

ERROR EN EL DEPÓSITO EN CUENTA CORRIENTE Y HURTO DE HALLAZGO*

*Germán Echeverría Ramírez***

RESUMEN

La historia fidedigna del artículo 448 del Código Penal, además de los principios limitadores del ius puniendi estatal, tales como la tipicidad de la conducta incriminada, la mínima intervención y el carácter de ultima ratio del Derecho Penal, permiten concluir que el librador de una cuenta corriente bancaria que da órdenes de pago contra fondos abonados por error a su saldo disponible, no comete el delito de hurto de hallazgo, sino que se obliga a restituir el monto del dinero indebidamente recibido, con o sin intereses corrientes, dependiendo de su mala o buena fe, tal como lo prescriben los efectos del cuasicontrato de pago indebido.

DERECHO PENAL – HURTO DE HALLAZGO – PAGO DE LO NO DEBIDO

Deposit error in current account and theft by finding

ABSTRACT

According to the legislative history of article 448 of the Chilean Penal Code, and to the constraining principles of the state-punish, such as the principle of legality, the principle of minimum intervention and the Criminal Law characteristic of being the “ultima ratio”, it is possible to conclude that the account holder of a current account does not commit the crime of “theft by finding” when instructing withdrawals of funds mistakenly credited to his account; instead, he is bound to refund what was not due to him, with or without interests depending on whether he acted on bad or good faith, as prescribed by the rules of the quasi-contract of indebiti solutio.

CRIMINAL LAW – THEFT BY FINDING – INDEBITI SOLUTIO

* Este artículo surgió del trabajo de apoyo a la labor defensa penal pública realizado por la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional de Los Lagos.

** Abogado y Periodista, Profesional de la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional de Los Lagos, Chile, gecheverria@dpp.cl. Artículo recibido el 18 de julio de 2007 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 22 de octubre de 2007.

INTRODUCCIÓN

Para quienes nos desempeñamos en el ámbito de la defensa penal, uno de los principales desafíos del tiempo presente se refiere a la necesidad de generar argumentos jurídicos capaces de resistir el fenómeno de inflación penal que se expresa, ya no sólo en las páginas de prensa, sino también en las audiencias desarrolladas ante Jueces de Garantía, Tribunales Orales en lo Penal y Cortes de Apelaciones, instancias donde se discute cada vez con más frecuencia la pretensión de reprochar todo asomo de ilicitud.

En ese contexto, una de las abogadas de la Defensoría Local de Osorno debió asumir la representación de una imputada que giró y retiró de su cuenta corriente una suma de dinero que le fuera erróneamente abonada por una funcionaria del banco en que mantenía dicho contrato, hecho a partir del cual enfrentó una persecución penal pública como autora del delito consumado de hurto de hallazgo.¹

Atendido el mayor número de población que administra sus recursos económicos a través de cuentas corrientes bancarias y el riesgo cierto de enfrentar la pretensión punitiva del Estado en situaciones como la descrita, es que parece necesario analizar la relevancia jurídica de los hechos imputados por el Ministerio Público y que se reproducen a continuación:

“La requerida María Teresa Muñoz Muñoz, era titular de cuenta corriente N° 61053481 del Banco de Crédito e Inversiones, sucursal Osorno y el día 01 de abril de 2004 se digitó en dicha cuenta un depósito por la suma de \$ 1.616.638 los cuales correspondían a un depósito a abonar en la cuenta corriente N° 61033481 correspondiente a la Universidad de Los Lagos, lo anterior se debió a un error de digitación de la funcionaria del Banco, Carola Eliana Concha Cid, abonándose dicha suma en la cuenta corriente de la imputada y en perjuicio de la Universidad de Los Lagos con pleno conocimiento de la imputada de la no pertenencia de la suma depositada procedió a retirar dichos fondos”.

De acuerdo a la calificación jurídica planteada en el requerimiento presentado por el fiscal de la causa, estos hechos vienen en configurar el delito de hurto de hallazgo tipificado en el artículo 448 del Código Penal,² correspondiéndole a la imputada una participación en calidad de autor.

¹ La Fiscalía Local de Osorno abrió la causa RUC N° 0410016179-1.

² Artículo 448 del Código Penal: “El que hallándose una especie mueble al parecer perdida, cuyo valor exceda de una unidad tributaria mensual, no la entregare a la autoridad o a su dueño, siempre que le conste quién sea éste por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, será considerado procesado por hurto y castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales.

También será considerado procesado por hurto y castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales el que se hallare especies, al parecer perdidas o abandonadas a consecuencia de naufragio, inundación, incendio, terremoto, accidente en ferrocarril u otra causa

1. PLANTEAMIENTOS DE LA DEFENSA

Revisados los antecedentes del caso, se advierten a lo menos dos líneas de argumentación destinadas a resistir o controvertir la imputación penal formulada por el Ministerio Público y que se resumen en dos planteamientos de defensa, cada uno de los cuales será analizado por separado:

- a) Ausencia de imputación de un elemento del tipo penal de hurto de hallazgo.
- b) Hechos narrados no son constitutivos del delito de hurto de hallazgo.

1.A. *Ausencia de imputación de un elemento del tipo penal de hurto de hallazgo. Artículo 448 del Código Penal*

La primera cuestión de la que debe hacerse cargo la defensa es del contenido fáctico imputado, entendiendo que la defensa técnica debe resistir todos o algunos de los acontecimientos históricos atribuidos al sujeto pasivo de la persecución penal, ya sea para suprimir el intento de reproche penal o bien para morigerarlo o atenuarlo.

De la lectura de los hechos imputados en el requerimiento fiscal, se advierte la ausencia del elemento subjetivo especial o adicional expresamente descrito en el tipo penal del artículo 448 del Código Penal.

En efecto, el fiscal a cargo de la investigación en su requerimiento no atribuye a la imputada el conocimiento del dueño del dinero depositado en su cuenta corriente, ni tampoco sostiene que a ella le constara dicha persona por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, con lo cual técnicamente ni siquiera es posible dar por iniciada la ejecución del hecho penalmente reprochable, como lo sería el hurto de especies al parecer perdidas.

La ley penal determina el nacimiento de la obligación de restituir en el momento en que a la persona que se encuentra la cosa le consta quién es su dueño, ya sea por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo. El conocimiento del dueño puede constar por ser claramente identificable la especie, según las señas en ella puestas, o por noticias que llegan posteriormente a quien la encuentra (aparece el suceso mencionado en TV, etc.). Si la cosa no tiene dueño, éste no existe o no es conocido del que se la encuentra, nunca se configura el delito, ni aun en grado de tentativa, imposible por lo demás en estos supuestos de omisión propia.³

Ilustrativo sobre este punto resulta lo planteado en las actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, que en su sesión número 97 de 21 de junio de 1872 se refiere a la propuesta legislativa del hurto de hallazgo.

análoga, cuyo valor exceda la cantidad mencionada en el inciso anterior, y no la entregare a los dueños o a la autoridad en su defecto”.

³ Politoff, S., Matus, J.P. y Ramírez, M.C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 326.

En dicha ocasión, el señor Renjifo informa a los señores Altamirano, Fabres, Gandarillas, Ibáñez y a su presidente el señor Reyes que ha redactado los artículos acordados en la sesión última, uno de los cuales debe colocarse bajo el número 436 i.

Su texto llama la atención, porque es prácticamente idéntico al del artículo 448 del Código Penal vigente, con lo cual la norma se mantiene sustancialmente incólume desde el siglo XIX, época en la que rezaba: “El que encontrándose una especie mueble al parecer perdida i no pudiendo menos de constarle por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, la persona a quien pertenezca, no la entregare a ésta o a la autoridad competente en su defecto, será considerado reo de hurto i castigado con presidio menor en su grado mínimo”.⁴

En la oportunidad, el señor Renjifo hizo notar respecto del hurto de cosas al parecer perdidas que sólo consideraba que hay hurto en el hallazgo, cuando el dueño de la cosa perdida es conocido para el descubridor o no puede menos de serlo, como si en ella aparece su nombre, o por avisos en los periódicos ha debido llegar a su noticia la pérdida, etc., pues sólo en este caso hay verdadera sustracción de cosa ajena. (Desde la perspectiva subjetiva del agente, sólo en esa hipótesis es posible concebir una apropiación sin la voluntad del dueño).⁵

Agregó, además, el señor Renjifo, que según las disposiciones del artículo 631 del Código Civil no todo hallazgo que deja de denunciarse, es reputado hurto, sino aquél que según las circunstancias invista este carácter, por lo cual exige el conocimiento del dueño como requisito indispensable para la existencia del delito.⁶

A propósito de la falta de imputación de un elemento típico del hurto de hallazgo, el artículo 341 del Código Procesal Penal sostiene que la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación, lo que constituye un límite infranqueable para el juzgador, cuya competencia específica está determinada por los hechos descritos en la acusación o requerimiento fiscal y por los argumentos de defensa invocados por el abogado que representa al sujeto pasivo de la persecución penal, quien en este caso concreto debe reclamar la absolución de su representada sobre la base de la atipicidad de la conducta narrada en el requerimiento fiscal.

El legislador expresamente indica que la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación, bajo sanción de incurrir el juzgador en un motivo absoluto de nulidad del juicio y la sentencia definitiva, según lo previene el artículo 374 letra f del Código Procesal Penal, de manera que la falta de imputación del elemento subjetivo adicional del hurto de hallazgo no puede ser subsanada por la prueba rendida en el juicio, ni tampoco por las motivaciones de la sentencia, a menos que se pretenda la nulidad del juzgamiento y la decisión.

⁴ Rivacoba, M., *Actas de las sesiones de la comisión redactora del código penal chileno*, EDEVAL, Valparaíso, 1974, p. 429, correspondiente a la sesión Nº 97 de 21 de junio de 1872.

⁵ Nota del redactor.

⁶ Rivacoba, M., *Actas de las sesiones de la comisión redactora del código penal chileno*, EDEVAL, Valparaíso, 1974, p. 429, correspondiente a la sesión Nº 97 de 21 de junio de 1872.

Aunque de más está decirlo, el motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra f del Código Procesal Penal libera de la obligación de acreditar la trascendencia del error judicial a quien pretende anular el juicio y la sentencia condenatoria que ha debido soportar, especialmente cuando ese pronunciamiento se sustenta en hechos que van más allá de los endilgados en la imputación fiscal o, dicho de otro modo, al recurrente se le excusa del deber de indicar cómo la impropia actuación del juez ha influido en lo dispositivo del fallo, pues tal defecto de la resolución se presume *jure et de jure* como esencial.

Sobre este límite impuesto al juzgador para decidir el asunto sometido a su conocimiento y decisión, la Excelentísima Corte Suprema sostiene que reiteradamente la jurisprudencia ha planteado que el principio de congruencia contenido en los artículos 259 y 341 del Código Procesal Penal constituye una manifestación del derecho de defensa que opera en favor del acusado, a quien le asiste la facultad de conocer el contenido de la imputación que se le hace desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, agregando que este principio supone, entonces, conformidad, concordancia o correspondencia entre la determinación fáctica del fallo con relación a los hechos y circunstancias penalmente relevantes que han sido objeto de la imputación contenida en la acusación, que fueren de importancia para su calificación jurídica.⁷

En ese mismo sentido, se ha pronunciado el juez del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, Jaime Rojas Mundaca, quien a propósito del principio de congruencia como límite al juzgamiento, ha sostenido tanto en la causa RIT 8-2006, como en numerosas otras sentencias, que la acusación fiscal y la narración de hechos que contiene no es sino el tipo penal llevado al caso concreto, agregando que en esa interpretación se entiende al tipo penal como una garantía del justiciable.

Siguiendo los planteamientos de Julio B.J. Maier, el magistrado ya aludido sostiene que lo que interesa es “el acontecimiento histórico imputado, como situación de vida ya sucedida (acción u omisión), que se pone a cargo de alguien como protagonista, del cual la sentencia no se puede apartar porque su misión es, precisamente, decidir sobre él”.⁸

Es muy probable que en este debate sobre congruencia se pretenda remontar la falta de imputación del elemento subjetivo adicional del hurto de hallazgo, argumentando, por ejemplo, que ese aspecto corresponde al juicio de reproche encomendado al juez, cuyo análisis debe efectuarse, por ejemplo, en sede de culpabilidad, precisamente porque se trata de una cuestión ajena al mundo objetivo y fáctico, que se desenvuelve y expresa en la psiquis del agente, como ocurre con la culpabilidad.

A nuestro juicio, tal argumento debe ser desestimado por confundir el juicio de tipicidad con aquél propio de la culpabilidad, que se realiza una vez que los jueces tienen por acreditado el hecho punible y la participación.

⁷ Excelentísima Corte Suprema. Fallo de 18 de abril de 2005 pronunciado en causa Rol Ingreso Corte N° 819-05. Redacción del Ministro señor Alberto Chaigneau del Campo. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Milton Juica A., Nivaldo Segura P. y Jaime Rodríguez E.

⁸ Maier, J., *Derecho procesal penal, tomo I. fundamento*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 569.

En una etapa anterior al juicio de reproche, el juzgador debe verificar si el acontecimiento histórico narrado en la acusación o requerimiento fiscal satisface las exigencias típicas del hurto de hallazgo. Y si en algún momento histórico ya superado se pretendió sostener que el tipo penal era puramente objetivo, porque la descripción contenida se referiría sólo al mundo exterior, fáctico y valorativamente neutro, lo cierto es que cada vez más los tipos penales incluyen elementos subjetivos especiales y de tendencia interna trascendente, a fin de recortar con mayor precisión las conductas merecedoras de reproche penal.

En un número de casos muy apreciable⁹ los tipos legales contienen referencias que, por sí mismas, exigen una valoración o bien aluden a los aspectos normativos y subjetivos del hecho, desbordando así su índole puramente descriptiva; a estos se les denomina impropiaamente tipos anormales.¹⁰

A mayor abundamiento, los seguidores de la teoría finalista ubican el dolo en el tipo penal y, en consecuencia, el conocimiento de los elementos que lo integran y la voluntad de realizarlos es una cuestión de hecho cuya prueba necesariamente debe descansar en presupuestos fácticos imputados en la acusación, a riesgo de convertir en atípico el acontecimiento de vida descrito en la acusación fiscal.

A esa corriente parece adherir la Excelentísima Corte Suprema cuando ha dicho que al obrar así, los integrantes de la sala recurrida ignoran que la concurrencia o inconcurrencia del dolo y del *animus rem sibi habendi* son cuestiones de hecho –y, por cierto, de la mayor relevancia en todo proceso– como se reconoce ampliamente por la doctrina más autorizada y, por lo demás, reiterado y enfáticamente declarado por esta Corte de Casación en numerosísimas oportunidades. Por supuesto, dolo y ánimo apropiatorio son hechos psicológicos, no materiales, pero no por ello puede negárseles su condición de componentes fácticos del comportamiento punible. Es cierto, como afirma con cierta sorna J. Baumann, que “al dolo nunca nadie lo ha visto” pero, si bien por esto difícilmente puede ser acreditado mediante testimonios u otras pruebas directas, siempre es susceptible de ser establecido acudiendo a presunciones judiciales,¹¹ que, aunque de más esté decirlo, deben descansar en hechos ciertos.

1.B. *Hechos narrados no son constitutivos de hurto de hallazgo*

Como precisión previa, valga decir que el artículo 448 del Código Penal contempla dos hipótesis de hurto de hallazgo:

⁹ Tan apreciable que Eduardo Novoa Monreal en su Curso de Derecho Penal Chileno dice que se ha criticado a Jiménez de Asúa el haberlos designado como tipos anormales, con evidente olvido de que la pauta de normalidad no se da en relación con la frecuencia numérica, sino en atención a la conformidad con las exigencias de una sistematización lógica. Estudios hechos en Alemania conducen a la conclusión de que un mínimo porcentaje de los tipos contenidos en su Código Penal carecen de referencias valorativas.

¹⁰ Novoa, E., *Curso de derecho penal chileno, parte general, tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 302 y 303.

¹¹ Causa Rol 1286-02 de la Excelentísima Corte Suprema sobre Recurso de Queja, redacción del ministro Enrique Cury Urzúa.

- a) La del inciso primero de la referida norma que se refiere al que se apropia de una especie al parecer perdida.
- b) La del inciso segundo, referida a especies perdidas o abandonadas como consecuencia de una situación catastrófica.

Atendido el contenido del requerimiento fiscal que analizamos, nos concentraremos en el estudio de la apropiación de las cosas al parecer perdidas, descartando por razones de pertinencia la hipótesis del inciso segundo del artículo 448 del Código Penal, por aparecer ajena a los presupuestos del requerimiento fiscal.

En consecuencia, el tipo penal pretendido por el Ministerio Público se refiere al hurto de hallazgo en los siguientes términos: El que hallándose una especie mueble al parecer perdida, cuyo valor exceda de una unidad tributaria mensual, no la entregare a la autoridad o a su dueño, siempre que le conste quién sea éste por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales.

A efectos de limitar el ámbito de aplicación de la norma, útil resulta recordar su origen. En la sesión 96 de 19 de junio de 1872 celebrada por la Comisión Redactora del Código Penal, consta que el señor Ibáñez advierte de forma previa a la discusión del párrafo 6º, relativo a la usurpación, que en las disposiciones concernientes al hurto no se había tomado en cuenta el caso del hallazgo de cosa mueble ajena que, según las prescripciones del artículo 631 del Código Civil, puede reputarse tal delito cuando el inventor no cumple con las obligaciones que ese código le impone.

Tal como lo señala el profesor de derecho penal y ex presidente de la Corte Suprema, Mario Garrido Montt, el hurto de hallazgo necesariamente debe relacionarse con las normas del Código Civil, fundamentalmente los artículos 629 y 631 de ese cuerpo legal.¹²

El artículo 629 expresa: “Si se encuentra alguna especie mueble al parecer perdida, deberá ponerse a disposición de su dueño y no presentándose nadie que pruebe ser suya, se entregará a la autoridad competente, la cual deberá dar aviso del hallazgo en un diario de la comuna o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere”.

El artículo 631, en tanto, prescribe: “La persona que haya omitido las diligencias aquí ordenadas, perderá su porción a favor de la municipalidad, y aun quedará sujeta a la acción de perjuicios, y según las circunstancias, a la pena de hurto”.

En consecuencia, tal como se indicaba a propósito de la falta de imputación del elemento subjetivo adicional del hurto de hallazgo del artículo 448 del Código Penal, las normas civiles contemplan sanciones para quien incumple la obligación de entregar una cosa al parecer perdida a su dueño o no constándole la persona del mismo, a la autoridad competente para que dé aviso del hallazgo.

¹² Garrido, M., *Derecho penal, tomo IV, parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 173.

Entre ellas, el propio Código Civil contempla la pérdida de la porción que le correspondiere en el hallazgo, la que cede a favor de la municipalidad y también la reparación de los perjuicios que de ello resultare.

La consecuencia penal se reserva de acuerdo al propio texto de Bello para aquellos casos en que, según las circunstancias, la acción debe ser castigada con la pena de hurto. Y ya decíamos que, de acuerdo a la historia fidedigna de la tipificación del delito de hurto de hallazgo –ocurrida en la segunda mitad del siglo XIX– la no devolución al dueño de las cosas al parecer perdidas o a la autoridad, sólo es punible cuando al agente le consta esa persona por hechos coexistentes o posteriores al descubrimiento, porque de lo contrario no hay delito posible, toda vez que no se satisface la exigencia típica del hurto consistente en la sustracción de cosa ajena.

Desde la perspectiva del autor, además, tampoco habría apropiación contra la voluntad del dueño, ni menos se cumpliría la exigencia subjetiva adicional del hurto de hallazgo que, expresamente, demanda del agente el conocimiento de la persona del dueño de la especie al parecer perdida, desde que en ausencia de tal elemento ni siquiera hay principio de ejecución de un delito, en todo caso imposible en una figura de omisión propia como el hurto de hallazgo.

Por eso estimamos errado el criterio aplicado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago que en resolución de 14 de octubre de 2005 anuló la sentencia absolutoria pronunciada en causa RUC 0500401314-1, proveniente del Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, sobre la base de estimar que se aplicó el derecho de un modo erróneo y con influencia en lo dispositivo del fallo, al sostener en su considerando tercero que habiéndose dado por establecido que el imputado efectivamente se halló diversas especies muebles al parecer perdidas, incurrió en el ilícito previsto en el artículo 448 del Código Penal, puesto que al no constarle quién era el dueño de ellas, debió entregarlas a la autoridad competente, cosa que no efectuó; razón por la cual, al no entenderlo así, se hizo en el pronunciamiento de la aludida sentencia una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Es evidente que, en este caso, el Tribunal de Alzada en su pronunciamiento fue bastante más allá de las fronteras típicas del artículo 448 del Código Penal, al entender que el delito se perfecciona aun con prescindencia del conocimiento que el agente debe tener del dueño de las cosas al parecer perdidas, con lo cual reprocha penalmente una conducta incapaz de erigirse en sustracción de cosa ajena, como lo planteara el señor Renjifo en el seno de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, ni menos realizada contra la voluntad de su propietario, para lo cual es condición necesaria, tratándose de este tipo de especies, que, si va a existir pretensión punitiva, el agente al menos conozca al dueño de las mismas, porque tal como lo sostiene Carrara el hurto de cosas perdidas no se consuma al tomarlas, ni tampoco al recogerlas,¹³ dejando entrever la mayor exigencia normativa de este tipo de delitos.

¹³ Carrara, F., *Programa de derecho criminal, Volumen VI*, Editorial Temis, Bogotá, 1996, pp. 473-475.

Si tal como lo reconoce la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en la resolución que se apunta, el imputado desconocía a la persona del propietario de las cosas al parecer perdidas, el camino de solución pasaba por reconocer el carácter fragmentario¹⁴ del derecho penal, su naturaleza de *ultima ratio* y aceptar que la consecuencia posible para esa conducta no es otra que la prevista en el artículo 631 del Código Civil que dispone que “la persona que haya omitido las diligencias aquí ordenadas, perderá su porción a favor de la municipalidad, y aun quedará sujeta a la acción de perjuicios”.

Sobre este aspecto, Alfredo Etcheberry sostiene que el artículo 448 del Código Penal hace radicar el delito en no entregar la especie hallada a la autoridad o a su dueño, siempre que al hechor le conste quién sea éste, por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo.

Agrega que los antecedentes históricos parecen corroborar la interpretación de que si no le consta al inventor quién es el dueño, no tiene la obligación de entregar la especie a la autoridad, y podría quedarse con ella, por lo menos sin cometer el delito de hurto de hallazgo. Como requisito previo, naturalmente, será necesario que las especies tengan dueño.¹⁵

Así lo decidió la Corte de Concepción en contra de Nicolás Vargas Gallardo: procede absolver al reo si no se ha justificado quién sea el dueño de los animales que tomó y tampoco puede condenársele como autor de hurto de hallazgo, pues este delito supone que las especies tengan un dueño que las haya perdido.¹⁶

Igual interpretación se realiza en el caso seguido contra Manuel Larenas y otro, donde el fallo afirma que para que el hecho de apropiarse de una cosa al parecer perdida constituya el delito de hurto de hallazgo del artículo 448 del Código Penal, es necesario que el autor sepa o no pueda menos que saber quién sea el dueño de dicha especie: así se desprende del tenor de dicha disposición y de lo consignado por la Comisión Redactora del Código Penal al tratar de esta materia.¹⁷

1.B.a. El dinero depositado en cuenta corriente no es una especie al parecer perdida que deba ser devuelta bajo amenaza penal

Retomando los hechos descritos en el requerimiento presentado por la fiscalía, se advierte que a juicio del titular de la acción penal pública la suma ascendente a

¹⁴ Luzón-Peña, D.M., *Curso de derecho penal, parte general*, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1999, p. 82. El autor escribe que el carácter fragmentario del derecho penal reconoce que no se ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes. Este principio deriva de aquél llamado de estricta necesidad, originado en la idea liberal de la mínima intervención indispensable, no ya de la actuación estatal, sino de los medios más graves.

¹⁵ Etcheberry, A., *El derecho penal en la jurisprudencia, tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 466.

¹⁶ Vid. Etcheberry, A., *El derecho penal en la jurisprudencia, tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 466.

¹⁷ Vid. Etcheberry, A., *El derecho penal en la jurisprudencia, tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 467.

\$ 1.616.638 cargada por error a la cuenta corriente de la imputada constituiría una especie al parecer perdida.

Como primera aproximación a esta materia, acudamos a las normas privadas para sostener que de acuerdo al artículo 567 del Código Civil son muebles las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales,¹⁸ sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.

El artículo 575 del mismo texto legal indica que las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. Y a propósito de esa expresión, con notas de eufonía, el Código de Bello dice que a las cosas fungibles pertenecen aquéllas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan, agregando que las especies monetarias en cuanto perecen para quien las emplea como tales, son cosas fungibles.

A propósito de esta disposición conviene aclarar la situación de las especies monetarias a que se refiere la imputación fiscal; sin duda son fungibles, ya que las de igual valor tienen idéntico poder liberatorio; y, además, son consumibles, pues empleadas en su normal destino, perecen, desaparecen, se destruyen civilmente por el primer uso.¹⁹

En tal sentido, podría agregarse que el dinero, además de ser fungible es objetiva y subjetivamente consumible, al menos desde una perspectiva jurídica. Son objetivamente consumibles los bienes que por sus propias características se destruyen ya natural, ya civilmente por el primero uso y, por esa razón, se afirma en doctrina que las monedas son civilmente consumibles, pues su uso implica enajenarlas. Y subjetivamente también lo son, pues quien las usa transfiere el dominio de las mismas mediante la tradición o entrega, originada en un título traslativo de dominio como la compraventa o el depósito irregular.

Si se revisa atentamente la descripción de hechos contenidos en el requerimiento fiscal, para el Ministerio Público la víctima de este supuesto delito de hurto de hallazgo sería la Universidad de Los Lagos, por cuanto un tercero que no se individualiza en la formulación de cargos depositó la suma de \$ 1.616.638 para que se abonara en la cuenta de la referida Universidad y, producto de un error de la funcionaria del Banco de Crédito e Inversiones, sucursal Osorno, ese monto se transfirió a la cuenta corriente de la requerida María Teresa Muñoz Muñoz, quien según la fiscal los retiró en perjuicio de la corporación educacional.

A efectos de discernir los alcances de la imputación formulada por el Ministerio Público y las consecuencias jurídicas de los hechos atribuidos a la requerida, es necesario aclarar el marco legal de los depósitos bancarios.

Si bien el Código de Comercio reglamenta este tipo de contratos, el artículo 812 de ese cuerpo legal establece que los depósitos en Bancos públicos debidamente autorizados serán regidos por sus estatutos. Como esas normas nada dicen sobre el particular,

¹⁸ El Código Civil los llama semovientes.

¹⁹ Peñailillo, D., *La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 34.

se sostiene que finalmente la naturaleza jurídica del depósito de que se trate determina finalmente la legislación aplicable.

En el caso del depósito de dinero, si éste no se realiza en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda.²⁰

A este depósito que sirve de título traslativo de dominio y autoriza el consumo jurídico del dinero se lo denomina depósito irregular, por oposición al depósito regular o propiamente dicho, contrato en virtud del cual una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y restituya en especie a voluntad del depositante,²¹ con lo cual el depositario no puede disponer de ella sin la expresa autorización de quien se la entrega.

Retomando los hechos materia del requerimiento fiscal, es un punto pacífico que el tercero que efectúa el depósito de dinero en la cuenta bancaria que mantiene la Universidad se desprendió del dominio de \$ 1.616.638 y mediante dicho título traslativo lo transfirió en propiedad al Banco, de manera que respecto del depositante, dicha suma no puede bajo ningún respecto ser una especie al parecer perdida.²²

Para el Banco que adquiere la propiedad de los \$ 1.616.638 ese monto tampoco puede constituir una especie al parecer perdida, pues ingresó en dominio a su patrimonio y se destinó al giro propio de su actividad, como lo es la intermediación financiera de dinero.

Cabe recordar que para el Banco la ventaja principal derivada de las cuentas corrientes que mantiene, consiste en que puede utilizar el dinero de los depósitos originados en ese tipo de contratos, sabiendo que los titulares de las cuentas corrientes no acudirán masivamente a retirar los fondos existentes. Por esta vía, el Banco realiza operaciones de crédito activas, como colocar los depósitos en préstamo a otros clientes.²³

Más aún, la emisión de los cheques con cargo a los depósitos en las cuentas corrientes origina el llamado dinero giral o moneda bancaria escritural, porque por cada peso

²⁰ Artículo 2221 del Código Civil.

²¹ Artículo 2215 del Código Civil.

²² No es una especie al parecer perdida para el Banco, entre otras cosas, por la naturaleza jurídica del dinero y porque el mismo no se deposita, por ejemplo, en cofre o sobre sellado, sino en dinero efectivo o en documentos representativos de dinero girados a la vista, como cheques, vale vistas o pagarés bancarios, todos los cuales importan transferir al Banco su dominio y poder liberatorio. Cabe recordar que en materia de depósitos de dinero, la garantía estatal conferida a los ahorrantes descansa precisamente en el supuesto cierto de que al depositar el dinero en el banco, se sustituye el dominio sobre ese tipo de bienes, el que es reemplazado por un crédito valista de quinta categoría, esto es ya no un derecho real que se mantiene *erga omnes* sobre el dinero, sino uno puramente personal contra el banco obligado a restituirlo con los intereses pactados.

²³ Sandoval, R., *Derecho comercial y títulos de crédito, contratos mercantiles y operaciones bancarias, tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 188-189.

depositado en los Bancos, ellos pueden prestar una cantidad mayor,²⁴ de manera que en ningún caso el dinero depositado en un Banco es capaz de erigirse en una especie al parecer perdida, toda vez que es usado para realizar operaciones de crédito de dinero y autoriza al Banco a prestar cantidades mayores a las recibidas en depósito.

Respecto de la Universidad de Los Lagos, acreedora de los \$ 1.616.638, seguramente en razón de obligaciones pendientes de pago con el depositante, tampoco es posible sostener que se encuentre en la hipótesis de haber perdido el dinero, por cuanto no lo recibió directamente en depósito y, en consecuencia, no adquirió el dominio del mismo para posteriormente extraviarlo y encontrarse a su respecto en una situación de especie al parecer perdida.

En ese sentido, es posible sostener que la corporación educacional mantiene intacto su crédito por los \$ 1.616.638. Su deudor original, en este caso el tercero que efectuó el depósito para que se abonara a la cuenta corriente de la universidad, extinguió su obligación con la universidad mediante una novación con el Banco, quien en virtud del deber de abonar el dinero a la cuenta corriente de la universidad asumió la calidad de deudor.

Por último, la requerida, doña María Teresa Muñoz Muñoz, fruto de un error recibe un cargo de dinero por la suma ya indicada en la cuenta corriente que mantenía en el Banco de Crédito e Inversiones, sucursal Osorno, que le permitió, en razón de ese contrato, dar una orden de pago al banco, la que se hizo efectiva sobre el monto total de \$ 1.616.638 cargado erróneamente en su cuenta corriente.

Surge nuevamente la interrogante respecto de si ese dinero puede ser considerado una especie al parecer perdida. Ya decíamos que para el tercero que efectúa el depósito en el banco de ninguna manera. Para el Banco que lo adquiere en dominio y lo destina a operaciones de crédito activo tampoco. La universidad que no recibió el abono de ese dinero en su cuenta corriente no ha extraviado \$ 1.616.638, toda vez que ella mantiene intacto su crédito y se erige en acreedora del Banco.

La funcionaria del Banco tampoco puede ser considerada como la dueña del dinero que lo extravía, toda vez que por su rol de cajera tiene prohibición de usarlo y, en estricto rigor, tampoco lo pierde, porque lo entrega efectivamente al Banco, permitiendo su adquisición, aunque lo abona seguramente por error en una cuenta corriente distinta a la consignada en la boleta de depósito.

Y es del caso que la requerida al momento de ocurrir los hechos imputados mantenía una cuenta corriente en el Banco de Crédito e Inversiones, sucursal Osorno, en virtud de la cual esta institución financiera se obligaba a cumplir las órdenes de pago extendidas por ella hasta la concurrencia de las cantidades de dinero disponibles en su cuenta o del crédito que eventualmente se hubiere estipulado.

Tan efectivo resulta que el Banco autorizó el pago a que estaba obligado contra los fondos disponibles en la cuenta corriente de la requerida, que ella pudo retirarlos,

²⁴ Sandoval, R., *Derecho comercial y títulos de crédito, contratos mercantiles y operaciones bancarias, tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 188-189.

ejerciendo pura y simplemente los derechos surgidos del contrato de cuenta corriente que mantenía con el referido Banco, sin que se le atribuya ardid o fraude alguno para obtener la disposición del dinero a su favor.

1.B.b. Aspectos de la ley de cuentas corrientes bancarias y cheques

Más aún, si se revisa la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, se advierte que es perfectamente posible que el Banco permita a su comitente girar en exceso del monto del crédito estipulado o de su haber en efectivo, como de hecho parece haber ocurrido en el caso concreto descrito en el requerimiento fiscal, toda vez que el Banco como librado cumplió la orden de pago por \$ 1.616.638 dada por el librador de la respectiva cuenta corriente. Y si así fue, entonces, el Banco que pagó más allá de lo que pertenecía al librador tiene derecho a que los primeros abonos que enseguida se hagan a la cuenta se apliquen de preferencia a extinguir el sobregiro.²⁵

De las normas de ese mismo texto legal, tampoco parece sensato ni razonable perseguir criminalmente al librador de un contrato de cuenta corriente por errores que no le son imputables, toda vez que es el Banco el que acredita a su comitente el dinero que éste o un tercero entregan para ser abonado a la cuenta corriente, sin que la representada de la Defensoría haya tenido responsabilidad alguna en dicho registro, ni en la impresión del saldo disponible.²⁶

Incluso, el cliente deberá efectuar el reconocimiento de los saldos de cuentas que el Banco le presente y dichos registros se tendrán por aceptados si no fueron objetados dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que el correo certifique la carta que los contenga, con lo cual se confirma el control que la institución bancaria tiene respecto del registro de los haberes del cuentacorrentista y la responsabilidad que le cabe en el manejo de esa información.

Si las pérdidas de dinero se originan en actuaciones descuidadas, el artículo 18 del D.F.L. 707 resulta orientador sobre la responsabilidad por la negligencia de las partes, al afirmar que en general la responsabilidad por la pérdida del dinero pagado en razón de un cheque falsificado corresponderá al librador o al librado, según sea la culpa o descuido que les sean imputables, sin perjuicio de la acción contra el autor del delito.

En materia de delitos, la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques no tipificó en norma alguna, una figura que reproche criminalmente al librador que gire dinero contra saldos erróneos de dinero disponible en la cuenta corriente –elaborados por el Banco y no por el librador– con lo cual ese evento debe solucionarse a la luz de las normas generales del derecho.

²⁵ Artículo 3° del D.F.L. 707: El Banco podrá permitir que su comitente gire en exceso del monto del crédito estipulado o de su haber en efectivo. En tal caso, los primeros abonos que en seguida se hagan a la cuenta se aplicarán de preferencia a extinguir el sobregiro.

²⁶ Artículo 2° del D.F.L. 707: El Banco acreditará a su comitente el dinero que éste o un tercero entreguen con tal objeto.

Por lo pronto, es posible sostener que no parece existir un interés público comprometido en los hechos descritos en el requerimiento fiscal. Situaciones más reprochables en esta materia sólo dan origen a una acción penal privada, como cuando se previene que los delitos previstos y sancionados en el artículo 22 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques 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.

Lo anterior, además, porque, siguiendo los dichos de Francesco Carrara, parece ser que la fuerza moral del delito decae cuando se sufre un perjuicio naturalmente por descuido del propio dueño, como de hecho ocurre con el Banco que adquiere dinero en depósito y lo abona por error en una cuenta distinta de la anotada en el formulario de depósito. Y, de ese modo, permite que en el ejercicio de los derechos que nacen del contrato de cuenta corriente, suscrito sin vicios del consentimiento, el librador otorgue una orden de pago contra esos fondos, la que se cumple por el mismo Banco librado, que con su propio actuar lo hace posible.

Mayor pertinencia cobran las palabras del tratadista italiano, cuando afirma que siempre que un ciudadano ha sido causa primaria de su propio perjuicio, los demás, que se auguran a sí mismos mayor cuidado y prudencia, se alarman menos²⁷ y, en consecuencia, a partir de esa ilustrada reflexión es posible concluir que ni desde el punto de vista jurídico ni tampoco político existe en el requerimiento fiscal cuestión de interés público alguno que cautelar.

Si el librador que a sabiendas extiende un cheque y lo entrega en pago a un tercero, para acto seguido, y con evidente perjuicio de su acreedor, retirar los fondos contra los cuales se hará efectiva esa orden de pago, no enfrenta la persecución penal del Estado, con considerable menos razón pretenderá un Banco gozar de tal auxilio público, cuando ha sido su propio descuido y el cumplimiento de las obligaciones nacidas de las convenciones por él libremente pactadas, las que en definitiva le han ocasionado un daño, por lo demás, civilmente reparable.

Por eso, sostenemos que los hechos descritos en el requerimiento fiscal no son constitutivos de delito, no sólo porque la narración del acontecimiento histórico imputado prescinde de un presupuesto fáctico capaz de satisfacer la exigencia del elemento subjetivo adicional del artículo 448 del Código Penal, referido al conocimiento del dueño de las especies al parecer perdidas, sino también porque estimamos que el depósito bancario de dinero y su posterior abono a una cuenta corriente distinta de la indicada en el formulario de depósito, no origina la especie de cosas a que se refiere la aludida norma del catálogo punitivo.

²⁷ Carrara, F., *Programa de derecho criminal*, T6, Editorial Temis, Bogotá, 1996, pp. 472-486.

1.B.c. Pronunciamiento judicial

En esta causa, el Tribunal de Garantía de Osorno dictó sentencia absolutoria, a pesar de la aceptación de responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento fiscal que efectuó la imputada al inicio del juicio simplificado.²⁸

En definitiva, el fallo acogió el argumento principal de la defensa que resistió la pretensión punitiva sobre la base de alegar la falta de imputación del elemento subjetivo adicional del tipo de hurto de hallazgo y que, tal como lo sostuvo el juez de fondo en su sentencia, consistía en el conocimiento de quién era el dueño de la cosa ajena, dinero, al parecer perdido.

Es así, como en el apartado undécimo de la sentencia absolutoria, se sostiene que si fiscalía omitió la configuración, descripción y acreditación de tal elemento subjetivo adicional, así como la precisión cabal de ser el dinero cosa mueble perdida por su propietario, se ha minado su pretensión punitiva, al no ser los hechos en los que acepta responsabilidad la requerida constitutivos del delito contenido en el ejercicio de Fiscalía, no pudiendo subsanar su omisión en posteriores alegatos ajenos al marco que el fiscal se impuso voluntariamente en la descripción del hecho objeto de requerimiento.²⁹

Respecto del carácter de especie al parecer perdida del dinero erróneamente abonado a una cuenta corriente, la sentencia del Tribunal de Garantía de Osorno establece que la propia víctima fue categórica al señalar que el Banco es propietario de los fondos que los clientes mantienen en cuenta corriente, adquiriendo tales clientes el rol de tenedores de crédito en contra del Banco hasta el monto de los depósitos. De seguir tal postura, el dinero, propiedad del banco, nunca estuvo perdido, siempre se mantuvo, en la esfera de resguardo del Banco...

²⁸ Sentencia definitiva pronunciada el 26 de marzo de 2007 por el Tribunal de Garantía de Osorno en la causa RUC N° 0410016179-1 RIT N° 2964-2004.

²⁹ La sentencia definitiva fue impugnada por el fiscal del Ministerio Público y por la víctima a través de un recurso de nulidad fundado en la causal consistente en haber efectuado el juzgador una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, recurso que fue rechazado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia en la causa Rol Ingreso de Corte N° 262-07 que en el considerando octavo de la resolución de 21 de septiembre de 2007 sostuvo que en cuanto se reclama de una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, en concordancia con lo expresado precedentemente, deberá ser también desestimada por cuanto se constata que al amparo de la causal de nulidad se reclama de las consideraciones de la sentencia sobre el establecimiento de los hechos del juicio. En el mismo sentido debe considerarse que para que el error de derecho influya en lo dispositivo del fallo es imprescindible que exista una infracción formal de la ley, o una falsa aplicación, o una errónea interpretación, lo que es susceptible de configurarse cuando el juzgador le da una significación distinta a la que indica su claro sentido, o cuando se hubiere fallado la causa en base a hechos ajenos a los supuestos definidos por la ley como delito, o cuando se hubiere otorgado a la ley una significación más amplia o restringida que verdaderamente corresponde, nada de lo cual se constata haber ocurrido en la sentencia de estos autos. Que por lo tanto, no ha existido en este caso una errónea aplicación del derecho, por lo que el fallo impugnado no ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, que pudiere conducir a la invalidación del fallo.

2. EFICACIA DE LAS SOLUCIONES DEL DERECHO CIVIL

En nuestra opinión, los hechos descritos en el requerimiento fiscal no se refieren a un conflicto de relevancia penal, sino a uno estrictamente civil. No sólo porque estamos convencidos de la ausencia de imputación de trascendentes elementos típicos del delito que pretende la fiscalía de Osorno, sino también por la errada calificación que hace de las denominadas “especies al parecer perdidas” del artículo 448 del Código Penal y la estricta adhesión a los principios limitadores de la pretensión punitiva estatal que suscribimos como inherentes a una organización políticamente democrática.³⁰

Desde ya queremos adelantar que la imposibilidad de reproche penal de una determinada conducta no puede asimilarse a los ojos del lector o del público en general a la ausencia de obligaciones para quien, por ejemplo, se enriquece en virtud de un contrato o, bien, sin causa como en el ámbito de lo lícito ocurre con el cuasicontrato del pago indebido que, aunque de más está decirlo, no constituye ni siquiera un delito civil.

2.A. *Obligaciones del contrato de cuenta corriente*

Tal como ya se anunciaba, si se revisa la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, se advierte que es perfectamente posible que el Banco permita a su comitente girar en exceso del monto del crédito estipulado o de su haber en efectivo, como de hecho parece haber ocurrido en el caso concreto descrito en el requerimiento fiscal, toda vez que el Banco como librado cumplió la orden de pago por \$ 1.616.638 dada por el librador de la respectiva cuenta corriente. Y si así fue, entonces, el Banco que pagó más allá de lo que pertenecía al librador tiene derecho a que los primeros abonos que en seguida se hagan a la cuenta se apliquen de preferencia a extinguir el sobregiro.³¹

En ese sentido, es razonable sostener que desde una perspectiva estrictamente jurídica, el conflicto trasladado a sede penal por el Ministerio Público debe en primer término analizarse en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de cuenta corriente, que perfectamente puede llevar envuelto o permitir la realización de operaciones de crédito de dinero.

Si efectivamente el Banco permite a su cliente realizar giros más allá de los montos disponibles en el saldo de cuenta corriente, entonces el librador en virtud del referido contrato se obliga a restituir en un momento distinto al del pago, el dinero que ha recibido como consecuencia del sobregiro, con lo cual la conducta de la imputada se habría desenvuelto en el ámbito de lo legítimo, de lo permitido por el acuerdo previo de voluntades.

³⁰ Ver notas 16 y 17 sobre la fragmentariedad del derecho penal y los principios de *ultima ratio* y mínima intervención penal.

³¹ Artículo 3° del D.F.L 707: El Banco podrá permitir que su comitente gire en exceso del monto del crédito estipulado o de su haber en efectivo. En tal caso, los primeros abonos que en seguida se hagan a la cuenta se aplicarán de preferencia a extinguir el sobregiro.

Así, estaríamos hablando de una operación de crédito de dinero, esto es, de aquéllas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar a la otra una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquél en que se celebra la convención.³²

En cuanto a las obligaciones de la parte que ha recibido el pago de dinero, es necesario recordar que las operaciones de crédito de dinero son naturalmente onerosas, pues la gratuidad no se presume en este tipo de convenciones. Y, por lo tanto, si no se han estipulado intereses especiales, se deben los intereses corrientes, de manera que para liberarse del pago de los mismos se exige que medie un pacto por escrito que exonere al deudor de dicha obligación.

2.B. *Obligaciones en el cuasicontrato de pago indebido*

Si la conducta de la imputada se hubiere desplegado al margen de los límites del contrato de cuenta corriente que suscribió con el Banco, nos parece que la consecuencia jurídica de su actuar debiera buscarse en el ámbito del derecho privado, más certeramente en el cuasicontrato del pago de lo no debido como fuente de las obligaciones.³³

Antes de hacernos cargo de la propuesta de solución planteada, parece útil revisar una vez más y con mayor detenimiento aún, el requerimiento en procedimiento simplificado presentado por la fiscalía de Osorno que postula: La requerida María Teresa Muñoz Muñoz era titular de la cuenta corriente N° 61053481 del Banco de Crédito e Inversiones, sucursal Osorno y el día 01 de abril de 2004 se digitó en dicha cuenta un depósito por la suma de \$ 1.616.638 los cuales correspondían a un depósito a abonar en la cuenta corriente N° 61033481 correspondiente a la Universidad de Los Lagos, lo anterior se debió a un error de digitación de la funcionaria del Banco, Carola Eliana Concha Cid, abonándose dicha suma en la cuenta corriente de la imputada y en perjuicio de la Universidad de Los Lagos con pleno conocimiento de la imputada de la no pertenencia de la suma depositada procedió a retirar dichos fondos”.

De la lectura de la formulación de cargos, se advierte como hecho no controvertido que la requerida, doña María Teresa Muñoz Muñoz al día primero de abril de 2004 era

³² Art.1 Ley 18.010: Son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención. Constituye también operación de crédito de dinero el descuento de documentos representativos de dinero, sea que lleve o no envuelta la responsabilidad del cedente. Para los efectos de esta ley, se asimilan al dinero los documentos representativos de obligaciones de dinero pagaderos a la vista, a un plazo contado desde la vista o a un plazo determinado. No se aplicarán las disposiciones de este Título a las operaciones de crédito de dinero correspondientes a contratos aleatorios, arbitrajes de monedas a futuro, préstamo marítimo o avío minero.

³³ Artículo 1437 del Código Civil: Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos y convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

titular de la cuenta corriente N° 61053481 del Banco de Crédito e Inversiones, sucursal Osorno.

Que ese mismo día, supuestamente por un error de digitación de la funcionaria del Banco, doña Eliana Carola Concha Cid, se abonó la suma de \$ 1.616.638 en la cuenta corriente de la imputada, quien con pleno conocimiento de que ese dinero no le pertenecía lo habría retirado, lo que dicho ya no en lenguaje descriptivo, sino puramente normativo, significa que en su calidad de libradora de la cuenta corriente N° 61053481 extendió una orden de pago a su nombre contra los fondos en ese minuto disponibles en su cuenta corriente, orden que fue cumplida por el Banco librado y que, en consecuencia, generó un pago a su favor por la suma ya anotada de \$ 1.616.638.

Que en otros casos análogos, el Banco que por error ha entregado una suma de dinero y a consecuencia de aquello experimenta un perjuicio patrimonial, se ha resarcido del daño exigiendo al funcionario responsable, en virtud de normas reglamentarias internas, la devolución del dinero bajo apercibimiento de cesación de su cargo,³⁴ con lo cual es evidente que al actuar de ese modo el propio Banco reconoce haber pagado por error una deuda que no existía.

Otra situación muy similar también se resuelve mediante demanda que exige la restitución de lo erróneamente pagado en cumplimiento de una obligación inexistente. En causa 4434-03, la Excm. Corte Suprema casó de oficio una sentencia definitiva de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Talca que confirmaba el criterio del tribunal *a quo* en el sentido de rechazar una demanda de pago de lo no debido, en que se acreditaba que por un error de una funcionaria bancaria los titulares de una cuenta de ahorro a la vista del año 1971, recibieron el año 1995, cuando ya se encontraba sin vigencia, un certificado del Banco informándoles de intereses derivados de depósitos a plazo por una suma superior a 16 millones de pesos que en realidad pertenecían a la cuenta de ahorro vigente de otro antiguo cliente del Banco.

Con ese certificado, los demandados solicitaron el retiro de los fondos, con conocimiento de que el dinero no les pertenecía, petición que fue cumplida por el Banco, advirtiendo con posterioridad que el pago se debió a un error en la lectura de los números de las cuentas de ahorro.

Es interesante lo dicho por el máximo tribunal del país, en resolución de 20 de septiembre de 2005, porque, entre otras cosas, circunscribe la solución de este asunto a

³⁴ Portal Lexis Nexis, Número Identificador 31429. Sentencia de 6 de diciembre de 2002 pronunciada por el Juzgado de Letras de Arica que en su parte considerativa refiere: El actor basa sus pretensiones en que el Banco del Estado de Chile, sucursal Arica, pagó por error a don Hugo Araya Vera un cheque por \$ 8.000.000, girado por don Jorge Richard Villegas contra la cuenta corriente que doña Silvia Verdugo Calderón mantenía en el Banco Bhif de esta ciudad no obstante que la mencionada cuenta se encontraba cerrada. Agrega, que como la demandante fue quien autorizó el pago, induciendo a error a su empleadora (Banco del Estado de Chile), debió reembolsarle los \$ 8.000.000 a fin de evitar el despido. Finalmente, señala que por haber efectuado ese pago por error a don Hugo Araya Vera, el demandante se subrogó en sus derechos y acciones, atendido lo dispuesto en el artículo 2.295 inciso 2° del Código Civil, por cuanto se trata de una deuda ajena que debió ser extinguida por los demandados, y que por error fue pagada por el demandante, configurando el cuasicontrato de pago indebido.

una institución propia del derecho civil, al sostener en su considerando cuarto y quinto, lo siguiente:

Cuarto: Que coincidentemente con lo razonado, doña María Elsa Navarro (demandada) en la absolución de posiciones de fojas 338 afirma haber tenido sólo una cuenta en la oficina de Molina del Banco del Estado –que evidentemente corresponde a la cuenta a la vista que no generaba reajustes e intereses– aludida en el considerando segundo de esta sentencia –de manera que resulta que el duplicado de la libreta otorgado el 3 de marzo de 1995 a nombre de los demandados de una cuenta a la vista abierta el 13 de diciembre de 1971, (fojas 169) fue consecuencia de un error manifiesto en atención a que de la cuenta a plazo N° 4316000407– eran titulares don Carlos del Río e Inés Astete; luego los fondos que se retiraron de esta cuenta a plazo no eran de los demandados.

Quinto: Que, siempre que hay pago indebido, es porque se cumple una obligación que no existe, ya sea que carezca totalmente de existencia y nunca la haya tenido, o se haya extinguido, o se yerre en la prestación, en quien la hace o en qué se hace. El pago supone una obligación previa entre dos personas, acreedor y deudor, que se va a extinguir por el cumplimiento. Si no hay obligación, si se paga a quien no es el acreedor, o creyéndose pagar una deuda propia se cancela una ajena, y se cumplen los requisitos que luego se dirán, hay un pago de lo no debido.

Por ello podemos decir que en virtud del pago indebido, quien paga por error lo que no debe tiene derecho a solicitar la restitución de lo pagado indebidamente.³⁵ Es claro, entonces, que en el caso concreto que se analiza, el Banco de Crédito e Inversiones, sucursal Osorno, por un equívoco de su empleada Carola Eliana Concha Cid pagó sin causa a doña María Teresa Muñoz Muñoz la cantidad de \$ 1.616.638.

Para reparar las consecuencias derivadas de episodios como el que en esta oportunidad motivan el ejercicio de la acción penal pública, ya los antiguos contaban con remedios más eficaces y menos gravosos de los derechos fundamentales de la persona humana, como la acción derivada de la *condictio indebiti* de la legislación romana, cuya razón filosófica radicaba en el hecho de que quien paga persigue siempre un determinado fin o beneficio, que es imposible de alcanzar naturalmente, si la deuda no existe.³⁶

En el mismo sentido parece pronunciarse la doctrina que afirma que todo pago supone una deuda, una obligación destinada a extinguirse. El que paga por error lo que

³⁵ Corte Suprema, resolución de 20 de septiembre de 2005, pronunciada por la Primera Sala, integrada por los Ministros señores Eleodoro Ortiz S., Enrique Tapia W., Jorge Rodríguez A. y Domingo Kokisch M. y Abogado Integrante señor Enrique Barros B.

³⁶ Corte Suprema, resolución de 23 de noviembre de 2004, pronunciada por la Primera Sala, integrada por los Ministros señores Jorge Rodríguez A., y Domingo Kokisch M., Fiscal Judicial señora Mónica Maldonado C. y Abogados Integrantes señores René Abeliuk M. y Óscar Carrasco A.

no debe tener acción para repetir lo pagado,³⁷ designada con el nombre que le daban los juristas romanos: *condictio indebiti*.

Se ha sostenido, incluso, que no es necesario que el error sea de quien efectúa el pago, pues puede serlo también de la parte que lo exige o de ambos a la vez. Lo indispensable es que exista un pago erróneo y a cuya virtud se haya efectuado lo que algunos tratadistas denominan el tránsito o desplazamiento de valor sin causa de un patrimonio a otro, aun cuando concurra una aparente causa o motivo.³⁸

Ese error puede ser de hecho o de derecho, pues el artículo 2297 del Código Civil perentoriamente sostiene que se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural.

En consecuencia, el error de derecho no justifica la repetición cuando el pago incide en una obligación puramente natural. Así, el que cumple una obligación natural en la equivocada creencia de que el acreedor podía demandarle el cumplimiento, no puede repetir lo pagado.

Para intentar la acción de pago de lo no debido será menester acreditar el hecho del pago por error y su carácter indebido, esto es que no existía una obligación ni aun puramente natural, o si existía, demostrar que el que pagó no era el deudor o, en caso de serlo, no lo hizo al verdadero acreedor.

No cabe duda que en este caso concreto, el Banco pagó indebidamente, fruto de un accidente, los \$ 1.616.638 a la requerida en procedimiento simplificado, toda vez que por un error, probablemente de digitación del número de cuenta corriente, y sin existir causa legal autorizó la transferencia en dominio de esa suma de dinero a doña María Teresa Muñoz Muñoz, sin experimentar el beneficio propio de ese modo de extinguir obligaciones.

Ahora bien, la formulación fiscal de cargos sostiene que la imputada con pleno conocimiento de la no pertenencia de la suma depositada procedió a retirar dichos fondos. Más riguroso sería afirmar que extendió contra el Banco librado una orden de pago por ese monto para que se hiciera efectiva contra los fondos disponibles en su cuenta corriente, a sabiendas de que no le pertenecían, lo cual fue autorizado por el Banco, que finalmente hizo pago de la orden.

Creemos que la hipótesis planteada en el ya mencionado requerimiento fiscal es absolutamente inidónea para satisfacer las exigencias del tipo penal de hurto de hallazgo, pues aquello significaría que la imputada actuó con pleno conocimiento de todos los hechos que integran ese delito, actuar que necesariamente debe ir acompañado de la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria,³⁹ lo que no ocurre en la especie.

³⁷ Artículo 2295 inciso primero del Código Civil: Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado.

³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, en *Rev. Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LIX, Secc. 2°.

³⁹ Cury, E., *Derecho penal parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 303.

Y ya se ha explicado que los hechos descritos en el requerimiento fiscal son atípicos. En el relato realizado por la fiscal de la causa aparece descrito un desempeño de mala fe de doña María Teresa Muñoz Muñoz o, en el peor de los casos, una intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro,⁴⁰ pero no la realización de un hurto de hallazgo desde que no se atribuye a la imputada el conocimiento del dueño de la especie mueble al parecer perdida.

Nadie discute que aquella persona que paga a sabiendas lo que no debe realiza una donación.⁴¹ Y si la causa de ese pago ya no es la voluntad de realizar una mera liberalidad, sino más bien una equivocada representación de la realidad, entonces se sostiene que de ese hecho surge la obligación derivada del cuasicontrato de pago de lo no debido, que no es otra que el deber de restituir lo inmerecidamente recibido.

Ahora bien, es de toda justicia estimar que la reacción jurídica frente a quien de buena fe recibe lo que no se le debe, debe ser distinta a la prevista para casos de mala fe.

Pensemos, por ejemplo, en el pequeño o mediano comerciante que, a través de la cuenta corriente de su empresa, cumple las obligaciones que mantiene con sus proveedores y en ella recibe los pagos de sus clientes o deudores. Esta persona muy probablemente actúa en el convencimiento de que los saldos entregados por el Banco son correctos y difícilmente lleve el libro de contabilidad de su negocio bajo el brazo cada vez que da una orden de pago o extiende un cheque contra los fondos disponibles en su cuenta corriente, de manera que difícilmente se encontrará de mala fe respecto de un eventual pago de lo no debido realizado por el Banco.

En cambio, la persona natural de ingresos medios que maneja en su cuenta corriente saldos promedios de cuantía discreta y que de pronto se encuentra con un millonario saldo disponible contra el que extiende abultadas órdenes de pago en su favor, razonablemente se vuelve sospechosa de haber obrado de mala fe en la obtención del dinero.

Y, en consecuencia, si fuera efectiva la imputación descrita por la fiscal del Ministerio Público en el requerimiento de procedimiento simplificado, sin duda que doña María Teresa Muñoz Muñoz habría recibido de mala fe el pago sin causa que le hizo el Banco en el que mantenía su cuenta corriente.

Como sería arbitrario tratar del mismo modo a quienes se encuentran en situaciones jurídicas disímiles, la ley civil expresamente establece que el *accipiens* que de buena fe, aunque inmerecidamente, ha recibido dinero u otras cosas fungibles, debe devolver otro tanto del mismo género y calidad, pero si, en cambio, a sabiendas de que nada se le debía

⁴⁰ Artículo 44 del Código Civil: El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

⁴¹ Artículo 1397 del Código Civil: No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye en fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor; pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe.

tomó el dinero que se le entrega en pago de obligaciones, entonces además tendrá que restituir los intereses corrientes.⁴²

Por último, estamos honestamente convencidos de que este camino propuesto es el que preserva de mejor modo el carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal. Y es el que protege de mejor modo a los miles de cuentacorrentistas, quienes por hechos que no han provocado se ven expuestos a enfrentar reacciones penales que amenazan su libertad y seguridad personal.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal, Volumen VI*. Editorial Temis, Bogotá, 1996.
- CURY, E., *Derecho penal parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- ETCHEBERRY, A., *El derecho penal en la jurisprudencia, tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- GARRIDO, M., *Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- LUZÓN-PEÑA, D. M., *Curso de derecho penal, parte general*, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1999.
- MAIER, J., *Derecho procesal penal, tomo I. fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- NOVOA, E., *Curso de derecho penal chileno, parte general, tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- PEÑAILILLO, D., *La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- POLITOFF, S., MATUS J. P., Y RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- RIVACOBBA, M., *Actas de las sesiones de la comisión redactora del código penal chileno*, EDEVAL, Valparaíso, 1974.
- SANDOVAL, R., *Derecho comercial y títulos de crédito, contratos mercantiles y operaciones bancarias, tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

⁴² Artículo 2300 del Código Civil: El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía, es obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad. Si ha recibido de mala fe, debe también los intereses corrientes.