De este modo, el cumplimiento de la obligación subyacente correlativa queda entregado a la voluntad unilateral de la otra parte, sin que el sujeto pasivo pueda disponer a priori de medios para evitarlo, sino sólo de medios a posteriori para perseguir la responsabilidad civil de aquél por tal incumplimiento y por el mal uso del efecto de comercio.

A su vez, es posible aseverar que los casos de utilización abusiva de efectos de comercio planteados en este trabajo, constituyen claramente un abuso de la confianza que el suscriptor ha depositado en el tomador -al suscribir y entregar el documento en las circunstancias ya señaladas-, con un resultado claramente antijurídico, como es el perjuicio o daño patrimonial para el suscriptor.

Esta situación se produce nítidamente cuando el tomador cobra o dispone de una letra de cambio, pagaré o cheque suscrito para garantizar o facilitar el cumplimiento de una obligación condicional o a plazo, antes que tales modalidades se cumplan, o después que la condición ha fallado, o aún cuando la obligación subyacente ha sido íntegra y oportunamente cumplida de manera directa, o pese a que el acreedor no ha cumplido ni tiene la intención de cumplir o ha hecho imposible el cumplimiento de su obligación recíproca, o no obstante que el negocio causal haya sido rescindido o resciliado.

Sin embargo, estos casos de utilización abusiva de efectos de comercio no constituyen delito, pues no configuran ninguno de los tipos penales que sancionan expresamente el fraude por abuso de confianza, como el delito de apropiación indebida.

De este modo, es posible constatar un vacío legal que es legítimo colmar, pues se trata de hipótesis de abuso de confianza tan graves como otras actualmente tipificadas e igualmente merecedoras de protección penal.

Ejercicio legítimo o abuso del derecho:

En este punto es necesario realizar un examen general de la antijuricidad de estas conductas, a fin de determinar si constituye un ejercicio legítimo del derecho conteniendo en el efecto de comercio o, por el contrario, constituye un abuso de tal derecho.

De este modo, podría plantearse la concurrencia de la causal justificante de “obrar en el ejercicio legítimo de un derecho”, contemplada en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, en aquellos casos en que el provecho o beneficio que el agente busca es algo a lo que podría tener legítimo derecho, como el importe del efecto de comercio del cual es titular, por

¹³³ Etcheberry, ob. cit., tomo III, pág. 443.

ejemplo, cuando existe controversia respecto al cumplimiento de la condición suspensiva de la cual depende el nacimiento de la obligación causal, lo que en rigor debe ser resuelto por la justicia ordinaria.

En nuestro país la carencia de responsabilidad criminal de quien defrauda a otro a fin de satisfacer un legítimo derecho, no es tan clara, debido a lo poco expresivo del texto legal. Sin embargo, no puede hablarse de fraude cuando el agente simplemente se vale de la simulación para recuperar algo que jurídicamente, pero no de hecho, está en su patrimonio, como por ejemplo, cuando una persona engaña al ladrón para que éste le devuelva lo robado, caso en el cual no existe ningún atentado contra el patrimonio del ladrón; o cuando un acreedor engaña a su deudor para obtener el pago de una obligación actualmente exigible¹³⁴.

Más discutible es el caso del sujeto activo que engaña a su deudor para obtener algo con que hacerse pago de una deuda o para obtener garantías y mejorar su derecho¹³⁵.

Conforme a la doctrina sobre el abuso del derecho¹³⁶, es posible afirmar que la facultad de ejercer los derechos no es ilimitada, pues estos deben ejercerse dentro del marco legal

¹³⁴ Matus / Ramírez, ob. cit., pág. 173.

¹³⁵ Etcheberry sostiene que en estos casos no puede castigarse al acreedor por estafa, toda vez que el artículo 494 N° 20 del C.P. solo sanciona como falta el hecho de apoderarse con violencia de una cosa del deudor para hacerse pago de una deuda, por lo que parecería una inconsecuencia sancionar más severamente una conducta en la que solo hay un engaño. Si el hacerse pago con violencia es una falta, no puede considerarse un delito más grave hacerlo con engaño (Etcheberry, ob. cit, tomo III, pág. 404). En contrario, Matus / Ramírez, quienes sostienen que estos casos sí puede configurarse el delito de estafa, pues las violencias contempladas en el artículo 494 N° 20 C.P. no pueden comprender las lesiones menos graves o superiores, pues en ese caso habría un concurso entre la falta antes indicada y los delitos contra la salud y la vida efectivamente cometidos. De este modo, las violencias a que se refiere el artículo 494 N° 20 del C.P. deben ser solo aquellas de tan escasa entidad, que solo cabría calificarlas de falta (art. 494 N° 5 C.P.). Una violencia superior es un delito más grave, que la falta estudiada no puede desplazar. Así que de un engaño de mayor entidad que esas mismas violencias no puede decirse tan categóricamente que en todo caso sea menos graves que aquellas. Por otra parte, la falta del artículo 494 N° 20 del C.P., realización arbitraria del propio derecho, parece estar pensada para el caso en que exista una alternativa civil efectiva para el acreedor, lo que supone que la deuda de que se hace pago de manera irregular es, al menos, actualmente exigible. Y así se excluyen del argumento de Etcheberry las estafas y restantes apropiaciones de cosas del deudor realizadas antes que la deuda sea actualmente exigible, como sucedería típicamente en los casos de hurto de posesión del artículo 471 N° 1 del Código Penal, donde se castiga con las penas de la estafa al dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de éste o de un tercero. Y ese quien, naturalmente, también puede ser el deudor. Por lo tanto, en ese ámbito, también podrían darse perfectamente estafas destinadas a asegurar indebidamente la ejecución de una deuda o a obtener indebidamente su pago, antes de que sea actualmente exigible. Pero una vez vencida la deuda, recuperar la cosa o la cantidad que la representa por un medio engañoso, no puede decirse que perjudique al deudor, pues la cosa, aunque la posea, la debe y, por lo tanto, ya no está económicamente dentro de su patrimonio. Naturalmente, solo a estos casos de deuda vencida debe entenderse referido también el artículo 494 N° 20 del C.P (Matus / Ramírez, ob. cit., pág 173 y 174).

¹³⁶ Castán Tobeñas, en su estudio de la doctrina del abuso del derecho, señala que “lejos de existir en nuestro sistema jurídico (español) precepto alguno que impida la aceptación del principio prohibitivo del abuso del derecho, se registran, a través de algunas reglamentaciones muy modernas, e incluso a través del articulado del Código Civil, numerosas normas e instituciones concretas que responden a la idea de que la facultad de ejercer los derechos no es ilimitada o que, con análogo alcance, recogen el principio de la buena fe como criterio general que ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas; siendo también de notar que el artículo 1902 del citado cuerpo legal, al establecer el principio fundamentalísimo de que quien ‘por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado’, sin precisar de modo estricto que esa acción u omisión sea contraria a la ley o extraña a la esfera del derecho, permite admitir con una interpretación amplia, que puede alcanzar esta responsabilidad a los actos u omisiones realizados en el ejercicio abusivo de los derechos; sin que existan, por otra parte, razones legales que impidan dar a los conceptos de abuso y de culpa toda la extensión y amplitud que demandan las consideraciones morales impuestas por las

y conforme a los principios generales que la inspiran (como el principio de buena fe que ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas) y, por lo tanto, el ejercicio abusivo de un derecho no puede ser considerado como legítimo, no configurándose en tales casos la aludida causal justificante.

De este modo, debe descartarse la posibilidad de que las mencionadas conductas del tomador de un efecto de comercio constituyan el ejercicio “legítimo” de un derecho, excluyente de su antijuricidad, pues -como ya se ha señalado- corresponden a una utilización abusiva de los derechos que emanan de los mencionados títulos valores, en desmedro de las excepciones que el obligado al pago del documento podría oponer al cobro del mismo en otras circunstancias¹³⁷.

En conclusión, ante el abuso de confianza y el abuso del derecho que constituye el cobro o la disposición abusiva de letras de cambio, pagarés y cheques suscritos para garantizar o facilitar el cumplimiento de obligaciones por parte del tomador o beneficiario del documento y ante la insuficiente protección que ofrecen las normas de derecho privado, el interés social reclama la presencia y actuación del derecho penal a fin de impedir o sancionar la comisión de este tipo de abusos, evitando de este modo los graves inconvenientes y riesgos económico-sociales que estas operaciones encierran.

Sin embargo, como se señaló anteriormente, para ello es necesario que estos abusos de confianza se encuentren expresamente tipificados como delito, lo que no ocurre en la especie, por lo que estamos ante conductas atípicas y ante un vacío legal en la protección penal del patrimonio.

Dado que los tipos penales de defraudación con abuso de confianza actualmente existentes, esto es, los de apropiación indebida y de abuso de firma en blanco, son insuficientes para resguardar el patrimonio de quien suscribe un efecto de comercio con los fines señalados, frente a un endoso abusivo del documento en las circunstancias antes indicadas, o frente a su cobro abusivo en juicio ejecutivo o ante el banco librado en el caso del cheque; y teniendo presente las dificultades que implica aplicar el tipo general de estafa cuando concurre un engaño en tales casos, especialmente en la hipótesis de estafa procesal; es necesario crear un tipo penal que sancione específicamente la defraudación efectuada por el tomador de un efecto de comercio totalmente extendido a su orden, mediante el endoso fraudulento de tal documento, tanto a un tercero de mala como de buena fe, esto es, efectuado con engaño o abuso de confianza, respectivamente, con el fin de eludir las excepciones derivadas del negocio causal, o mediante el cobro abusivo del

características del vivir social actual, incluyendo en el ámbito del abuso del derecho todos los móviles ilegítimos, de cualquier clase, que puedan determinar la conducta del titular, bien tengan la característica extrema de la intención de dañar o ya consistan únicamente en simples faltas que se traduzcan en una utilización anormal del derecho de que se trate, no adecuada a su verdadero espíritu y finalidad” (Castán Tobeñas, José: “Derecho Civil español, común y foral”, tomo I, volumen II, 10ª edición, Madrid, 1963, pág. 54 y ss.).

¹³⁷ En el caso específico del cobro abusivo de un cheque en garantía, ni siquiera puede plantearse la posibilidad del ejercicio de un derecho, pues, en rigor, tal documento no constituye un cheque y, por lo tanto, de él no emanan los derechos y acciones con los que el D.F.L N° 707, de 1982, confiere a estos títulos valores. En el caso del cobro anticipado del cheque a fecha girado para facilitar el pago de una obligación subyacente a plazo, por ser el cheque un instrumento a la vista, el beneficiario tiene el derecho de cobrarlo anticipadamente, sin que pueda hablarse de un perjuicio para el girador, pues dicha obligación subyacente ya existía como tal, aunque aún no era exigible, pudiendo considerarse el pago de una obligación a plazo con un instrumento a la vista como una renuncia tácita a dicho plazo. Pero no ocurre lo mismo cuando se incluyen intereses en el importe del cheque a fecha, por el tiempo que media entre el nacimiento de la obligación subyacente y el vencimiento del plazo que determina su exigibilidad, pues a diferencia de la obligación subyacente, que existe, pero aún no es exigible, los intereses se devengan día a día, por lo que si se cobra anticipadamente el documento se estará cobrando indebidamente intereses aún no devengados.

documento en un juicio ejecutivo o ante el banco librado en el caso del cheque, obteniendo de este modo el valor del efecto de comercio o su equivalente.

Ello es necesario y legítimo, ya que estas situaciones de abuso de confianza son tan graves y, por lo tanto, tan merecedoras de protección penal como el abuso de firma en blanco y la apropiación indebida.

Para tal efecto, se propone introducir un nuevo número al artículo 470 del Código Penal, con el siguiente texto:

“Las penas del artículo 467 se aplicarán: A los que cometieren una defraudación en perjuicio del obligado al pago de un efecto de comercio, privándole de las excepciones fundadas en las relaciones personales con el tomador del documento, a través del cobro o endoso del mismo con engaño o abuso de confianza”.

Esto permitiría salvar cualquier problema de falta de tipicidad del cobro abusivo de estos efectos de comercio en un juicio ejecutivo o del cobro de un cheque de garantía o a fecha ante el banco librado, en las situaciones ya previstas, o del endoso abusivo del efecto de comercio a un tercero de buena fe y, además, permitiría sancionar directamente el endoso fraudulento a un tercero de mala fe sin la necesidad de recurrir a la figura general de estafa, con las dificultades que ello implica en estos casos, aplicándose preferentemente la figura propuesta por sobre aquélla, en virtud del principio de especialidad.

Finalmente, se propone modificar el artículo 28 de la Ley 18.092, sobre Letra de Cambio y Pagaré, en el sentido de limitar el principio de inoponibilidad de las excepciones en el caso de endoso fraudulento a un tercero de mala fe, esto es, el realizado a sabiendas y en perjuicio del deudor, con el único objetivo de privarle de las excepciones fundadas en las relaciones personales con el endosante del documento. Esto permitiría mejorar sustancialmente la defensa que el obligado al pago de un efecto de comercio pueda realizar en un juicio civil ejecutivo. Para tal efecto, se propone el siguiente texto, basados en el artículo 17 de la Ley Uniforme de Ginebra:

“La persona demandada en virtud de una letra de cambio no puede oponer al demandante excepciones fundadas en las relaciones personales con anteriores portadores de la letra, a menos que el portador, al adquirir la letra, haya obrado en perjuicio del deudor”.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ: “Las Obligaciones”, Tomo I y II. Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, 1993.

ANTON ONECA, JOSÉ: “Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la Jurisprudencia”, artículo publicado en la Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona, 1957.

ARAYA MARCO, JUAN PABLO: “Cheque: Recopilación y Clasificación Jurisprudencial en Materias Penales y Relacionadas”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: “Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial”. Editorial Civitas, Madrid, 1978.

BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO / SUÁREZ GONZÁLEZ: “Manual de Derecho Penal Parte Especial”. Madrid, 1993.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: “Derecho Civil español, común y foral”, tomo I, volumen II, 10ª edición, Madrid, 1963.

CEREZO MIR, JOSÉ: “Temas Fundamentales del Derecho Penal”, Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

ESPIÑOZA VALLEDOR, GUSTAVO y VALENZUELA DEL RÍO, GUILLERMO: “Jurisprudencia sobre el Delito de Estafa (1900-1950)”. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Publicado en Memorias de Licenciados, Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1953.

ETCHEBERRY, ALFREDO: “El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Parte General y Parte Especial. Sentencias 1967 – 1982”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.

ETCHEBERRY, ALFREDO: “Derecho Penal”. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición actualizada, 1997.

GARRIDO MONTT, MARIO: “Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Primera Edición, 2000.

GARRIGUES, J.: “Contratos Bancarios”, 2ª edición, Madrid, 1977.

GRISOLÍA, FRANCISCO: “La Estafa Procesal en el Derecho Penal Chileno”. Artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, Nº 3, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1997, pág. 417 a 422.

HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR: “Aproximación a la problemática de la estafa”, artículo publicado en “Problemas Actuales de Derecho Penal”, Universidad Católica de Temuco, 2003, pág. 147 a 190.

LABATUT GLENA, GUSTAVO: “Derecho Penal”, Tomo I y II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, novena edición actualizada, 2000.

MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE / ARAVENA, JOSÉ PATRICIO: "El cheque en el nuevo proceso penal". Artículo publicado en la revista La Semana Jurídica, N° 13, semana del 5 al 11 de febrero de 2001, Editorial Cono Sur, Santiago, pág. 14 y 15.

MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE / RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA: "Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial", Editorial Universidad de Talca, segunda edición, 2002.

MERA FIGUEROA, JORGE: "Fraude Civil y Fraude Penal. El Delito de Entrega Fraudulenta". Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, segunda edición, 1994.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "Derecho Penal, Parte Especial", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

NUÑEZ CASTAÑO, ELENA: "La Estafa de Crédito", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

PARRAGUEZ GAMBOA, GUSTAVO: "Selección, Ordenamiento y Breve Análisis de Jurisprudencia del Delito de Estafa (1950 - 1990)". Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1993.

PEÑAILILLO AREVALO, DANIEL: "Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición, 1993.

POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO: "El Delito de Apropiación Indevida". Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1957.

PUELMA ACORSI, ALVARO: "Relaciones entre lo Comercial y lo Penal en el cheque". Ponencia realizada en el Segundo Encuentro de Profesores de Derecho Penal. Revista de Ciencias Penales, tercera época, tomo XXXVII, volumen I, Santiago, 1978 - 1981, pág. 22 a 29.

PUELMA ACCORSI, ALVARO: "Letra de Cambio y Pagaré. Ley 18.092", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición, 1999.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: "Compendio de Derecho Penal. Parte Especial". Volumen II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

RIVERA VILLALOBOS, HUGO: "Alcances críticos al delito de giro doloso de cheque". Ponencia realizada en el Segundo Encuentro de Profesores de Derecho Penal. Revista de Ciencias Penales, tercera época, tomo XXXVII, volumen I, Santiago, 1978 - 1981, pág. 31 a 53.

SÁENZ PERRY, JULIO: "El delito de giro doloso de cheque". Ponencia realizada en el Segundo Encuentro de Profesores de Derecho Penal. Revista de Ciencias Penales, tercera época, tomo XXXVII, volumen I, Santiago, 1978 - 1981, pág. 9 a 19.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO: "Manual de Derecho Comercial", Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición actualizada, 1993.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO: "El Cheque". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO: "Derecho Penal - Parte Especial". Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

SILVA SILVA, HERNÁN: “El Delito de Giro Doloso de Cheque ante la Doctrina y la Jurisprudencia”. Tomos I y II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edición, 1998.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL: “Tratado de las Cauciones”. Contable Chilena Editores, Santiago, 1981.

SOTO PIÑEIRO, MIGUEL: “La Apropiación Indebida”. Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1994.

TRUJILLO CALVO, RAFAEL: “El Pacto de Favor: la letra de colusión en el ámbito del Código Penal”. Artículo publicado en el Diario Jurídico La Ley, 1997, D-106, pág. 1829 a 1832.

VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL: “El Delito de Estafa”, Boch S.A., Casa Editorial, Barcelona, 1987.

VARELA VARELA, RAUL: “Notas a las sentencias de la Corte Suprema”, Revista de Ciencias Penales”, tomo IX, Santiago, 1946, pág. 39 a 43.

VARGAS VARGAS, MANUEL: “Nueva Legislación sobre Letras de Cambio y Pagarés”. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1988.

VARONA GÓMEZ, DANIEL: “Estafa y Falsedad en Títulos – Valores (Cheque, Pagaré y Letra de Cambio)”. Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2002.

VÁSQUEZ MÉNDEZ, GUILLERMO: “Tratado sobre el Cheque”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, primera edición, 2000.

VÁSQUEZ MÉNDEZ, GUILLERMO: “Tratado sobre la Letra de Cambio, Leasing y otros documentos de crédito nacionales e internacionales”. Editorial La Ley, Santiago, 1994.

Verdugo Marinkovic, mario: “Comentario respecto al voto minoritario de los Ministros Enrique Correa y Estanislao Zúñiga, consignada en sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de marzo de 1984”. Gaceta Jurídica, N° 45, año 1984, pág. 85.

YUBERO CÁNEPA, JULIO ALBERTO: “El Engaño en el Delito de Estafa”, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1993.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: “Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio”, Editorial Akal, Madrid, 1988.