

LA REPRISION PENAL DEL GIRO SIN PROVISION DE FONDOS

Por Alejandro A. Devila *

PARTE GENERAL

I) RAZON DE SER DE LA FIGURA EN ANALISIS

La instrumentación de la figura destinada a reprimir el delito del cheque sin provisión de fondos a través de las distintas legislaciones encuentra su fundamento básico en el desarrollo que en el ámbito comercial llegó a alcanzar el mismo, partiendo de la premisa de su fuerza cancelatoria como instrumento de pago.

Así se observa la necesidad, ante manifiesto y creciente desenvolvimiento, de asegurar su eficacia echando mano a ciertas fórmulas represivas tendientes a sancionar determinados hechos que conspiraban contra el normal funcionamiento de aquél.

En este sentido, y como en la mayoría de las instituciones del derecho que tratan de imponerse, se abrieron de inmediato dos corrientes de opinión totalmente divididas.

Por un lado es dable observar cierta corriente doctrinaria que tomando en consideración las ventajas de su uso comercial como medio de pago, pretendió dotar de una enérgica protección a la circulación del cheque, y a la buena fe de quien lo admitiere en lugar de moneda, mediante la implantación de normas de carácter penal. (1)

Por otra parte, sostiene otra posición, se parte de una base falsa, pues no es exacto que su rápida circulación autorice a elevar su protección a la categoría delictiva. Además, el problema seguirá presentándose igual, ya que el corazón de la gente sólo aceptará tal instrumento de aquella persona que realmente le merezca confianza, no estando para nada interesada la sociedad en la represión de una confianza pública supuestamente burlada. (2)

Opiniones al margen, lo cierto es que todas las legislaciones, sea en mayor o menor medida, tratan de proteger la normal circulación de este instrumento que en el ámbito comercial hiciera una irrupción masiva.

(1) Pina Vera, A.: El cheque. Teoría y práctica. México 1960, pág. 191.

(2) Orreaga Altamirano: Títulos y Operaciones de crédito, México 1954, pág. 141.

* Profesor titular de Derecho Penal II, Cátedra del Dr. Eduardo Aguilar Obando.

II) FUENTES

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que la fuente inmediata del art. 302 de nuestro Código Penal (basado en un Proyecto ad-hoc de Ricardo C. Nuñez), es el art. 19 del decreto-ley 4778/63, y por su intermedio, el Proyecto de 1960 (3). Cabe consignar además, que el mencionado decreto-ley encuentra su correlato en el que lleva por N° 4776/63 referente a la normativa específica del instrumento en estudio en lo que se refiere a su uso comercial.

En cuanto a la fuente mediata, la podemos encontrar en la ley 9077 del año 1912, basada en un Proyecto del diputado Delfor del Valle, la cual agregaba un inciso —el 15°— al art. 303 vigente en su momento. Dicho texto pasó, prácticamente sin variantes, a constituir el art. 302 del Código de 1921, y de allí al inciso 1° del art. 19 del decreto-ley 4778/63, y art. 10 de la ley 16.648.

III) EL BIEN JURIDICO TUTELADO

Sobre este punto tan vital, puesto que guarda directa relación con la incriminación o desincriminación de la figura, no se han puesto de acuerdo hasta la fecha los distintos autores. Son bien visibles dos corrientes marcadamente opositoras en la presentación de este tema. Con menos vigor, últimamente podemos encontrar una tercera postulación dentro de este campo.

La primera de ellas —por seguir un orden— sostiene que la infracción que reprime el art. 302 debe considerarse atentatoria directa y excluyentemente contra el patrimonio de la persona, al igual que otra serie de delitos involucrados bajo este bien jurídico en particular (v. gr. hurto, robo, estafa, etc.). Enrolados en esta tesis se encontraban, bajo la vigencia del antiguo art. 302, nada menos que dos precursores del Derecho Penal argentino: los Dres. Juan P. Ramos (4) y Eusebio Gómez (5). Modernamente esta posición se ha visto sustentada por Millán (6) para quien carece de sentido incluir a este delito en un régimen atentatorio contra la fe pública, ya que el cheque no estaría revestido por las características intrínsecas que lo podrían igualar a la moneda, ni reuniría los atributos psíquicos suficientes como para determinar genéricamente que la comunidad se viera afectada.

En la corriente opositora podemos ubicar, nada menos que al codificador de 1921, Rodolfo Moreno (7), y al mencionado diputado del Valle, inspirador del Proyecto de 1912, para quienes por el contrario la razón de ser de su ubicación entre los delitos atentatorios contra la fe pública se justificaba ampliamente, al ser el cheque un elemento preciso en las transacciones comerciales al representar eficazmente a la moneda. De no ser así, el orden de pago implícito en el cheque se desprestigiaría completamente, favoreciéndose así el descrédito de tal instrumento.

(3) Art. 240 del Anteproyecto.

(4) Curso de Derecho Penal, Bs. As., 1944.

(5) Tratado de Derecho Penal, Bs. As., 1944.

(6) El cheque en la legislación penal, Bs. As., 1958 y Nuevo régimen penal del cheque, Bs. As., 1966.

(7) El Código Penal y sus antecedentes, Bs. As., 1923.

En la actualidad, se había erigido en ferviente defensor de esta postura el desaparecido Profesor Sebastián Soler, para quien "... el bien tutelado por la norma del art. 302 es la confianza en instrumentos de valor pecuario, a los cuales debe ir unida la más estrecha garantía de inmediata realización. La protección legal, se tiende aquí sobre la confianza pública y está más inspirada por el fin de evitar, más que perjuicios patrimoniales directos, los trastornos consiguientes a la entrada en circulación de elementos espúneos (8).

Cabe acotar, que además esta postura cuenta con el apoyo de numerosos pronunciamientos judiciales entre los que merecen destacarse la interpretación de la Corte Suprema (9) y de distintas Cámaras (10).

Finalmente se ha abierto camino una posición intermedia sustentada por Aftabón(11) y Borinsky(12), quienes afirman que estaríamos en este caso en presencia de un supuesto delictivo que vulnera más de un mismo bien jurídico a la vez, como es dable encontrar en otras figuras delictivas, y no se ve objeción alguna para suponer que al lado de una lesión de naturaleza inmaterial representada por el delito contra la fe pública, no pueda coexistir otra de idéntica envergadura, representada por el perjuicio patrimonial concreto que se le inflige al destinatario del cheque, mensurable económicamente:

IV) SUJETOS

En lo que se refiere al sujeto activo de este delito, a diferencia del decreto-ley 4778/63 que mencionaba como sujeto "al que librase..." se utiliza actualmente la fórmula -en lo que se refiere a los dos primeros incisos- que ya usaba el Código de 1921: "El que de en pago o entregue..."

Debe comprenderse en esta enunciación de la ley solamente al librador, no abarcándose a los endosantes ni a los ulteriores tenedores legitimados (13). Y esto es así porque la actividad descrita por la ley sólo se puede imputar al titular de la cuenta corriente, dado que el endosante o tenedor legítimo es ajeno a la obligación de tener provisión en fondos en la respectiva cuenta, ya que para nada interviene en el contrato de cuenta corriente.

Sostiene por otro lado Millán que al decir la ley "sin tener provisión de fondos" únicamente puede haber querido referirse al librador; caso contrario hubiera expresado, por ejemplo, la siguiente fórmula: "sin que exista provisión de fondos".

Refuerza estas argumentaciones el hecho que la ley en los incisos 3º y 4º se refiere al librador expresamente.

(8) Derecho Penal Argentino (Parte Especial), Bs. As., 1979, T.V., pág. 383.

(9) L.L. 12-830.

(10) Cám. Nac. Crim. y Comec., Sala V, en I.A., 1969-III-204; Sup. Trib. de Entre Ríos, en Rep. L.L. XXXI-A/1, pág. 581; Cám. Penal Ia. de Tucumán, en L.L. 142-423.

(11) El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico, en L.L. 121-793.

(12) Derecho Penal del cheque, Bs. As., 1979, pag. 42.

(13) Soler, op. cit., T.V., pág. 403; MILLÁN, Nuevo régimen... , pág. 137; Uno-Orga, La Nueva reforma penal, pág. 62.

Esto, empero, no excluye la posibilidad de que otros sujetos queden abarcados por la culpabilidad de la infracción a la norma examinada, pero no así ya a título de autoría sino que habrá que recurrir a los principios generales para la participación en materia criminal, y así encontraremos que el endosante podrá responder a título de cómplice si conocía la circunstancia de la inexistencia de fondos. O el supuesto tan frecuente del mando que maneja la cuenta cuyo titular es su esposa, quien ha firmado en blanco la chequera. También entendemos que es viable la posibilidad de ser alcanzado como instigador responsable. No así la de coautoría, que estaría excluida por el mismo texto de la ley, ya que es "conditio sine qua non" el ser titular de cuenta corriente. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia (14).

En lo que respecta al sujeto pasivo de la presente infracción, puede ser cualquier persona física o jurídica que haya recibido el cheque en las circunstancias descriptas por el art. 302. Dicho sujeto es el "tercero" al que alude la ley.

V) OBJETO

Si bien el Código de 1921 incluía en el concepto a los giros, la redacción actual de la figura lo limita con exclusividad a los cheques. Y es el mismo decret-ley 4776/63 que regula la materia comercial, quien se encarga de definirlo en su art. 1° como "... orden de pago pura y simple, librada contra un banco, en el cual el librador tiene depositado fondos a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización para girar en descubierto". Y en el art. 3° la misma disposición enumera los requisitos que los cheques deben contener, so pena de no valer como tales, a saber: a) Número de orden, impreso en el cheque; b) Fecha de emisión; c) Nombre del banco girado; d) Orden pura y simple de pago; e) Firma del librador; f) Debe ser escrito; g) Debe contener la palabra "cheque" (15).

Se plantean en este punto, una serie de interesantes cuestiones no totalmente resueltas, las que han llevado a distintas interpretaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

La primera de ellas consiste en saber si los cheques entregados con la fecha en blanco son en realidad tales. Nótese la importancia de este interrogante, que de no serlo no estaríamos en presencia del delito previsto por el art. 302 del Código Penal.

La jurisprudencia al respecto se ha dividido en dos posiciones radicales: a) Según la Cámara del Crimen de la Capital Federal, el documento emitido en las presentes condiciones es cheque si al momento de su presentación al cobro tiene la fecha colocada (16); b) Por su parte la Cámara Nacional en lo Penal Económico sostuvo que "la falta de fecha en el cheque entregado obsta a la configuración del delito del art. 302 del Código Penal" (17). Esta última solución surge del juego de los arts. 2° y 3° del decreto-ley 4776/63 analizados *ut-supra*, al quitarse este último validez como cheque.

(14) Cám. Nac. Penal Económica, en "El Derecho", 26/VII/66, folios 47 y 48.

(15) Fontanarrosa, Rodolfo O., El nuevo régimen jurídico del cheque, pág. 41.

(16) Fallo Plenario "GARRIGOL", 13/VIII/1964, en J.A. 1967-VI, pág. 721.

(17) Fallo Plenario "CRIVELLI, Juan M.", en J.A. 1967-VI-22.

Por otra parte, el libramiento de un cheque que a la postre no tiene provisión de fondos, girado contra una institución que no es un banco, conforme lo dispuesto por los decretos-leyes 13.126/57 y 13.127/57, ratificados ambos por ley 14.467 no puede dar lugar a la aplicación de nuestra ley penal. Lo mismo ocurriría si se tratase de una institución bancaria con asiento fuera del territorio nacional. En este es de estricta aplicación el principio estatuido en el art. 1º, inc. 1º del Código Penal, dado que un libramiento en esas condiciones no afecta ni el tráfico comercial ni la fe pública de nuestro país.

VI) PENALIDAD

En cuanto a la penalidad, la misma es de seis meses a cuatro años de prisión, además de la de inhabilitación especial de uno a cinco años. Dicha pena es similar a la fijada por el decreto-ley 4778/63, pero notablemente superior a la establecida por el Código de 1921 (uno a seis meses de prisión).

En lo que se refiere a inhabilitación, la misma consistirá en la pérdida del derecho a ser titular de cuentas corrientes en los Bancos de la República, haciéndose notar que, conforme al art. 20 del Código Penal, transcurrida la mitad del lapso de la inhabilitación, el condenado podrá ser rehabilitado.

Respecto de la multa prevista en el art. 22 bis del mismo plexo legal, la misma no puede darse ya que el delito en estudio es de peligro y no de daño, careciendo por tanto de la presencia del ánimo de lucro que exige la mencionada norma.

VII) INTERPELACION

En forma genérica podemos decir que, a diferencia de lo estatuido por el decreto-ley 4778/63, la redacción actual de la ley nos hace pensar que no se exige, como condición de incriminación de la figura, la previa notificación. Esto tomando en consideración el artículo en general, ya que si es requisito ineludible para el inciso 1º. Así lo informaba el Poder Ejecutivo al proponer la sanción de la ley 16.648 en su mensaje a la Cámara de Diputados: "Los restantes incisos (2º, 3º, 4º), entre los que se incorpora el caso de frustración maliciosa del pago del cheque que antes no estaba previsto, constituyen conductas que, por su específica criminalidad quedan excluidas de la opción que se otorga por el inciso 1º". (18)

VIII) CORRELACION CON EL DELITO DE ESTAFA

Existe entre la norma en estudio y el delito de estafa una típica relación de subsidiariedad, toda vez que será de aplicación esta última figura, según el texto del art. 302: "... siempre que no concurren las circunstancias del art. 173. ...".

No sucedía lo mismo bajo la vigencia del decreto-ley 4778/63, pues hacía referencia a todo delito más grave.

(18) ADLA T XXIV C 1944, pág. 1094.

Lo que se quiere establecer aquí es una separación entre aquellos supuestos en que concurren todos los elementos de la estafa, frente a otros en los que simplemente estamos ante una figura de peligro, formal, independiente del daño causado, y como protección al mero acto de librar un cheque sin provisión de fondos (199).

Ahora bien, esta cuestión que aparentemente se presenta como sencilla no lo es tal. Y es así pues nuestros tribunales entienden que de concurrir arditi o engaño se excluye la aplicación de la figura del art. 302, supuesto del que por medio de un cheque no provisto obtenga como contraprestación mercadería, dinero, o un servicio de pago inmediato, siempre y cuando el desapoderamiento patrimonial haya sido la consecuencia inmediata de la entrega del cheque, y que no haya mediado crédito.

Nos permitimos discrepar en este punto con tan predominante doctrina y jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere a la condición negativa de que haya mediado crédito. Esto de ningún modo se compatice con la modalidad de la estafa que no hace distinciones al respecto, y que sólo exige que se de la cadena causal que comienza con el arditi o engaño y concluye con el desapoderamiento patrimonial perjudicial.

Partiendo de la base que el cheque es un medio de pago, y comprobado que éste provocó la disposición patrimonial perjudicial, nada obsta para sostener que en la confianza depositada en dicho documento fundamentó la víctima la entrega al sujeto activo, careciendo de relevancia el hecho de haber mediado o no crédito (caso típico de los cheques postdatados), ya que además el cheque presentado para su cobro no pudo ser efectivizado. Este es el criterio de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de San Isidro (200) en un reciente fallo que merece la pena ser tenido en cuenta, pues al menos deja abierta la puerta de la esperanza en que algún día pueda ser modificado un criterio que tan poco favor le hace a la "justicia".

IX) COMPETENCIA

En cuanto a la competencia en razón de la materia, la misma se encuentra establecida por el artículo 109, inciso 1.º, del Código de Procedimientos Penales, en lo Penal Económico en el ámbito de la Capital Federal. En tanto que en las provincias son competentes los jueces en lo Criminal.

Respecto de la competencia en razón del lugar, se han suscitado algunas controversias, dado que para determinar la misma debemos acudir al momento de consumación del delito.

Son dos las posturas tradicionales que han salido al cruce de esta cuestión para tratar de zanjarla. La primera de ellas alude a que es competente el juez del lugar donde se encuentra el banco girado, ya que el delito se reputa cometido allí por entenderse consumado con el rechazo del instrumento.

La otra, parte del supuesto que el momento consumativo del delito se da con la entrega del cheque, por lo que le otorga competencia al juez del lugar en que ha sido entregado el mismo (201).

(199) De la Rúa, El nuevo régimen penal de cheques, pág. 108; Soler S., op. cit., T.V., pág. 428.

(200) Caso N° 18.993, Sala I, "Crispino, Francisco J. s/estafa" del 21/IV/83.

(201) Fallo Penario N° 32 del 27/IV/83, in re "GEBLERO, Carlos Juan" (Cámara Nacional en lo Penal Económico).

A nuestro entender, la primera de las tesis enunciadas se ajusta más a la realidad de los hechos, en lo que se refiere a los incisos 3°, 3° y 4°. Pero, parecería que no sucede lo mismo en el supuesto del inciso 1° ya que tratándose en esta hipótesis, según lo ha entendido la doctrina, de un delito complejo, compuesto por una acción y una omisión, y considerando esta última en la falta de pago dentro de las 24 horas de haber sido el sujeto interpelado, encontramos más acertado sostener que el lugar de pago determinará el momento consumativo de la figura, y por ende el juez del lugar, su competencia.

PARTE ESPECIAL.

1) INCISO 1°

a) *El tipo legal:* Su texto es el siguiente: "El que da en pago o entrega por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de las 24 horas de habérsela comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interposición".

Se trata de un delito complejo y plurisubsistente, que encierra una doble actividad consistente por un lado en una acción y por el otro en una omisión, debiendo darse imprescindiblemente las dos para configurarse el mismo (12).

Se ha sostenido también que se trata de un delito de omisión pura (13). Tal proceder quedaría configurado por no pagar dentro de las 24 horas de la notificación. El fundamento de esta tesis se basa en que no es ilícito el mero acto de librar el cheque, sino que tal conducta se verá incriminada recién cuando se omite el pago requerido.

No inclinamos por el primer criterio, dado que se adecúa mejor al texto de la ley, ya que ambas conductas (positiva y negativa) deben integrarse. Operaría la faz negativa en este caso, como una especie de "condición suspensiva" hasta tanto no se cumpla el pago.

b) *Acción:* Consiste en "dar en pago o entregar un cheque". La misma ley establece que la entrega podrá hacerse "por cualquier concepto", quedando incluidos de tal manera los cheques entregados en garantía, respecto de los cuales no es de aplicación lo estatuido por el art. 175 inc. 4° del Código Penal (14).

(12) Conf. Soler, S. I. op. cit. T.V., pág. 427. En contra Sáizeva, *Delitos que se cometen por medio del cheque*, pág. 12.

(13) Bacallado, Enriquez, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 2-1968.

(14) Cámara Nacional Penal Econ., causa Diestefano, L.L. 141- 24-297 del 7/II/1968 y Vega, K.D. del 10/5/1968.

Otra exigencia establecida por la ley es que no se tenga "provisión de fondos al momento de la presentación al cobro del cheque", sea que se trate de una falta total o parcial, y aunque se haya efectuado un pago parcial o cuenta (135) (como lo autoriza el art. 31 del decreto-ley 4778/63).

Además, se agrega que "no se tenga autorización expresa para girar en descubierto". A nuestro juicio, incurre en este punto la ley en una tautología, ya que al haber autorización para el giro en descubierto, obviamente, no existirá falta de fondos.

c) *Omisión*: Consiste en no abonar el importe del cheque en moneda nacional, dentro de las 24 horas de haberse comunicado el rechazo del mismo.

Es bueno destacar a este respecto que la opinión predominante en doctrina, le otorga a dicha omisión el carácter de elemento sancionante del delito, para cuya construcción no bastaría el mero libramiento o entrega del documento. (136)

d) *Comunicación: plazo y forma*. Se plantean en torno de la comunicación una serie de cuestiones que seguidamente analizaremos.

En primer lugar, tenemos que referirnos a ¿cómo debe practicarse la misma? El Código menciona distintos modos para efectuarla. El primero de ellos es el aviso bancario, refiriéndose de tal manera al que según los arts. 28 y 34 de la Circular B-382 del Banco Central deben remitir los bancos a los cuentacorrentistas para el supuesto de rechazo, por medio de una cubierta postal certificada.

En segundo término, menciona el Código a la "comunidad del tenedor", optándose generalmente por el telegrama colacionado. Modernamente puede ser perfectamente aceptada la carta-documento, sistema implementado no hace mucho por EN-COTEL que permite tener la certeza de si se ha recibido o no la notificación.

Finalmente, la ley emplea un enunciado genérico, al decir: "o cualquier otra forma documentada de interpelación". En este sentido el término interpelación según su empleo en el texto, parecería indicar que quedan excluidas las formas verbales de notificación probada por testigos (137) pero no sucede lo mismo con las actas notariales (138).

El segundo interrogante se presenta respecto de ¿quién debe hacer la notificación? Si partimos de la base que lo que la ley quiere es que razonablemente el librador tome conocimiento del rechazo, parecería lógico que cualquiera estuviese legitimado a efectuar dicha notificación. Así al menos lo ha entendido la Cámara Nacional en lo Penal Económico (139).

(135) Castilla Calón considera que si no se ha previsto el caso en la ley habría interpretación analógica, y por tanto, prohibida.

(136) Millán. Op. cit., pág. 164.

(137) Conf. Uro-Deguis. Op. cit. pág. 58.

(138) En contra de la Rúa. Op. cit., pág. 162.

(139) Causa "Vega" S.D. 18/IV/1968.

La tercera cuestión que se plantea está referida al lugar donde debe hacerse la notificación. Nuevamente, debe primar aquí la premisa enunciada precedentemente. En virtud de ello, resultará válida la efectuada en el domicilio fijado por el librador ante el Banco. Esto surge claramente del decreto-ley 4778/63 que en su art. 1º, tercer párrafo expresa: "El domicilio que el titular de la cuenta tenga registrado en el Banco podrá ser considerado domicilio especial a todos los efectos legales derivados de la emisión del cheque". Por lo tanto, tal domicilio tendría validez aún en los supuestos en que el que el librador no se encontrara allí. (30).

Por otra parte, tal solución resulta de los motivos que inspiraron la elevación del Proyecto al Poder Ejecutivo de lo que en definitiva sería la ley 16.648, manifestando que: "... sólo se requiere la existencia de una noticia comprobable remitida al librador, que lo ponga razonablemente en condiciones de enterarse, pero sin necesidad de que sea personalmente informado, lo que en caso de fuga u ocultación resulta imposible (31).

Distinto es el caso de las interpelaciones enviadas a un domicilio distinto del que figura en el cheque, ya que sólo serán eficaces las notificaciones allí remitidas en la medida en que las mismas lleguen a manos de titular de la cuenta.

Finalmente, debemos plantearnos ¿a quién debe remitirse la interpelación? Obviamente al librador. Pero, la respuesta que aparentemente resulta clara, no lo es tal. Porque, se plantea el problema en el caso de las personas jurídicas, más concretamente las sociedades, como cualquier otro acto de disposición que atañe a su objeto social.

Ahora bien, se ha discutido con relación a este tema si la interpelación debe ser dirigida al titular de la cuenta, es decir a la sociedad, o en forma personal a la persona que figura librando el cheque.

Por este último criterio se inclinó la Sala III de la Cámara Penal Económico en distintos fallos sueltos, donde sostuvo entre otras cosas que "... no debe sino cumplirse en forma directa —salvo en circunstancias excepcionales— con la persona existente viable que cumple efectivamente la acción de librar el documento mercantil llamado cheque..." y agregó "... que no podemos sino concluir que, si penalmente responsable es el ser viable que cumple las funciones de representante legal, con él deben entenderse las diligencias de aquel último apartado (se refiere aquí al decreto-ley 4778/63)" (32).

Por a tan claros argumentos preferimos inclinarnos por la primera de las tesis enunciadas, fundando esto en razones de tipo práctico y jurídico. Lo primero referido a la imposibilidad común de notificar personalmente al librador, o que al menos éste tenga la "razonable posibilidad" de enterarse. Lo segundo hablando estrictamente desde el punto de vista del derecho comercial, para el cual resulta básico que la sociedad sólo

(30) Conf. De la Rúa, Op. cit., pág. 82 y 11; C.N.F.A., Causa "Poggio Girard", I.P.B.A. N.º 13, pág. 104. Fallo 1467; Causa "Casariego" y "Winkler" del 30/VIII/1966 en J.P.B.A. N.º 13, pág. 105; Sala I, in re "Ortiz, Juan y otros" en R.D. del 26/VI/1968 e igualmente Sala II del 18/VIII/1968. En contra, Cám. Es. de Apelaciones de Mar del Plata-Abril 10/1967 in re "Alcalde, José" — R.D. 9-667.

(31) A.D.L.A. T.º XXIV-C 1964, pág. 1004.

(32) Causa "Bisotefano" — L.L. 7/II/1968 — Fallo 58.593 y Causa N.º 7156 "Luis, Luis y otra" del 5/6/1967.

se expresa y manifiesta a través de sus integrantes, sin los cuales no cobra vida y agota su existencia, a tal punto que desapareciendo éstos, muere jurídicamente aquella (33).

Plazo: Encontradas opiniones se han sostenido en torno a un tema tan debatido como el que significa precisar el término dentro del cual, válidamente pueda efectuarse la comunicación al librador de la falta de pago a que alude el inciso 1º del art. 302 en análisis.

Y lo más lamentado y lamentable al decir de Rubianes (34) es que la propia ley no fije término expreso alguno. De allí la única coincidencia entre tantas discrepancias sobre este punto: la necesidad imperiosa de fijar un plazo, con independencia de su extensión.

El problema se ha visto agravado, sobre todo, desde la actual redacción del art. 302 de nuestro Código Penal, ya que dejó de ser requisito constitutivo de dicha figura la interpelación mediante protesto notarial, puesto que explícitamente quedaba estipulado para este medio el término que fijaban los arts. 813 y 815 del Código de Comercio para que tuviese validez, lo que implícitamente se trasladaba al término para realizar la interpelación exigida en ese momento.

No requiriéndose en la actualidad protesto alguno —y no exigiéndolo tampoco la ley comercial— ha desaparecido el fundamento que informaba el Plenario de la Cámara del Crimen de la Capital Federal sobre plazo.

De allí que debemos hablar en la actualidad de las siguientes soluciones:

1) **Plazo de dos días:** Son sus sustentadores Fontán Balestra (35) y Millán (36). Tal postura encuentra fundamento en lo dispuesto por el art. 39 del decreto-ley 4776/63, toda vez que éste exige la intimación a los sucesivos endosantes por parte del tenedor legitimado hasta concluir en el librador, a los fines de evitar la acción de regreso. Pero nada tiene que hacer esta intimación con la específicamente normada en el inciso 1º en estudio. Aquella, si siquiera produce la caducidad de las acciones emergentes del rechazo del cheque, y sólo puede dar lugar a una limitada acción de resarcimiento de daños. Por otro lado, la comunicación de que da cuenta el mencionado art. 39 no exige forma alguna, en tanto que la interpelación exigida por el Código Penal debe ser documentada, según el propio texto de la ley. Finalmente razones de política criminal excluirían por completo la aplicación de esta tesis dada la exigüidad de su término.

2) **Plazo de treinta y sesenta días:** Tiene su fundamento en lo dispuesto por los arts. 25 y 29 del decreto-ley 4776/63, referente a la validez de los cheques a los efectos de su presentación al cobro, pudiendo el banco acordar la máxima de las dos extensiones siempre que tan instrumento no hubiese sido revocado.

(33) C.H.F.E.C., Sala II in re "Taselli, Molins y otro" del 16/IV/1968, ideas "Unión de Padres de Familia Santa Catalina" y "Uman y Cia."

(34) El libramiento de cheques sin provisión de fondos en la última reforma. En J.A. 1964-61.

(35) Reformas al Código Penal, pág. 137.

(36) Nuevo... pág. 176.

Basagalupo al respecto se muestra firme en su posición de sostener como único válido el plazo de treinta días, ya que —argumenta tal autor— el banco sólo tiene facultad para extenderlo, lo cual no implica un imperativo, que constriñería además con la exclusión de los días de gracia que el mismo art. 25 prescribe.

Esta doctrina ha sido acogida finalmente por la Cámara Nacional en lo Penal Económico en virtud del Fallo Plenario in re "WALLAS, Valentín" del 27/XI/1968, en que se resolvió: "Para que se produzcan los efectos establecidos en el art. 302, última parte del inciso 1º del Código Penal, el tenedor de un cheque debe formular la interpelación documentada dentro de los plazos previstos en el art. 25 del decreto-ley 4776/63".

El problema se planteaba con aquellos cheques que tenían fecha postdatada. A ese fin, también salió al paso la Cámara Nacional en lo Penal Económico, considerando la fecha puesta en el cheque la real, y extendiendo por consiguiente dicho lapso (37).

Tampoco tiene nada que ver el plazo establecido por los arts. 25 y 29 del decreto-ley 4776/63 con el previsto por el inc. 1º del art. 302. Aquellos se refieren a la vida útil del cheque, éste a la intención de salvaguardar los intereses del deudor, a los fines de ponerlo sobre aviso de la falta de provisión, para que así subsane dicha omisión con el pago dentro de las 24 horas.

3) Una combinación de las dos tesis anteriormente expuestas la constituye la propugnada por Rabianes a fin de paliar el inconveniente del plazo excesivamente exiguo de dos días, que comenzaría a contarse a partir del último día de vida útil del cheque, otorgado por el juzgo de los mencionados arts. 25 y 29 del decreto-ley 4776/63.

4) Otra de las corrientes postuladas propugna el plazo de validez de la interpelación en el que prescribe la acción penal. Esta postura adolece a nuestro juicio de dos fallas fundamentales: 1. Si partimos, como lo hacemos, de que estamos frente a un delito plurisubjetivo que se consume con la omisión del no pago dentro de las 24 horas, no podemos concluir válidamente que este plazo sea correcto dado que su extensión sería ilimitada. 2. Por otro lado, encontramos que habría una contradicción irreparable entre este plazo que se postula y plazo de prescripción de la acción cambiaria.

5) Finalmente, encontramos en la doctrina una posición que día a día se abre camino —a la cual adherimos— que sostiene como válido a los fines de la interpelación el término de prescripción de la acción cambiaria, es decir 1 año, tal como lo estatuye el art. 34 del decreto-ley 4776/63. El argumento más poderoso que a nuestro entender sostiene a esta postura radica en la mejor tutela que se logra con un plazo más extenso, y que al mismo tiempo se compatibiliza con la normal agilidad del comercio. Esto, evidentemente, permite un mejor logro en la protección de los bienes jurídicos que se vulneran.

(37) Causa "Hidalgo del Castillo, Félix" del 20/XII/1968.

Forma: En cuanto a las formalidades que debe reunir la comunicación, la jurisprudencia del fuero en lo Penal Económico ha sostenido reiteradamente que la misma debe contener los datos suficientes como para que se individualice el cheque por el cual se la hace, debiendo además indicar el domicilio de pago, requisito que podrá omitirse siempre y cuando el interpelante sea el primer tomador del cheque.

Este recaudo encuentra su fundamento en la necesidad de que el librador tome conocimiento y compruebe la veracidad de los hechos, pero supliéndos dichas circunstancias por cualquier otro medio que permita suponer que ese conocimiento ya fue adquirido tal exigencia se tornaría sobreesbndante.

e) **Pago:** Deberá efectuarse dentro de las 24 horas de recibida la notificación en tiempo y forma legal. El mismo debe realizarse en efectivo, en moneda de curso legal, o sea pesos argentinos, y en la persona del interpelante, tenedor legitimado del cheque. El pago efectuado a terceros —caso de los representantes o mandatarios— carece de relevancia y no tiene fuerza exculpatoria.

Se ha planteado al discusión en tomo a la imposibilidad concreta y real de realizar el pago por parte del sujeto intimado. Frente a estos supuestos debemos concluir que estaríamos en presencia de un caso de inexistencia de delito, comprobado que élla se diese, dado que propugnar otra solución sería revivir de algún modo la tan mentada prisión por deudas.

II) INCISO 2°

La reforma penal de 1964 por vía de la ley -16.648 ya mencionada amplió el ámbito del art. 303 del Código Penal, extendiéndolo a tres nuevas figuras que crea y que quedan redactadas en tres incisos.

El primero de ellos expresa: "El que da en pago o entrega, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado".

Introdúcese de esta manera con la expresión "a sabiendas" un elemento subjetivo específico que excluye la posibilidad del dolo eventual, debiendo estar presente en el ánimo del sujeto activo del delito exclusivamente el dolo directo. Esto entraña fundamentalmente un problema probatorio, ya que según se ha entendido debe exigirse una especial referencia psíquica: el conocimiento de la imposibilidad de pago (128).

Es el caso típico de los cheques rechazados con la mención "cuenta cerrada", dado que el librador debiera conocer indirectamente tal circunstancia.

Al respecto resulta muy ilustrativo el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Penal Económico (129), por el que se ha entendido que incurre en este inciso el librador que girase sobre una cuenta que sabe cerrada, no considerándose indispensable para acreditar este conocimiento la comunicación expresa del rechazo.

(128) Barinsky. Op. ... cit., pág. 121.

(129) Causa "Sizem" del 4/9/11/1968, en I.P.R.A., X/191-120.

Sotgiens Millán ⁽⁴⁰⁾ que el presente inciso debe su inclusión a raíz de numerosos casos que se observaron, en los cuales el librador pedía su propia quiebra, concurso civil o convocatoria de acreedores para ponerse a cubierto de eventuales rechazos, y así burlar el derecho de sus acreedores.

Finalmente, debemos considerar el supuesto tan común de los cheques postdatados, en los cuales el librador promete cierto pago futuro que luego se vería burlado por el rechazo.

Pese a que la solución puede parecer injusta, estimamos que a tenor de lo dispuesto por los arts. 25 y 29 del decreto-ley 4776/63 el tomador del cheque deberá cargar con las consecuencias de su improvisación al no haber hecho uso del resorte legal que le otorga dicho decreto-ley, y no presentar a su cobro el cheque dentro de su vigencia establecida por los mencionados artículos. Es decir, no se le puede exigir válidamente al librador provisión de fondos fuera de los límites de vida del cheque establecidos por la propia ley comercial.

III) INCISO 3°

Es el segundo de los nuevos supuestos, diciendo el texto legal: "El que librase un cheque y diere contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago".

Contémlase en este inciso dos hipótesis:

El bloqueo de fondos y la frustración maliciosa del pago. En ninguna de las dos se exige la previa interpelación, quedando consumada la infracción en el primer caso con la orden de no pagar y en el segundo cuando se produce el rechazo.

La primera de ellas remite a los supuestos en que la ley autoriza a dar la contraorden para no pagar. Dichos supuestos están contemplados en el art. 5° del decreto-ley 4776/63 siendo: a) El robo o extravío de cuadernos; b) La adulteración de cheques por terceros.

Fuera de estos supuestos de obligatoriedad para el titular de la cuenta de comitizar al Banco tales circunstancias, a efectos de evitar pagos indebidos, cualquier otro que importe orden de no pagar hace penalmente responsable al librador, quedando a su cargo la prueba de la legitimidad de la contraorden impartida ⁽⁴¹⁾; no bastando la mera atención de pérdida del cheque.

Idéntica solución ha adoptado nuestra jurisprudencia respecto de excusas exculpatorias por parte del librador que se pretendieron fundar en incumplimiento de relaciones contractuales ⁽⁴²⁾.

(40) Op. cit., págs. 178/189.

(41) Cám. Nac. Penal Económica, en F.D., del 29/VII/1968, págs. 182 y 184.

(42) Cám. Nac. Penal Econ., en public. cit., págs. 18/200 y J.P.B.A., XX-1678.

IV) INCISO 4°

Dice el inciso 4° del art. 302: "El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización".

Esta última hipótesis que ha dado lugar a numerosos comentarios, ha sido duramente criticada por entenderse que legalmente no existiría posibilidad, atento lo dispuesto por el art. 4° del decreto-ley 4776/63 y la circular B-382 del Banco Central, que el titular de la cuenta corriente, y en consecuencia tenedor legítimo de un cuaderno de cheques autorice su empleo a terceras personas. Efectivamente, si así lo hiciera el cheque no sería pagado a su presentación.

Tampoco podría tratarse de los llamados "cheques de mostrador", dado que éstos son entregados por el banco a sus clientes, sólo en casos excepcionales.

No es el caso, igualmente, de un exceso de mandato, ya que eventualmente quien obrara de tal manera quedaría abarcado por la previsión de la defraudación por apropiación indebida (art. 173, inc. 2°).

Por último, sólo cabe pensar que lo que el legislador quiso prever son aquellos supuestos en que el propio infractor suscriba con su propia firma cheques extraídos de un cuaderno ajeno, por supuesto sin autorización del titular de la cuenta. Quedando excluidos así los casos de adulteración o falsificación que posiblemente podrían presentarse como hipótesis más frecuentes. Este es el parecerío de la Cámara Nacional en lo Penal Económico (44). En idéntico sentido lo ha resuelto, hace ya algunos años, la Cámara del Crimen de la Capital Federal.

(43) Molán, Op. cit., págs. 188/190.

(44) En J.F.B.A., XVIII-2232.