

UN DERECHO FUNDAMENTAL: EL DE ASILO

FRANCISCO JOSE FIGUEROA

Decimos fundamental porque su contenido emerge muchas veces del caos político en que las naciones pueden caer, haciendo respetar las libertades del hombre que en razón de las circunstancias podían ser olvidadas. La práctica de este derecho asegura la paz social de las naciones y honra a los estados que lo respetan. En las palabras siguientes hacemos un bosquejo histórico del mismo y si bien no diremos nada nuevo estamos persuadidos que en la modesta labor de investigación y estudio pueden estar las soluciones que de otra manera quedarían sumidas en la oscuridad.

La historia del derecho de asilo está matizada constantemente por situaciones de notable interés para el investigador. En sus primeros destellos, fueran las leyes mosaicas las que lo consagraron como un derecho excepcional. Luego, la civilización griega le imprimió un carácter más permanente, que difiere completamente de la legislación actual.

En sus primeros tiempos el asilo fué consecuencia directa de las inmunidades que los templos paganos otorgaban a los que se refugiaban en ellos. El templo de Zeus en Arcadia, el de Apolo en Efeso, el de Cadmo en Tebas y muchas otras, fueron exponentes del amparo que bajo sus columnas recibían los que allí se refugiaban, fueran o no criminales. Créese que los oráculos tuvieron marcada influencia en este derecho, pues al decir que "los suplicantes son santos y puros", permitían que los gobernantes perdonaran la vida a los que concurrían a rezar ante el altar.

La conquista romana en territorio griego agregó un carácter más jurídico a esta institución a la vez que humanizó algunas de sus disposiciones. Honorio, Teodosio, Valentiniano, fueron emperadores que fijaron lo concerniente al derecho de asilo. León extendió este derecho a todas las personas que cometieran cualquier delito. En las "Novelas" de Justiniano, sin embargo, ya se observa la negación del derecho de asilo a los homicidas, a los adúlteros y a los culpables del delito de rapto. El típico paganismo que revistió al derecho de asilo en sus orígenes, fué diluyéndose a medida que el Cristianismo avanzaba e imprimía un carácter netamente religioso a dicha institución. Las Iglesias cuyos recintos sagrados eran

inviolables, protegieron a quienes iban a refugiarse en su seno. Luego se extendió a los cementerios y a las Universidades, siendo las españolas las que más se destacaron por su amplitud e inviolabilidad, demostrando así el espíritu hidalgo de que hicieron alarde.

Producto de motivos místicos y jurídicos, el derecho de asilo fué un faro de caridad y justicia que iluminó la frío y rudo del derecho primitivo. Su importancia se fué acrecentando a través de los siglos y si bien sus fundamentos variaron la institución como tal quedó para salvaguardia de derechos inviolables.

Durante la Edad Media, el derecho de asilo poseía un tinte netamente humano. Las Iglesias y algunos castillos, lo otorgaban para evitar a los acusados las venganzas personales que los odios temporarios entre los hombres producían. Lógico era, que ante sistemas iníquos, que se basaban más en la venganza de la sangre y la ley del Talió, que en la acción judicial humana, se buscara el medio necesario para escapar a tales violencias. Han sido muchas las épocas de la historia en donde el hombre ha olvidado un mínimo de humanidad para juzgar a su semejante. El asilo salvó ese olvido.

Tanto el Fuero Juzgo, como las Partidas y el Fuero Real tratan con detenimiento y magnífica precisión el tema.¹

Actualmente las Iglesias y las Universidades han perdido el carácter que les había particularizado antaño, y se pasó el derecho de asilo, ya desfigurado, a las Embajadas. Es aquí donde resaltaremos la notable antinomia que presenta el derecho de asilo: en sus primeros tiempos eran los criminales de derecho común los que conseguían con facilidad el asilo, no siendo así para los asilados políticos; en su posterior evolución ocurrió todo lo contrario.

En el año 1884, Alberdi en su "Memoria sobre la conveniencia de un Congreso General", planteó el principio del Derecho de Asilo, como institución de Derecho Internacional. Hoy podemos afirmar con orgullo, en el continente americano el que más ha hecho por la implantación de dicha institución. Los numerosos tratados internacionales americanos dan la pauta de su indiscutible importancia dentro del Estado moderno. La Argentina, heredera directa de España, es un país respetuoso de tan noble práctica y así lo ha demostrado en innumerables oportunidades. Podemos afirmar que el derecho de asilo es un derecho vigente en América, con lo que hace honor al "jus" americano que paulatinamente va demostrando peculiaridades que le son propias. Derecho de asilo avalado por la con-

¹ Está expuesto concisamente en mi trabajo "D. de Asilo", Enciclopedia Jus Cosmética, t. 1, pág. 826.

tumbre de dejar liberto al país que otorgue el asilo la calificación de las causas que lo fundamentan, puesto que en caso contrario ese derecho se vería desvirtuado por pasiones que clasificarían como delinquentes a los que sólo son opositores.

En Montevideo, como resultado del Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, fué suscrito un tratado de Derecho Penal Internacional el 23 de enero de 1939, por Argentina, Bolivia, Chile, Brasil, Paraguay, Perú y Uruguay, y ratificado por éstos, salvo Brasil y Chile, en donde se reconocía el derecho de asilo, distinguiéndose del mero refugio y haciendo la importante aclaración de que sólo se aplicaría a los delinquentes políticos y no a los comunes, que se reintegrarán al Estado de donde hubieren huído de acuerdo a las reglas de la extradición.

En 1927, la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos, reunida el 20 de mayo en Río de Janeiro, elaboró un proyecto sobre asilo.

El 20 de febrero de 1928 se realizó en La Habana otro acuerdo respecto al derecho de asilo. Fueron varios los países que lo suscribieron y su enumeración interesa: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos (con reserva), Guatemala, Haití, Honduras, Méjico, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Luego de varios informes fué ratificado por: Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Méjico, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Uruguay. Fué modificado y completado por otro instrumento que se denominó "Convención sobre Asilo Político", firmado en el año 1933 en la ciudad de Montevideo.

En 1937, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina redactó un importante proyecto de Convención sobre derecho de asilo, que sirvió de base y estudio para el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, reunido en Montevideo y que agrupó en su seno a la Argentina, Uruguay, Chile, Perú y Paraguay, suscribiéndose un tratado sobre asilo y refugio político el 4 de agosto de 1939. Brasil y Colombia que luego asistieron, no lo firmaron.

El 12 de septiembre de 1950, el "Institut de Droit International" aprobó una resolución sobre asilo en Derecho Internacional Público y un año después, en Madrid se aprobó una resolución sobre derecho de asilo en el Primer Congreso Hispanoamericano (el 11 de octubre de 1951).

El actual derecho de asilo diplomático ha provocado interesantes cuestiones, para resolver las cuales, además de los tratados que existen, es necesario tener un alto sentido humano y jurídico, que son la base de aquéllos.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en París,

dice en el art. 14: "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país".

La Academia de Ciencias Morales y Políticas de la Argentina, presidida por el Dr. Biaz publicó el 30 de noviembre de 1950 una declaración firmada por destacados juristas defendiendo el derecho del Estado asilante a calificar el delito del político asilado.

Conviene dejar sentado que el derecho de asilo tal como hoy es aceptado por las naciones civilizadas es un principio de estricta justicia, en donde los motivos caritativos fueron su precedente inmediato pero no su actual fundamento. El problema siguiente que se nos presenta es el de establecer si se trata del ejercicio de un derecho o si es el cumplimiento de una obligación por parte del Estado asilante, con lo que no agotaríamos las respuestas, pues los términos medios aquí son difíciles. Sin embargo se ha adoptado una conclusión por el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado reunido en Montevideo (1939-40) que si bien es discutible, nosotros creemos acertada: se trató la tesis de que el asilo es un derecho y no una obligación por parte del Estado que lo brinda.

Creemos que el derecho de asilo no puede desconocerse, ni puede combatirse. Nos declaramos partidarios de él. Es un derecho inviolable que demuestra que por encima de las pasiones está el Derecho con sus principios e instituciones (que son guarda perenne de los valores que representan).

El derecho de asilo asegura la libertad al hombre, esa libertad que hace exclamar a don Quijote: "La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra, ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida." ¿Qué duda cabe entonces que impida ver al derecho que tratamos como uno de los más excelentes? Ninguna. Si Cervantes y Rudolf von Ihering lucharon por el derecho cada uno con sus mejores idealismos y realidades, ayudemos dentro de lo posible a mantener las conquistas logradas y sigamos la senda empinada que por difícil y heroica, es justa y noble.

EL PROTESTO EN EL ARTICULO 302 DEL CODIGO PENAL

BERNARDO REIDERMAN

Profesor adjunto interino de Derecho Penal (primera parte)

I

EL TEMA

"Será reprimido con prisión de uno a seis meses el que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 172, un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto y no abonarse el mismo en moneda nacional de curso legal dentro de las 24 horas de haber sido protestado".

Así reza el art. 302 del código penal, único del capítulo VI, título XII.

Trátase aquí de establecer:

1º) Si el protesto enunciado en esta norma es o no elemento esencial para la existencia legal de la figura ilícita sancionada;

2º) Contra quién ha de cumplirse el acta notarial del protesto: ¿contra el librador, el banco girado o contra ambos?;

3º) Qué requisitos debe contener el protesto, para que contribuya válidamente a la satisfacción de los extremos de la ley penal.

II

ANTECEDENTES DEL ARTICULO 302

La gestación del texto legal que nos ocupa es, en nuestro sentir, la clave más segura para responder con acierto al primero de los interrogantes puntualizados en el precedente capítulo; y es también, ya que no el único, elemento imprescindible para el desenlace de los dos restantes.

La historia de este artículo 302, se inicia con el proyecto que formuló en 1912 el *Asignado Nacional Belloc del Valle y otros* *Stromboli*. "Aceptase el artículo 302 del código penal, modificado por el 23 de la ley de reformas del mismo, n° 4189, el siguiente inciso: "Incurrirán en la pena establecida por los incisos 1º y 2º los que den en pago a terceros personas cheques o giros contra instituciones bancarias o particulares sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto".

En el artículo 302 del código penal vigente a la sazón (sancionado por ley n° 1920), disponíase sanciones de gravedad creciente, según el valor pecuniario de los bienes objeto de la defraudación, en contra de "todo el que con nombre supuesto, calidad simulada, falsa titulación

influencia mentida, defraude a otros, aparentando bienes, créditos, comisión, empresa, negociación o valiéndose para el efecto de cualquier otra astucia o engaño..." Por el artículo 23 de la ley 4189, resultaba entonces castigado el librador de cheques sin fondos, en el proyecto recordado, con prisión de uno a tres años, si el cheque importare menos de quinientos pesos y penitenciaría de tres a diez años si excediese de quinientos pesos.

Las razones de que entonces se sirvió del Valle en sustento de su iniciativa fueron éstas: "los cheques son un instrumento precioso para las transacciones comerciales, puesto que son la representación de la moneda. Hasta hace algunos años nos habíamos familiarizado con su uso; la mayor parte de las transacciones se pagaban por medio de él. Pero de un tiempo a esta parte, una serie de fraudes cometidos han llegado a desnaturalizar su carácter, produciendo la desconfianza entre los banqueros y dificultando su aceptación; de tal manera que la función del cheque está hoy limitada al intercambio de valores entre los bancos y las grandes firmas.

"Los mismos bancos, en previsión de nuevos fraudes, han establecido un plazo dentro del cual el que hace un depósito en cuenta corriente, no puede girar sobre él por medio del cheque. Este plazo es de veinticuatro horas".

"Los fraudes a que me refiero se han repetido al amparo de fallas judiciales, que han declarado que no se cometía delito al dar un cheque sobre depósito que no existía. Continuamente los banqueros tropiezan con dificultades, debido a las artimañas de que se valen gentes de mala fe, que quieren hacerse de recursos o realizar negocios por medio de trapionadas, en que el cheque en descubierto o sobre depósitos imaginarios es el instrumento principal.

"Antes de presentar este proyecto, atendiendo no solamente la opinión de los señores autorizados de la prensa, sino también de las personas competentes, pensé que debía consultar la opinión de los banqueros, y ha sido unánime el aplauso con que han recibido mi iniciativa, habiéndome declarado hoy el señor gerente del Banco de la Nación, que el servicio más grande que se puede hacer al país, en lo que respecta a relaciones comerciales y circulación monetaria, es sancionar una ley que imponga penas a los que usaren del cheque sin tener la debida provisión de fondos.

"Según el último balance bancario publicado, la emisión de papel moneda alcanza a 769 millones. De esta suma tan crecida, el 31 de mayo existían depositados en los bancos 369 millones. De manera que hay 400 millones sustraídos al movimiento bancario, en poder del público, cuando esos millones debieran estar en las cajas de las instituciones de crédito si hubiera confianza en el cheque, facilitándose así el mayor desarrollo de los negocios en general.

"Las dos terceras partes, calculaba un banquero, de esa emisión, sustraída al movimiento comercial, ingresaría a los bancos lo que representaría alrededor de 260 millones de pesos.

"La práctica del cheque en la mayor parte de las naciones europeas es de uso tan vulgarizado, que hasta para las necesidades de carácter

doméstico se emplea; y en Inglaterra es tan usual el cheque, que basta que un individuo desconocido presente un cheque contra un banco, para que le sea pagado, porque se ha establecido allí que el cheque representa legalmente valor de moneda; y han sido tan severos los castigos establecidos por los tribunales de Inglaterra, que es allí muy raro el caso de una infracción o fraude por medio del cheque que se entrega en pago.

"Aquí, el cheque fraudulento es moneda corriente, especialmente en la Capital de la República. Me contaba el gerente del Banco de la Nación, que un conocido abogado fué a satisfacer una deuda que tenía con un banco, y entregó un cheque que le había dado una persona de las que actúan en el comercio de la Capital, y resultó que ese señor no tenía un centavo depositado en el banco contra el cual giraba. Ha habido el caso de una casa consignataria que ha recibido en pago un cheque, y con este agravante: de tener que devolver los saldos sobrantes en dinero, y cuando ha ido a cobrar el cheque al banco, se ha encontrado con que el pagador no tenía un solo centavo en depósito, y, entre tanto, no sólo había simulado un pago, sino que se había hecho de dinero por medio de un papel que nada valía. Este caso fué tratado por los tribunales, y el juez que entendió en el asunto absolvió al demandado, fundándose en que hacía mucho tiempo que en el banco contra el cual había girado en descubierto le habían acordado un crédito.

"De manera, pues, que se hace necesario llenar este vacío de la legislación penal, y a ese objeto va encaminado el Proyecto que he presentado a la Honorable Cámara, incorporando en el capítulo de "Defraudaciones y estafas" a aquel que da un cheque sin tener el depósito correspondiente. La pena varía según el valor del cheque: si es por una cantidad menor de quinientos pesos, de uno a tres años de prisión, y pasando de quinientos pesos, de tres a diez años de penitenciaría.

"Creo que con estas breves palabras, señor Presidente, he fundamentado el Proyecto que presento, y para el que pido a la Honorable Cámara su apoyo, a fin de que pase a comisión".

El recuento del protesto, que no figuraba en el proyecto del Valle, aparece introducido en el despacho que emitió la pertinente comisión de la Cámara de Diputados, después de estudiada la iniciativa. Expresaba el texto de este despacho: "Agórgase al artículo 203 del código penal el siguiente inciso: "Los que dan en pago cheques sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto, quedarán igualmente comprendidos en las penalidades previstas en el artículo anterior en los incisos 1.º y 2.º, ácepto que dentro de los veinticuatro horas del protesto no abonasen su importe".

Los diputados Becard y Oliver defendieron este despacho de la Comisión de códigos y explicaron su alcance, diciendo el primero de ellos: "Le decía, señor Presidente, que ésta era una medida excesiva y violenta contra personas que con toda buena fe pudieran firmar un cheque contra un establecimiento, en la creencia de que tuvieran fondos, y que sería realmente inconveniente e injusto someterlas, desde luego, a la sanción de la ley penal por el solo hecho de suscribir cheques en descubierto. Precisamente teniendo en cuenta esta consideración y la opinión de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, se ha proyectado la reforma en el sentido

de que sólo después de pasadas veinticuatro horas se consideraría cometido el delito de estufa o defraudación; o, en otros términos, que si una persona, después de notificada la falta de provisión de fondos, no pudiera o no quisiera, en el término de veinticuatro horas, integrar la suma por la cual se libró el giro, se le considerará como pasible de la sanción de la ley. De esta manera se tiende a salvar a las personas que, procediendo con toda buena fe y con toda sinceridad, en la rapidez de las operaciones de comercio han cometido un simple error de hecho girando cheques sin tener fondos con qué cubrirlos. De modo que este proyecto es defensivo del comercio honrado y tiende a rehabilitar el cheque como instrumento de pago...

En la argumentación del diputado Oliver, expresease que: "Es sabido que este documento (el cheque está perfectamente caracterizado por el código) no es un instrumento de crédito sino un instrumento de pago".

Este despacho pasó finalmente a ser sancionado el 20 de febrero de 1913, como ley 9.077.

Sin embargo, fracasó el empeño determinante de esta ley 9.077; y ello, por las fallas técnicas de que da cuenta Rodolfo Moreno (h.) en estas términos: "El congreso no había pretendido castigar la defraudación que se cometiese por medio de cheques, sino el empleo de ese instrumento sin contarse con depósito en el establecimiento contra el cual se hacía el giro; pero los términos de la ley 9.077 decían otra cosa. Esta previó el caso de defraudación, que estaba ya incriminado, y dejaba sin castigo lo que había pretendido penarse o sea el simple uso del cheque estufa"¹.

En efecto, por un error de técnica legislativa, resultaba que la ley 9.077 volvía a castigar la estufa, ya prevista en el art. 202 del código de 1896, en tanto se escurrió de sus mallas el mero hecho del libramiento de cheques sin provisión de fondos, que estuvo en la mente del legislador reprimir.

La frustración de los propósitos que motivaron la sanción de la ley 9.077, mueve al diputado Delfor del Valle a elaborar un nuevo proyecto, cuya parte pertinente a nuestro estudio establece: "Añádese al artículo 202 del código penal: "el que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar un descubierto, y no abonare el mismo dentro de las 24 horas de haber sido notificado en cualquier forma de su rechazo, sufrirá la pena de uno a tres meses de arresto". Afirmaba entonces del Valle² que "este artículo, sin que sea necesario el protesto, va contra los que, por mala fe o ligereza, hacen uso del cheque sin tener provisión de fondos...". Y agregaba: "Pienso, señor presidente, que este proyecto, en la forma presentada, salvará los inconvenientes encontrados por los tribunales... y llenará debidamente los propósitos que se persiguen, haciendo del cheque lo que debe ser: un precioso instrumento de comercio, sustituyendo a la moneda y facilitando las transacciones".

¹ Rodolfo Moreno (h.), "El Código Penal y sus antecedentes" (Buenos Aires, 1926), t. VII, pág. 132.

² Diario de Sesiones de la Cám. de Diputados, año 1913, t. 2, pág. 352.

Cuando Rodólofo Moreno, tres años después de este segundo proyecto del Valle, presentara al suyo de reforma, propuso sobre este asunto "que quedan comprendidas en sus disposiciones (las del art. 302) las que diaran en pago cheques sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto, siempre que dentro de las 24 horas del protesto no abonaren su importe". Al fundamentar la introducción del protesto, en lugar de la notificación al librador, dijo Moreno que esta última tenía los inconvenientes de hacerse "difícil cuando el deudor se oculta, pretendiéndose a múltiples abusos por parte de éste"³.

Este último texto, con las modificaciones que proyectó la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, pasó finalmente a ser el art. 302 del código penal hoy vigente.

De esta reseña de antecedentes — en la que hemos subrayado los pasajes directamente vinculados con el tema de este trabajo —, resultan dos evidencias: una, que se ha querido proteger al cheque como tal, es decir, como medio de pago; la otra, que el protesto es un ingrediente esencial para la existencia del delito previsto en el art. 302. Y vayan aquí ambas inferencias como adelanto, pues en su lugar desarrollamos la fundamentación de una y otra.

III

EL PROTESTO, ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LA FIGURA DELICTIVA

Entendemos que el texto del art. 302 y su gestación, no permiten dudar de que si no hay protesto, no hay delito. Esto nos parece evidente.

Sin embargo, se ha sostenido que el protesto no es un "elemento constitutivo de la figura del delito", sino "un medio de prueba, el único que la ley admite", para acreditar los extremos de la ley y la fecha cierta de comienzo para el plazo de 24 horas que esta acuerda al librador⁴. Este criterio, sostenido en la fundamentación de un fallo plenario de la Cám. Ap. Crim. y Corre. Cap., determinante de la doctrina sentada en dicho pronunciamiento⁵, no goza por cierto — y con razón — de acuerdo en la generalidad de nuestra doctrina. Así, Francisco Ramos Mejía, al fundar su disidencia en el prechado caso, afirmaba: "No basta la expedición del cheque, ni la falta de fondos; es requisito esencial del delito la falta de pago dentro del plazo establecido por la ley y es también requisito esencial la existencia del protesto que fija el comienzo de ese plazo". Además de hacer mérito de los antecedentes legislativos del art. 302, entendía Ramos Mejía que "la disposición legal no establece un medio de prueba, ni podría hacerlo tampoco el cód. penal, porque los medios de prueba son de resorte procesal y no puede legislarlo el Congreso con carácter nacional"⁶.

³ Obra citada, t. V, pág. 233.

⁴ Del voto emitido por el Dr. Emilio C. Díaz, en la causa "Rosa B. U", fallado el 13 de mayo de 1933, por la entonces Cám. Apel. Crim. y Corre. Cap., en pléno (Fallos de esta Cám., t. III, pág. 118); "El código penal para la República Argentina" —, de este mismo autor (Buenos Aires, 1947, 5ª edic.), pág. 637.

⁵ Ver fallo citado en la nota inmediata anterior.

⁶ C. C. C., Fallos, t. III, págs. 132 y ss.

También Esselie Gómez concluye en la necesidad del protesto como elemento esencial del delito, apoyándose en la ginecisa del art. 802 y compartiendo las opiniones que Francisco Ramos Mejía vertiera en aquella ocasión⁷.

Atendiendo a la estructuración de la norma, Sebastián Saler también evalúa el protesto como elemento necesario para la consumación del delito⁸; pero, desde ahora lo anticipamos, nos atrevemos a disentir de este justicieramente ilustre autor, en cuanto afirma que el protesto "debe ser cumplido con respecto al girado"⁹. Volveremos más adelante, y en detalle, sobre esta cuestión, prometida ya al delimitar el tema del presente trabajo.

Prácticamente interesa en grado sumo la consideración del protesto como elemento esencial o no del delito, pues de ello resultan, entre otros corolarios, el punto de partida de la prescripción de la acción, el momento de consumación del delito, el lugar en que se comete (y los efectos de la competencia territorial), la incapacidad legal del librador para hacer el pago, etc.

Pensamos que la Cám. Nac. Penal, con muy buen acuerdo, resolvió recientemente que "el término de prescripción de la acción penal en la especie del delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos, sólo comienza a correr una vez transcurridas las 24 horas de gracia acordadas por la ley al firmante del cheque, luego del protesto, para efectuar su pago"¹⁰. Estimamos ineludible el transcribir parte de la argumentación en que este fallo se sustenta. Así, considera el tribunal que "hasta ese momento (vencimiento de las 24 horas ulteriores al protesto) el delito no existe, aunque el librador no tenga fondos en la respectiva cuenta bancaria, ni en el momento de la entrega del cheque, ni en el momento de su presentación al cobro, ni en el momento del protesto ante el banco (reiteramos aquí nuestro disenso en cuanto al destinatario del protesto, si es pagado dentro de las 24 horas siguientes". Se afirma a renglón seguido que si el delito se cometiese en el momento de la entrega del cheque, "nos encontraríamos con el absurdo jurídico de un delito de pago con cheque con provisión de fondos, en aquellos casos en que existen fondos al entregarse el cheque y no existen al presentarse al cobro ni al efectuarse el protesto no siendo pagado dentro de las 24 horas posteriores". Y más adelante: "que, además, no se concibe como podría compaginarse legalmente el curso de una prescripción que corre con respecto a un delito en forma condicional; es decir, que si hay pago posterior, el delito no ocurrió, y si no hay pago, el delito existió con efecto retroactivo". En otro orden de ideas, pero siempre con vistas a robustar

⁷ "Tratado de Derecho Penal" (Buenos Aires, 1942), t. VI, págs. 301 y ss.; mantiene este autor el mismo criterio en sus "Leyes Penales Asociadas" (Buenos Aires, 1954), t. IV, pág. 354, párrafo 1520, "ab initio".

⁸ "Derecho Penal Argentino" (Buenos Aires, 1946), t. V, págs. 427 y 428.

⁹ Obra citada, pág. 428.

¹⁰ Fallo del 16-XI-1956, publicado en el diario "La Ley" del 6-VI-1957. Llamamos la atención sobre una importante errata en la publicación: en la página 7, columna primera, línea séptima, se ha omitido la palabra "no", entre "este" y "condicional".

tecer la argumentación en pro de la doctrina sostenida, afirma el tribunal "que, si bien es cierto que este delito está ubicado en el código penal, en el título de los "Delitos contra la fe pública", no es posible desconocer que la redacción del art. 302 se responde a tal fin, ya que la fe pública igualmente ha sido hurtada, aunque con posterioridad al protesto el librador pagar el cheque".

Pero, un mes y días antes de este pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 5 de octubre de 1936, declaró, manteniendo su criterio anterior: "El delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos se comete en el lugar en que el cheque es entregado"¹¹. Así se resolvió por acuerdo de los ministros Argañarás, Galli y Herrera, pese a señalar Soler —consecuentemente con la opinión expuesta en su obra ya citada— "la conveniencia de revisar el criterio que se sustentó" en fallos anteriores. Orgaz votó en disidencia.

Sostuvo el Dr. Orgaz, contrariamente al acuerdo de la mayoría, que el delito sólo queda consumado cuando, mediante la emisión señalada (no pagar dentro de las 24 horas posteriores al protesto), se integra la conducta del librador del cheque, no payable hasta entonces. Y esta es la buena doctrina, única aceptable en función de los términos de la ley, de sus antecedentes y de las normas generales en materia de interpretación de la ley penal.

Por otra parte, en numerosos fallos, la Cám. Nac. Ap. Penal ha dicho que el delito previsto en el art. 302 no se comete, si con posterioridad a la entrega del cheque y antes del protesto, el librador se presenta en concurso civil, o en quiebra, o en convocatoria de acreedores.

Esta declaración vale tanto como afirmar que si el delito se consumara con la mera entrega del cheque, no podría desaparecer al conjuro de una ulterior quiebra o convocatoria que incapacitara al librador para pagar dentro de las 24 horas del protesto.

El criterio que informara la disidencia de Orgaz, en el mismo que sostuvo, con correcta apreciación del problema, la Cám. Nac. de La Plata, en reciente sentencia: "En el delito de emisión de cheque sin provisión de fondos, que queda consumado por el vencimiento del término (de 24 horas posteriores al protesto), es competente para entender en el mismo el jur. del lugar en que se trató de hacer efectivo su pago"¹².

IV

SOLO ES OBLIGATORIO EL PROTESTO CONTRA EL LIBRADOR

El art. 302 del cód. penal establece el protesto del cheque, pero no el destinatario de este acto notarial.

Lleva ya vieja data el desacuerdo respecto de las modalidades o requisitos del protesto en sí —punto que analizaremos en el capítulo siguiente—; pero nuestros tribunales del fuero penal, tanto en el orden nacional como en provincias, y quizá la totalidad de los autores espe-

¹¹ Diario "Justicaperencia Argentina" del 13-III-1937, pág. 1.

¹² Diario "La Ley", 7º de enero de 1937, págs. 2/3.

cializados en materia penal, están contestes en considerar absolutamente imprescindible, para la cumplimentación de los extremos del art. 302, que el protesto se cumpla por lo menos ante el banco girado.

Nosotros entendemos que este requerimiento notarial, a los efectos del art. 302, sólo es legalmente necesario respecto del librador. En otros términos, es igualmente posible el librador del cheque, en las condiciones del art. 302, aunque no se lo hubiera protestado ante el banco contra el cual fué emitido.

Este criterio que enunciámos, queda en nuestro sentir autorizado por las razones que se dieron — y que ya vimos en el capítulillo II — al justificar la preferencia del protesto a la notificación. Se trató siempre, desde la discusión del primer proyecto del Valle y para remediar la eventual ligereza o buena fe del librador, hacer conocer a éste el rechazo del cheque por falta de fondos. Nada más. Y para mayor seguridad en cuanto a la protección penal del cheque, Rodolfo Moreno acudió al protesto, en lugar de la notificación, puesto que aquél, ya sea realmente, ya en forma ficta, siempre valdría como notificación fehaciente al librador.

Además, como oportunamente lo recuerda Juan P. Barnes¹², cuando la Comisión de códigos de la Cámara de Diputados estudió este punto, criticó el texto del proyecto del Valle (segundo proyecto: "notificación"), diciendo que se hacía así ("protesto") para evitar la "chicana" frecuente del librador quien, o no daba su domicilio o no lo encontraban en él.

El convencimiento — a nuestro parecer, erróneo — de que el protesto ha de cumplimentarse inexcusablemente ante el banco girado, nace esencialmente de: 1º) aplicar al protesto del art. 302, cód. penal, en su totalidad, el régimen de los arts. 712 y siguientes del cód. com.; y 2º) suponer que el protesto ante el banco sea la única forma auténtica requerida por el art. 302 para acreditar la falta de provisión de fondos.

Ensayaremos ahora la demostración de que el régimen del protesto previsto en el código de comercio para la letra de cambio no es el mismo a aplicar al cheque penalmente considerado en el art. 302; y de que el protesto ante el banco girado no prueba por sí la falta de fondos.

Antes de seguir adelante en esta demostración, debemos dejar bien en claro que nos ceñimos al protesto del cheque, considerado este último como medio de pago, única función del cheque protegida en el art. 302, según quedó probado ya con la rescia de antecedentes y según resulta de la ubicación de esta norma en el código penal.

¿Quién es el obligado, en el caso del art. 302, "a los resultados" del documento (cód. com., art. 717, inc. 2º y 4º), sino su librador? No hay en el cheque, con relación al art. 302, otro obligado cambiario fuera de su librador.

El banco girado no es en el cheque el "girado" de una letra de cambio. Con respecto al librador, el banco es mero mandatario, o, si así quiere, depositario o cajero; y entre el portador del cheque y el banco girado no media ningún vínculo jurídico.

¹² "Caso de Derecho Penal" (Buenos Aires, 1944), t. VI, pág. 293.

No se le puede negar razón a Francisco Orión cuando expresa que "en el mismo librador del cheque quien paga por medio del banco y en aquél quien debe pagarlo personalmente si el banco rehúsa hacerlo" (14). No menor razón le asiste este autor, cuando agrega que esta analogía entre librador del cheque, aceptante de la letra de cambio y suscriptor del pagaré, es el fundamento y la justificación de la exigencia de la ley de que el protesto del cheque se haga al librador y no al banco (15).

La naturaleza del cheque, pues, y los fundamentos de Rodolfo Morán y de la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados al introducir el recado del protesto con vistas al librador, así como la analogía entre librador (del cheque) y aceptante (de la letra), evidencian que el protesto del art. 302, elemento esencial del delito allí, descripto, sólo es obligatorio cumplirlo contra el librador.

Frente al banco girado, basta entonces la declaración de éste, formulada en el mismo cheque y en el momento del rechazo, de la negativa del pago y de las razones de tal negativa. No otra cosa ha querido la ley penal, que mienta al protesto únicamente como medio de notificación real o ficta al librador. El protesto ante el banco girado es facultativo, no sólo para el código de comercio, si que también en el caso del art. 302 del código penal.

Si el banco se negara a extender sobre el cheque tal declaración, podría entonces formalizarse un protesto —o quizá "protesta"— de tal circunstancia; pero esto como prueba, nunca como requisito a cumplir para satisfacción de los extremos del art. 302. Legalmente, ya no hay problemas en la actualidad sobre el particular, en atención a las prescripciones contenidas en la circular Nº 2 del Banco Central de la República (texto ordenado el 23 de febrero de 1951), sobre régimen de reposición del libramiento de cheques sin fondos (16).

No en menor medida mayor argumentación para probar que el protesto contra el banco tampoco tiene la virtud de acreditar la falta de fondos —elemento éste tenido en cuenta en el art. 302—, ya que con este acto notarial solamente se constata el "no pago" pero no la falta de fondos. Tan es así, que si el imputado prueba que había fondos en el banco cuando se protestó el cheque, no cabría acción para poner en movimiento la sanción del art. 302. Y si rara, no por ello es imposible la hipótesis de un rechazo en la creencia errónea de falta de provisión.

Muy recientemente, el 12 de abril de 1957, la Cám. Nac. Ap. Penal falló: "debe darse curso a la querrela cuando la inexistencia de fondos aparece acreditada por un sello del banco —estampado al dorso del cheque—, aunque el escribano no intimara el pago del documento en forma real y positiva" (17). No se llegó a decir literalmente que el pro-

14 "Protesto del cheque", en "Revista Notarial", nov.-dic. 1949, págs. 544 y ss.

15 Ver nota Nº 14.

16 Publicada en el Boletín Oficial del 8-IV-1951.

17 Diario "Jurisprudencia Argentina", 1-VI-1957, pág. 7. El mismo tribunal, aunque por otra de sus salas, se expresó sobre esta cuestión el 18 de noviembre de 1956, exactamente al contrario de la resolución a que nos referimos en el texto: "El testimonio de escritura pública que nos sólo documenta la manifestación de los auto-

trato ante el banco fuera innecesario para el art. 302; pero se desembocó en lo mismo, al admitirse la identidad de un acto notarial carente, nada menos, de intimación real y positiva por el escribano al banco girado del pago inmediato del importe del cheque. Precisamente, el juez de primera instancia resolvió dejar sin efecto el procedimiento por entender que la diligencia de protesto "no puede, indudablemente, ser suplida por el sello colocado por el banco al dorso del cheque y por la mesa manifestación verbal de su contador, que obra como tenedor accidental del cheque y que encomienda, por cuenta y orden de un tercero endosante, precisamente la gestión de su protesto legal".

En mérito, la decisión del caso ocurrido en el fallo de cámara que nos ocupa, conduce a reconocer que el art. 302 no obliga a protestar contra el banco, pues real puede llamarse protesto ni admitirse con valor de tal, a un acto notarial carente del rasgo dominante de un protesto, como es la intimación de pago. Basta con leer el art. 717 del cód. com. para advertirlo. Pero, aunque consideramos acertada la solución, discrepamos de sus fundamentos, en cuanto por éstos se mantiene tícidamente la necesidad de protestar contra el banco girado y se da al mismo tiempo como satisfecha tal necesidad legal con un acto que consistió no ya en defectuoso protesto, sino que ni siquiera ha sido un protesto.

V

REQUISITO DEL PROTESTO CONTRA EL LIBRADOR

Aquí nos llega el momento de estudiar — admitido ya que el protesto es esencial y que ha de cumplirse como necesidad legal contra el librador — qué recaudos ha de satisfacer el protesto en función del art. 302 cód. penal.

En primer lugar, sostenemos que el llamado "protesto tardío" es inválido a los efectos de la norma penal en análisis.

Si, como es indiscutible, el cheque es considerado en el art. 302 únicamente en su función de medio de pago, el protesto debe cumplirse entonces dentro del término de vigencia del cheque, establecido en el art. 813 del cód. com.

La jurisprudencia casi unánime elaborada por los tribunales de este capital en sentido contrario a nuestro criterio, se apoya esencialmente en esta disposición del art. 714: "Las letras que no se presenten para cobrarlas el día de su vencimiento y, en defecto de pago, no se protesten en el término del artículo precedente, se tienen por perjudicadas y se pierden toda acción contra el librador y endosantes, fuera de los casos siguientes: Respecto del librador, si no ha tenido provisión de fondos en favor del aceptante...". En sede penal se ha querido ver, a través de esta disposición (aplicable al cheque por conducto del art. 836, cód. com.), la

dades del banco girado en el sentido de que la cuenta corriente del librador se encontraba cerrada, omitiéndose la manifestación expresa de que se dejó formalizado el protesto contra el dicho banco, no puede suplir el requisito del protesto en sí, que es indispensable para caracterizar la infracción que tipifica el art. 302 del Cód. Penal" ("La Ley", t. 81, pág. 2643).

válida del protesto tardío para el supuesto de que el librador no hubiera tenido provisión de fondos. Consideramos desacertada tal solución.

El cheque deja de ser tal, como medio de pago, una vez vencido el término de su vigencia (art. 813, cód. com.). Esto es indiscutible¹⁹⁾.

Cierto es que, vencidos los términos del art. 813, podrá aún valer el cheque como título de crédito y podrá servir como base para una acción ejecutiva (o preparatoria de ella, en su caso), protestado tardíamente y aun no protestado (el protesto es facultativo en la ley mercantil)²⁰⁾.

Pero creemos haber evidenciado que en el art. 302 del cód. penal la protección del cheque se contrasta exclusivamente a su función de medio de pago, en tanto que su eventual utilización como título de crédito o como documento que "tras apartada ejecución"²¹⁾ queda fuera de la protección penal; como queda fuera de esta protección el no pago en término del pagaré o de la letra de cambio, aun protestados con todas las de la ley.

Han de cumplirse también todos los demás recaudos establecidos en el art. 717 del cód. com., pero sólo con respecto al librador, remitiéndose a las razones que ya dimos en demostración que el "girado" es una letra de cambio es una figura jurídica totalmente extraña y ajena al "banco girado" en un cheque.

En cuanto al aviso previo al protesto (art. 806 cód. com.), va de suyo afirmar, a estas alturas del presente trabajo, que su cumplimiento o incumplimiento es indiferente a los efectos del art. 302 cód. penal, en cuya norma, según ya lo vimos, se intradaja el protesto precisamente en sustitución de la notificación. Amén de que, cambiariamente, dicho aviso sólo sería indispensable para el ejercicio de la acción de regreso contra el endosante o avalista²²⁾.

VI

CONCLUSIONES

1º) El protesto mencionado en el art. 302 del cód. penal, es elemento esencial para la existencia del delito allí caracterizado.

2º) Sólo es legalmente necesario protestar contra el librador.

3º) El protesto a cumplir contra el librador ha de verificarse dentro del término de vigencia del cheque como orden de pago.

4º) El protesto, en las condiciones apuntadas, debe satisfacer todos los requisitos del art. 717 del cód. com., con la salvedad señalada respecto de qué ha de entenderse por "girado".

5º) No es necesario el aviso del art. 806, cód. com.

¹⁹⁾ No resistimos la tentación de transcribir la terminante opinión de Marcos Stefanowicz, vertida en carta que el malogrado maestro remitió a Julio G. Perrier el 10 de julio de 1946 (giroza foto que me fuera gentilmente facilitada por su donatario): "A mi juicio, para la acción penal debe tratarse de un cheque que no ha caducado por transcurso del plazo para su presentación para el cobro y pago".

²⁰⁾ Conf. Winkler, Ignacio, "Consideraciones sobre la definición de cheque y las acciones del tenedor del cheque no protestado", en "La Ley", t. 47, págs. 769/782, en nota; Williams, Jorge M., "Viabilidad de la acción cambiaria en el cheque no protestado", en "J. A.", t. 1922, III, págs. 188 y en su nota.

²¹⁾ Cód. Proc. Civ., Cap., art. 498, inc. 8º.

²²⁾ Cám. Mac. Apel. Civ., 12 de agosto de 1936, en "J. A.", t. 1936-IV, pág. 25.