

## DOS PALABRAS SOBRE EL PROTESTO

*Dr. Jorge Enrique Valencia \**

La incorporación concluyente y casi que dogmática de algunos criterios que presiden el *ius privatum*, acomodados naturalísticamente a través de un análisis de muy dudosa validez al magisterio penal —particularmente alrededor del complejo estructural que informa el Decreto 1.135 de 1970— que hemos tenido oportunidad de examinar a espacio y que se personifican en un nutrido, pero anarquizante repertorio de fallos, autos y sentencias, pronunciados por admirados colegas de judicatura, toleran las apretadas glosas que a renglón seguido se exteriorizan ante el disentimiento radical de tales proposiciones con las *ratio iuris* que preconizamos en el diario discurrir judicial.

El protesto, en su más simple y descarnada concepción, no es otra cosa que el acto explícito y solemne practicado por un notario público y excepcionalmente por el banco, a iniciativa del creador o tenedor del título, destinado a dejar constancia expresa de la razón del impago de documento. Apuntamos que es un acto solemne, porque comprensivamente debe extenderse por escrito, amén de que tiene que satisfacer en forma integral las exigencias que reclama la legislación mercantil, en su artículo 706. Esto —tratándose de la letra de cambio—. En relación con el protesto del cheque, el Código de Comercio no pide mayores solemnidades ni subidos formulismos y al parecer basta una simple atestación de cualquier funcionario del banco para que se consolide su validez, que para efectos represivos será siempre intolerable, desasida de toda técnica procedimental o inadecuada para arribar, sin desvíos ni perturbaciones, a lo que el ingenio italiano denominó esbeltamente “verdad verdadera”.

\* Juez Superior en la ciudad de Call. El presente artículo ha sido publicado también en la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, sede de Valparaíso, en el número 13, 1978.

El artículo 729 del Código de Comercio, estipula la caducidad de la acción cambiaria, cuando el título-valor no ha sido presentado y protestado en el lapso que cita el artículo 718 *ejusdem*. Innecesario escoliar aquel truísmo de derecho mercantil de que una cosa es la *presentación* del cheque y otra muy distinta el *protesto* del mismo. Las reflexiones que aquí toman cuerpo —valga la acotación— parten de la base de que el instrumento ya ha sido exhibido al banco para su ccbro y no es cubierto por cualesquiera de las circunstancias fácticas a que alude el Decreto sobre protección penal de instrumentos y efectos negociables.

Afirmar y ponderar la necesidad de que el valor mobiliario presentado en sede penal, deba anticipadamente avenirse a los términos finitos establecidos en el artículo 703 del Decreto 410 de 1971, se nos antoja, *unus ex multis*, crimen de lesa razón contra el ordenamiento jurídico-represivo vigente. Esa doctrina —para llamarla de alguna manera— que anda por nuestros Despachos Judiciales en trance de consagrada *densus sententiis*, según la cual, el Juez del crimen no inicia la pertinente acción, si el título circulatorio no aparece protestado dentro de los condicionantes plazos que enseña el artículo predicho, es sofisma digno de ser explorado con suma atención. La vacilante postura que refluye en extenso ámbito jurisprudencial, presenta a nuestro juicio, en línea de principios, los siguientes despropósitos:

1º) Entre las condiciones de procedibilidad —que hacen posible el ejercicio de la acción pública— no estipula la ley instrumental, ningún acto preliminar que someta a los damnificados de la infracción sublime en el Decreto 1.135 de 1970, a la actuación previa o al cumplimiento anticipado de alguna pretensión procesal, como sí ocurre —*exempla docent*— con los reatos que exigen querrela de parte. Al subordinar el adelantamiento de la indagación a la concreción de un aspecto externo y meramente objetivo, se está inventando un procedimiento que el legislador a quien se presume sabio en estas materias, no ha contemplado ni ha previsto como obstáculo material o formal para el correcto desenvolvimiento de la acción penal. La facultad jurisdiccional no puede agotarse así, en términos descomplicados y simples, *in limini iudicii*; sin que se entre a dirimir —como es de usanza— la definición del techo criminoso y las circunstancias y modalidades de la imputación.

No alcanzamos a intuir cómo el incumplimiento de un mero acto protocolario conlleva el suficiente poder procesal vinculante para enervar, aniquilar o subsumir los efectos irrevocables del tipo penal en cuestión. En puridad, que esta forma de emplear la dialéctica, no la entendemos, a no ser que brote mitológicamente como Minerva de la cabeza de Zeus.

2º) Bien puede el juzgador en base al poder de impulsión de que dispone y que es consustancial a su encomendamiento, suplir la inactividad del denunciante, ordenando los movimientos esenciales al pleno éxito de la verdad efectiva, material, histórica que trata de desentrañar. De ahí que nada le impida,

*ex officio*, sin necesidad incluso de excitación externa remitir comunicación al banco, imprecando datos, antecedentes y referencias, con los cuales se determina legalmente la causal de impago del documento, o lo que resulta igual, practicar diligencia de Inspección Judicial a la cuenta corriente del girador, lo que suple probatoriamente hablando, el protesto.

Más aún: dispone de un precioso instrumento legal para aportar fundamentos preliminares al diligenciamiento, si es que su mente se nubla de hesitaciones o perplejidades. Al efecto, bien puede producir auto de sustanciación que le permita traer mejores elementos de convicción, para conocer con mayor campo de seguridad y menos margen de error, si es del caso abrir o no la respectiva investigación criminal. Este criterio, calcado de las propias normas procedimentales, lo prohija con notable énfasis el Tribunal Superior de Bogotá. Empero, ni lo uno ni lo otro se hace en medio de la más desesperante atonía y la más desconsiderada e irreverente indemnidad.

3º) Al acatar inconsultamente los curiosos postulados que aquí se controvierten, se alentó un audaz, anónimo e híbrido fenómeno sin vecindad alguna en la literatura procesal patria que ha desintegrado y desnaturalizado por completo la realidad de superiores principios sustantivos: la prescripción corta, breve y reducida de quince días.

Sin haber escudriñado o debatido la definición de la *causa crimini*, la opinión mayoritaria al amparo de tan conturbante praxis jurídica, recortó en cuatro años, once meses y quince días, el instituto consagrado en la Ley 95 de 1936 para extinguir la acción y la condena judiciales, llevándose de calle la asequible fórmula legal plasmada en el artículo 105 del estatuto represor.

4º) Es cosa común y no por ello menos lamentable, que el protesto del título de crédito se arma perpetuamente ante funcionarios bancarios de menor categoría, en forma inidónea y simplista, no exenta de yerros y descuidos. Cuantas veces la judicatura de oficio o por iniciativa del propio acriminado se ha visto en la obligación de rectificar los informes indiligentemente suministrados por el banco, desvaneciendo así mayores abusos, cuando no corrigiendo irritantes injusticias.

Peligrosa, pues, en grado sumo la práctica elevada a canon obligatorio en los Juzgados Penales, al no corroborar probatoriamente el motivo exacto de la devolución del cheque. Esa fe inmovible y privilegiada a las referencias bancarias, presenta graves desventajas y riesgosos defectos. Tales entidades también se equivocan como que la infalibilidad ciertamente, no es patrimonio de nadie.

5º) En forma alguna se discute que a la faz de la legislación mercantil, el no protesto oportuno del cheque inhibe, *conditio iuris*, el surgimiento de la acción cambiaria, caducando en consecuencia la expectativa cartular. Lo que si no puede aceptarse —que ni siquiera en juego de dialéctica— es que

tal predicamento se traslade intuitivamente a la órbita punitiva con la extraña pretensión de procurar análogos y equivalentes efectos legales.

Nunca se recalcará bastante —en esta materia— sobre la necesidad imperiosa de fijar el ámbito de acción de ambas disciplinas. No es excitante descubrimiento aseverar que tanto el Derecho Comercial como el Derecho Penal, regulan por medio de normas especializadas, diversos conflictos interhumanos. El primero reglamenta el desenvolvimiento de concretas operaciones económicas de producción y circulación de mercancías, sin prescindir del régimen de las personas y de los bienes sometidos a esas operaciones, y el segundo, estudia la naturaleza del delito, aplicando sanciones criminales a quienes violenten con su prohibido proceder, las pautas jurídicas establecidas por el Estado. Superfluo abundar en tales disquisiciones si no se quiere contrastar el acierto elemental del razonamiento. Al fin y al cabo se habla para juristas.

Baste entonces afirmar perogrullescamente que el legislador tutela semejantes intereses en ambas disciplinas. Ahí donde se manifiesta la defensa de intereses individuales dentro del vasto campo de las relaciones comerciales, el derecho mercantil extenderá su manto protector; a *contrario sensu*, si se trata de la trasgresión de reglas lesivas al ejercicio de la función de represión, surgirá el magisterio penal.

Carece en consecuencia de eficacia el novedoso injerto de elementos representativos, valorativos y motivantes que se quieren entronizar a gusa de forzada realidad en la disciplina criminal, mediante la intercalación de planteamientos y valores que responden a motivaciones jurídicas distintas, heterogéneas y aún excluyentes.

6º) Nos asalta seriamente la duda de la manera como ventilarán los disertos colegas que tan impermeablemente adhieren a la concepción *sub iudice*, la realidad de concretos casos prácticos.

Sin detenernos mucho en la disgresión nos preguntamos ¿qué sucedería en el evento de que los empleados bancarios entraran en recesión forzada de sus ordinarias actividades en un lapso de once días? El veintiocho, jueves, fecha acordada para el reintegro masivo, es día de fiesta y como resulta obvio intuirlo, aquellos no laboran. El veintinueve, viernes, se cierra el banco al público por tratarse del balance mensual y si acaso se trabaja es en forma precaria y por escasas horas, durante las cuales el movimiento incesante de las operaciones y la aglomeración de la gente, dificultan al máximo la ejecución de cualquier acto bancario. El treinta, sábado, no se trabaja. Item sucede con el domingo, treinta y uno. Sólo el primero se consume el rito del protesto, cuando es axiomático ya que ha expirado el plazo restringente para la realización del mismo.

Aquí se ha agotado el tracto que indica la legislación mercantil para el protesto del documento.

¿Cómo calificaría la jurisdicción penal ese resultado nugatorio, frustáneo de la gestión adelantada por el tenedor si éste ha estado atento a cumplir con tan exótica imposición?

Relanzando injurídicamente el ejercicio de la acción pública, por cuanto el cheque aparece protestado por fuera del término máximo legal. ¿No es éste un argumento *ab absurdo*?

Podrá aplicarse con alguna dosis de aceptable lógica que se trata de un caso de excepcional de fuerza mayor o si se quiere de caso fortuito, o mejor aún que los quince días para el protesto son hábiles. Como se evidencia, patentiza, verifica o demuestra al juez del crimen la exactitud incontrovertible del aserto, si no existe término probatorio para ello y en la generalidad de las veces aquel se limita a producir un simple auto de sustanciación que es por naturaleza inapelable, absteniéndose de abrir investigación y ordenando el archivo de las diligencias? Lo anterior sin contar con que el denunciante es lego en la materia e ignora fatalmente los mecanismos, minucias y bondades de la sabiduría procesal penal.

Los precedentes planteamientos de *iure condito* que conservan singular y valimiento y plena vigencia para la intelección de la filosofía y propósitos que inspiraron la génesis del Decreto 410 de 1971, al regular la compleja enciclopedia de los efectos de comercio, limpiándola deliberadamente de la acentuada influencia anglo-sajona que caracterizó a la Ley 46 de 1923, imprimiéndole el ecuménico criterio de "riqueza social", según afortunada expresión de Vivante, y transformándolos por último en "cosas mercantiles", con todas sus reglas de incorporación, legitimación, autonomía y literalidad, no pueden proyectarse a despecho de su propia individualidad esquemática al terreno punitivo, en la forma irreflexiva y asaz inconsecuente como la están ubicando, en medio de la más desordenada exégesis doctrinal, los jueces de la jurisdicción criminal.

Es largo ya el listado de dictámenes contra el magisterio penal. No lo aumentemos con interpretaciones fatigadas o con el empleo de recetas mecanizadas o insasibles.