

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**LA NOMINACIÓN DEL CHEQUE
DADO EN GARANTÍA
Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO PENAL**

RUTH NOEMÍ MORALES BOJORQUEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2007

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LA NOMINACIÓN DEL CHEQUE DADO EN GARANTÍA Y SUS EFECTOS
EN EL DERECHO PENAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RUTH NOEMÍ MORALES BOJORQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2007.



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. Héctor Manfredo Maldonado Méndez
Secretario:	Lic. Saulo de León Estrada

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Roberto Echeverría
Vocal:	Lic. Rafael Morales Solares
Secretario:	Lic. Napoleón Orozco

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala”).

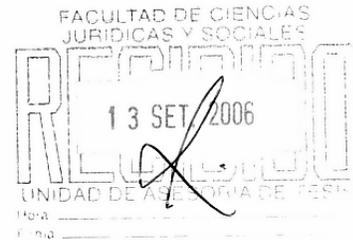


Lic. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIERREZ
Abogado y Notario
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
5ª. Ave. 14-62 zona 1, Oficina 306. Comercial Esmol
Tel. 22320063



Guatemala, 12 de julio del 2006.

Señor Decano
Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Señor Decano:

En atención a la providencia de ese decanato, se me encomendó asesorar la tesis presentada por la estudiante **RUTH NOEMI MORALES BOJORQUEZ**, intitulada: **“LA NOMINACIÓN DEL CHEQUE DADO EN GARANTÍA Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO PENAL”**, por lo que me permito informarle lo siguiente:

- A) Por recomendación que formulé a la autora, precedió a realizar los cambios sugeridos, con el objeto de mejorar el análisis de los temas que contiene así como el objeto de los mismos.
- B) Estimo en definitiva que el trabajo reviste interés, hay aportes personales de la sustentante, la bibliografía consultada es adecuada y las conclusiones corresponden al desarrollo temático.
- C) El trabajo de investigación reúne los requerimientos y calidades elementales que exige el reglamento en su Artículo 32 por lo que previa revisión, la tesis puede discutirse oportunamente en el examen final.

Reitero al Señor Decano, las muestras de mi respeto y consideración, atentamente,



Lic. Fredy Alberto Sutuc Gutierrez
Colegiado No. 5658
Fredy Alberto Sutuc Gutierrez
Abogado - Notario
Col. 5658

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de septiembre de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) MARIO ARNULFO GONZÁLEZ MIRANDA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **RUTH NOEMI MORALES BOJORQUEZ**, Intitulado: **“LA NOMINACIÓN DEL CHEQUE DADO EN GARANTÍA Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO PENAL”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh





Lic. MARIO ARNULFO GONZÁLEZ MIRADA
11 Calle 8-14 zona 1, Edificio Tecún, 5º Nivel Oficina 51
Teléfonos: 2-251-7797 - 5-575-9517



Guatemala, 11 de enero de 2007

Señor Decano
Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Distinguido señor Decano:

En cumplimiento de la resolución de la Unidad de Asesoría de Tesis, he revisado el trabajo de la bachiller **Ruth Noemí Morales Bojorquez**, intitulado: **“La nominación del cheque dado en garantía y sus efectos en el derecho penal”**.

La sustentante consultó bibliografía sugerida y ejecutó las modificaciones necesarias, y de conformidad con el Artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, ha llenado los requisitos del mismo. Además, las conclusiones y recomendaciones son coherentes con su contenido.

Por las razones enunciadas, emito **dictamen favorable**, debiéndose en consecuencia emitir orden de impresión, en el sentido de que el trabajo de tesis descrito, puede ser discutido en el examen público respectivo, porque se cumple con las exigencias reglamentarias correspondientes.

Le manifiesto mi respeto y soy de usted, su deferente servidor.

Lic. Mario Arnulfo González Miranda
Abogado y Notario
Col. 3218



Revisor

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Guatemala, Zona 12
Guatemala, G. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, veinticuatro de mayo del año dos mil siete

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante RUTH NOEMÍ MORALES BOJORQUEZ, Titulado LA NOMINACIÓN DEL CHEQUE DADO EN GARANTÍA Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO PENAL Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slh





DEDICATORIA

A DIOS:

Todo poderoso por llenar mi vida de bendiciones y satisfacciones en todo momento, ¡Gracias Señor por ser misericordioso conmigo!

A MIS PADRES:

Daniel Morales y María del Tránsito Bojorquez Jiménez (QEPD), con mucho amor por haberme dado la vida y con sus buenos ejemplos lograron hacer de mí, hoy una profesional. ¡Qué Dios siempre los tenga a su lado y que los siga cobijando con sus santas manos!

A MIS HIJOS:

Gloria María, Susy, Jennifer, Eddy, y a mis nietos Edgar Saúl y Melany Paola, con todo mi amor y cariño, pues son la luz y alegría de mi vida. También a Byron Payes por las muestras de cariño para conmigo.

A MIS HERMANOS:

Tono, David, Ledy, Olinda, Walter y Hilma, con amor, respeto y agradecimiento por su cariño y ese apoyo que me han brindado.

A MIS SUEGROS:

Tiburcio Hernández y Rosa Olimpia Reyes, mil gracias por su cariño.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS:

Gracias por su amistad y todos los momentos que compartimos, jamás los olvidaré.

AGRADECIMIENTO ESPECIAL A LOS PROFESIONALES:

Licenciados y abogados y notarios: Avidán Ortiz Orellana, Ana Patricia Cruz de Ortiz,



Mario Arnulfo González Miranda, Freddy Alberto Sutuc Gutiérrez Hector Manfredo Maldonado Mendez y José Eduardo Cojulún Sánchez, por su apoyo incondicional, que Dios los bendiga y proteja siempre.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Especialmente a la **Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**, por permitirme ingresar a sus aulas, donde aprendí conocimientos técnicos y científicos, a través de los catedráticos que por muchos años son profesores y gracias a ellos hoy soy una profesional del derecho.

A MI GUATEMALA:

Tierra linda e inigualable que me vio nacer y por quien lucharé hoy más que nunca como profesional del derecho, con la finalidad que se respete su marco constitucional.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El derecho penal y la teoría del delito.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Definición de derecho penal.....	3
1.3. Fuentes del derecho penal.....	4
1.3.1. Fuentes reales o materiales.....	4
1.3.2. Fuentes formales.....	4
1.3.3. Fuentes directas.....	5
1.3.3.1. Fuentes directas de producción.....	5
1.3.3.2. Fuentes directas de cognición.....	5
1.3.3.4. Fuentes indirectas.....	6
1.4. La ley penal.....	6
1.5. La teoría del delito.....	8
1.5.1. Generalidades.....	8
1.5.2. Objetivo.....	10
1.6. Política criminal.....	11
1.7. El delito.....	12
1.8. La acción y su aspecto negativo.....	14



1.9.	El <i>iter crimines</i>	14
1.9.1.	Fase interna.....	15
1.9.2.	Fase externa.....	15
1.9.3.	La consumación.....	16
1.9.4.	La tentativa.....	16
1.9.5.	La relación de causalidad.....	17

CAPÍTULO II

2.	El derecho mercantil y la institución del cheque	21
2.1.	El derecho mercantil.....	21
2.2.	Concepción subjetiva y objetiva del derecho mercantil.....	22
2.3.	Definición de derecho mercantil.....	23
2.4.	Características del derecho mercantil.....	23
2.4.1.	Poco formalista.....	23
2.4.2.	Rapidez.....	23
2.4.3.	Adaptabilidad.....	24
2.4.4.	Tiende a ser internacional.....	24
2.4.5.	Seguridad jurídica.....	24
2.5.	Principios del derecho mercantil.....	24
2.6.	Los títulos de crédito.....	25



2.6.1.	Antecedentes históricos.....	25
2.6.2.	Definición.....	26
2.7.	El cheque.....	27
2.7.1.	Definición.....	27
2.7.2.	Naturaleza jurídica del cheque.....	29
2.7.2.1.	Teoría del mandato.....	29
2.7.2.2.	Teoría de la cesión.....	30
2.7.2.3.	Teoría del contrato a favor de un tercero.....	31
2.7.2.4.	Teoría de la estipulación a cargo de un tercero.....	33
2.8.	Los caracteres jurídicos del cheque.....	33
2.9.	La institución del cheque en el derecho guatemalteco.....	39
2.10.	Presentación y pago del cheque.....	42
2.11.	El protesto del cheque.....	43
2.12.	Modalidades del cheque.....	43
2.12.1.	Cheque cruzado	43
2.12.2.	Cheque para abono en cuenta.....	44
2.12.3.	Cheque certificado	44
2.12.4.	Cheque con provisión garantizada	45
2.12.5.	Cheque de caja o de gerencia.....	45



2.12.6. Cheque de viajero.....	45
2.12.7 Cheques con talón para recibos y causales.....	46

CAPÍTULO III

3. El delito de estafa mediante cheque.....	47
3.1. La estafa.....	47
3.2. Definición.....	47
3.3. El bien jurídico tutelado.....	49
3.4. El cheque como acción de pago.....	52
3.5. Causas que originan la emisión del cheque.....	52
3.6. El delito de estafa mediante cheque.....	53
3.7. La función e importancia del uso del cheque.....	55
3.8. Casos de presunción de estafa mediante cheque.....	57

CAPÍTULO IV

4. La garantía como causal para la emisión de un cheque.....	61
4.1. El concepto de garantía.....	61
4.2. Relación causal de garantía.....	62
4.3. La inexistencia de la figura de la fianza.....	62
4.4. El cheque con provisión garantizada.....	64
4.5. El proceso bancario para cambio de cheque.....	65



4.6. El cheque dado en garantía.....	68
4.7. La aceptación de la garantía por medio de un cheque.....	69
4.8. El carácter civil del pago del cheque en garantía.....	70
4.9. La determinación legal del cheque en garantía.....	72
4.10. El cheque en garantía y sus efectos en el ramo penal.....	73
4.11. Legislación actual.....	75
CONCLUSIONES.....	79
RECOMENDACIONES.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	83



(i)

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo no se pretende agotar los múltiples problemas de orden teórico-práctico que pueden presentarse en el ejercicio de la profesión, sino simplemente exponer teorías y hacer planteamientos que pueden ayudar a fortalecer el derecho, respecto al uso del cheque como título de crédito, así como su utilización en relaciones jurídicas de carácter civil y mercantil, como un documento de garantía y no de pago, lo cual causa efectos en el derecho penal.

Se pretende establecer en el capítulo primero, lo relativo al derecho penal como la disciplina cuya misión siempre ha sido filosóficamente; proteger valores fundamentales del hombre, tales como su patrimonio, su dignidad, su honra, su seguridad, su libertad, su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás, hasta llegar a la protección del Estado y de la sociedad. Respecto a la teoría del delito se desarrolla como el proceso mediante el cual se determina los elementos de una conducta delictiva, su finalidad y en consecuencia la reciprocidad con lo que califica la ley penal a la misma.



(ii)

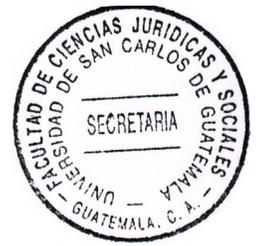
En el capítulo segundo se desarrolla la rama del derecho mercantil, sus generalidades, definición y aspectos jurídico-doctrinarios, que rigen a las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil. Respecto a los títulos de crédito, se definen y enuncian sus características, como títulos valores, éstos encierran una especial relación entre el derecho y el documento. La institución del cheque tema central de la presente investigación, se analiza sus alcances y limitaciones, su forma de creación, requisitos legales y su clasificación legal.

En el tercer capítulo se explica lo relativo a la estafa común, en sus aspectos doctrinarios y jurídicos, el cual, se configura por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño; tales como el uso de nombre supuesto, de calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o ficción de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación entre otros. Asimismo, se desarrolla el delito de estafa mediante cheque, determinando la acción penal por el delito cometido; los tomadores del documento no gozan de las garantías jurídicas suficientes y, por consiguiente, no obtienen el exacto pago que les acredita el mismo documento.



(iii)

La presente investigación, tiene como objetivo establecer y argumentar las implicaciones jurídicas que tiene el cheque dado en garantía en el derecho guatemalteco, se establece que los efectos jurídicos, materiales y procesales derivados del delito de estafa mediante cheque, no pueden ser aplicados cuando se gira el cheque en garantía, puesto que la intención jamás fue realizar el pago, sino garantizar una obligación a futuro, por lo que debe regularse su uso en el Código de Comercio de Guatemala, evitando así desnaturalizar las acciones judiciales derivadas del delito de estafa mediante cheque.



CAPÍTULO I

1. El derecho penal y la teoría del delito

1.1. Antecedentes

El derecho penal es tan antiguo como la humanidad misma, ya que son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina, de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad. En la interrelación humana se manifiesta la conducta humana que realiza acciones u omisiones según su voluntad, pero cuando estas acciones u omisiones dañan un interés jurídicamente tutelado, son reprobados por el derecho penal en nombre del Estado.

El licenciado Alvarado Polanco expone que: “El aparecimiento del derecho va parejo a la presencia de intereses opuestos y contradictorios entre los miembros de las comunidades primitivas, cuando la producción de bienes pasa de los niveles del consumo necesario de la comunidad y empieza a acumularse una reserva, la cual es apropiada por los más fuertes o de mayor preeminencia, dando lugar entonces a las actividades de intercambio comercial, a la existencia de sujetos que dejan de ser productores y consumidores como al principio lo eran todos, para



transformarse en intermediarios que se aprovechan de unos otros. Entonces principian las desigualdades de orden socio-económico en el seno de la comunidad, creando las consiguientes divisiones y conflictos, pues se diferencia claramente un grupo de individuos que no trabaja ni en el cultivo de la tierra, ni en la caza, pesca y pastoreo, sino que se consagra al cambio e incremento de los bienes sobrantes en la colectividad y de los cuales se han apropiado; este grupo se enriquece y a la par de esa superioridad económica, afirma una jerarquía social por encima de los demás, se aprovechan de ello y los domina, poniéndolos pronto a su servicio.¹

Los licenciados de León Velasco y de Mata Vela, indican que: “... de las ciencias eminentemente jurídicas, es sin lugar a dudas el derecho penal la disciplina cuya misión siempre ha sido filosóficamente, proteger valores fundamentales del hombre, tales como su patrimonio, su dignidad, su honra, su seguridad, su libertad, su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás, hasta llegar a la protección del Estado y de la Sociedad en la medida en que se tutele y se garantice la convivencia humana.”²

¹ Alvarado Polanco, Romeo. **Introducción al derecho I**. Pág. 21

² De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 5



1.2. Definición de derecho penal

El tratadista Ossorio define al derecho penal como: "... conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así la responsabilidad del sujeto activo y asociado a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora."³

De León Velasco y de Mata Vela exponen: "... tradicionalmente se ha definido el derecho penal en forma bipartita desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo... en suma podemos definir el Derecho Penal Sustantivo Material (como también se le llama), como parte del derecho, compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas y/o medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen"⁴

La división indicada en la definición anterior, sigue siendo la más válida ya que permite la ubicación del derecho penal como medio de la protección social contra el delito.

³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 238.

⁴ De León Velasco, Ob.Cit.Pág.5.



En resumen, derecho penal: es el conjunto de normas jurídicas que regulan los delitos, las faltas, las sanciones y las medidas de seguridad creadas por el Estado.

1.3. Fuentes del derecho penal

Se denomina fuente al manantial de donde brota algo, el lugar donde se origina, de donde se emana o se produce el derecho. Respecto al derecho penal existen diferentes fuentes, las cuales se desarrollan a continuación:

1.3.1. Fuentes reales o materiales

Tienen su fundamento en la realidad de los hombres y por ende de los pueblos son las expresiones humanas, los hechos naturales o los actos sociales que determinan el contenido de la norma jurídico penal, es decir son las expresiones y manifestaciones socio naturales previas a la formalización de una ley penal.

1.3.2. Fuentes formales

Se refiere al proceso de creación jurídica de las normas penales y a los órganos donde se realiza el mencionado proceso legislativo que en Guatemala corresponde al Congreso de la República, es decir el proceso legislativo.



1.3.3. Fuentes directas

Son aquéllas que por sí mismas tienen la virtud suficiente para crear normas jurídicas con carácter obligatorio, de donde se emana directamente el derecho penal.

La ley es la única fuente directa del derecho penal, por cuanto que sólo esta puede tener el privilegio y la virtud necesaria para crear figuras delictivas y las penas o medidas de seguridad correspondientes. Las fuentes directas se dividen en fuentes de producción y fuentes de cognición.

1.3.3.1. Fuentes directas de producción

Son las integradas por la autoridad que declara el derecho, el poder que dicta las normas jurídicas que no es más que el Estado, a través del Organismo Legislativo.

1.3.3.2. Fuentes directas de cognición

Son las manifestaciones de la voluntad estatal. La expresión de la voluntad del legislador, es decir la fuente de conocimiento que es precisamente el Código Penal y las Leyes Penales especiales.

Es preciso establecer que la única fuente directa del derecho penal, es la ley, de conformidad con lo establecido en el



Artículo 1 del Código Penal que establece: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.”

1.3.3.4. Fuentes indirectas

Son aquellas que sólo en forma indirecta pueden coadyuvar en la proyección de nuevas normas jurídico penales e incluso pueden ser útiles tanto en la interpretación como en la sanción de la ley penal, pero no pueden ser fuente de derecho penal, ya que por si solas carecen de eficacia para obligar, entre ellas únicamente se enuncian a la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

1.4. La ley penal

Se identifica con el derecho penal, aunque hay que establecer que el derecho penal es el género y la ley penal es la especie.

La ley penal es aquella disposición por virtud de la cual el Estado crea derecho con carácter de generalidad estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define. En su estrictus



sensu es una norma de carácter general que asocia una sanción a una conducta prohibida por ella.

Como características de la ley penal se pueden establecer las siguientes:

- Generalidad, obligatoriedad e igualdad: La ley penal se dirige a todas las personas que habitan un país, todos están obligados a acatarlas.
- Exclusividad: Sólo la ley puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad.
- Permanencia e ineludibilidad: Se refiere a que la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que sea derogada.
- Imperatividad: Las leyes penales contienen generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir, no dejado a la voluntad de las personas su cumplimiento.
- Sancionadora: Es siempre sancionadora de lo contrario sería una ley penal sin pena.
- Constitucional: Se fundamenta en la Constitución Política.



1.5. La teoría del delito

Previo a definir la teoría del delito, es necesario enunciar que de acuerdo a lo que los tratadistas definen y desean manifestar con el término teoría del delito, se llega a una visualización de éste mucho más apegado a descripción de elementos que lo integran; así, durante mucho tiempo la definición teoría del delito, llevaba implícito los elementos enumerados, de acción, tipicidad y culpabilidad, con los cuales se instauro el contenido de la nominación delito.

El tratadista Bacigalupo define: “La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley.”⁵

1.5.1. Generalidades

Razonar sobre premisas y consideraciones que lleven a una acepción, teniendo en cuenta que las pretensiones sociales llevan a visualizar la posibilidad de la comisión delictiva, generar un procedimiento mental en el cual encontremos definiciones, es situarse en momentos hipotéticos, sujetos a la eventualidad de que se podrán realizar, lo mismo ocurre en el delito, la ley sustantiva

⁵ Bacigalupo, Enrique. *Manual de derecho penal general*. Pág. 67



penal que conceptualiza, describe y pena la acción, esta delimitada como una hipótesis normativa, la posibilidad de que se pueda a no dar efectivamente la comisión de ese delito.

Con esta etapa del pensamiento humano, surge la teoría del delito; teorizar la conducta humana frente a la posibilidad de la responsabilidad penal, para llegar a determinar la posibilidad de que existe la comisión de un delito, es presupuesto que de inicio la etapa mental de búsqueda de reciprocidad de una acción descrita en ley y una acción ejecutada por un ser humano.

La individualización de los actos humanos, al situarse en una norma bajo la lupa de los elementos del tipo penal, es la acción de encuadrar una conducta, tipificando lo realizado con lo sustentado en la norma; por ello, al ser el primer paso, se dice que se esta frente a una teoría, algo que no esta plenamente comprobado y que esta sujeta a esta comprobación, busca determinar la autenticidad de la acción y refutarle su comisión, dentro de la descripción típica para su análisis jurídico.

Todo este proceso es parte integrante de la política estatal, en cuanto el ejercicio del ius puniedi, con esta facultad el ente público, delega a órganos específicos el ejercicio de esa facultad instaurada en la intención de la sociedad que representa, con ello



se busca afianzar un verdadero estado de derecho y consecuencia la vida social armoniosa, otorgando los derechos inherentes a las personas en el principio del bien común.

La teoría del delito es un proceso mediante el cual se determina los elementos de una conducta, su finalidad y en consecuencia la reciprocidad con lo que califica la ley penal. Dentro de todo el contexto de teorizar una norma y una conducta, se lleva a cabo un proceso penal, con cada una de sus incidencias para llegar a una etapa final de condena o absolución, para lo que es necesario previamente situar esta conducta bajo el imperio de la hipótesis normativa.

1.5.2. Objetivo

La teoría del delito tiene como principal objetivo precisar el concepto de delito, ya que este es su objeto de estudio. Es de especial importancia para el juez, pues dentro del proceso penal, es por lo general la autoridad que recibe las actuaciones, y le corresponde hacer la primera evaluación de los hechos, para determinar si encuadra dentro del concepto de delito.

La teoría del delito es una construcción dogmática, que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto.



La dogmática jurídico-penal establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal en forma segura y previsible y lo substraer de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación.

La construcción de la teoría del delito, no es más que la conceptualización y definición de un delito y con esto los juzgadores no solo conocen la verdad histórica del proceso, sino que también pueden aplicar una verdadera justicia.

La teoría del delito además es importante en cuanto a determinar cuál es el fundamento de su aplicación, lo que radica en la protección del bien jurídico tutelado, que no es más que el bien o valor que socialmente se justiprecia para encontrar el parámetro del desvalor jurídico.

1.6. Política criminal

Respecto a la política criminal la misma es el conjunto sistematizado de principios conforme a los cuales debe el Estado organizar la lucha contra la criminalidad.

Esta no es una ciencia si no un criterio directivo de la reforma penal que debe fundamentarse sobre el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y demás medidas de



defensa social contra el delito sobre esta base ha de examinarse el derecho en vigor apreciando su adaptación, al momento presente, su idoneidad como medio de protección social contra los criminales y como el resultado de tal criterio proponer las mejoras, haciendo las reformas necesarias tanto en el terreno de la legislación penal como en el campo penológico.

1.7. El delito

Para definir al delito es necesario referirnos a los siguientes aspectos:

- Desde un punto de vista formal, el delito es todo aquello que la ley describe como tal. Toda conducta que el legislador sanciona con una pena.
- Desde un punto de vista sustancial, es el comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las relaciones sociales y que frente a ello exige una sanción penal.
- Desde un punto de vista dogmático, es decir del deber ser, es la acción típica, antijurídica y culpable.

Definir al delito desde un punto de vista legal, es necesario definir al delito en la forma que se expone el Código Penal, tal como el delito doloso, culposo y consumado.



El Artículo 11 del Código Penal establece respecto al delito doloso que: "... es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto."

El Artículo 12 del mismo texto legal, respecto al delito culposo establece que: "... es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia..."

El Artículo 13 del mismo cuerpo normativo estipula respecto al delito consumado que: "... es consumado cuando concurren todos los elementos de su tipificación."

Es necesario tener en cuenta que el delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable). El injusto (conducta típica y antijurídica) revela el desvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma en tanto que la culpabilidad es una característica que la conducta



adhiera por una especial condición del autor (por reprochabilidad que del injusto se le hace al autor).

1.8. La acción y su aspecto negativo

Siendo la acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin.

El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un objetivo. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un resultado.

1.9. El iter crimines

Como iter criminis reconoce a la vida del delito desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación. Está constituido por una serie de etapas desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el criminal logra conseguir lo que se ha propuesto, dichas etapas puede tener o no repercusiones jurídico penales y se dividen en fase interna y fase externa del iter criminis.



1.9.1. Fase interna

Está conformada por las llamadas “voliciones criminales” que no son más que las ideas delictivas nacidas en la mente del sujeto activo, que mientras no se manifiesten o exterioricen de manera objetiva no implica responsabilidad penal, ya que la mera resolución de delinquir no constituye nunca un delito. Este estadio del iter criminis se basa en el principio de “el pensamiento no delinque”.

1.9.2. Fase externa

La fase externa del iter criminis comienza cuando el sujeto activo exterioriza la conducta tramada durante la fase interna; en este momento principia a atacar o a poner en peligro un bien jurídico protegido a través de una resolución criminal manifiesta.

El Código Penal reconoce expresamente dos formas de resolución criminal una individual que es la proposición y una colectiva que es la conspiración establecidas en el Artículo 17 que establece: “Hay conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo. Hay proposición, cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas a ejecutarlo. La conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción para cometer un



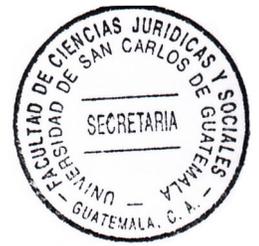
delito, sólo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente.”

1.9.3. La consumación

La consumación no es más que el cumplimiento del supuesto contenido en la norma penal; es decir, cuando se comete un delito y concurren todos los elementos de su tipificación, realizando voluntariamente actos propios del delito y configurando los elementos que lo integran, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico objeto de protección penal.

1.9.5. La tentativa

Hay tentativa cuando con el fin de cometer un delito se comienza su ejecución por actos externos, idóneos, y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente, el sujeto activo mantiene la finalidad de cometer el delito; esta finalidad se identifica plenamente con la “intencionalidad” de tal manera que sólo cabe en los delitos dolosos, ya que en los delitos culposos existe ausencia de voluntad intencional, los actos encaminados a la ejecución del delito deben ser idóneos y dirigidos a la perpetración del mismo.



1.9.5. La relación de causalidad

Dentro del proceso de búsqueda histórica procesal, la actual legislación sitúa los mecanismos de razonamiento que generan tal procedimiento de teorización para llegar a una conclusión, esto se instaura mediante el contenido e imperio del Artículo 10 del Código Penal que establece: “Relación de causalidad. Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta”.

De León Velasco y de Mata Vela, citando a Rodríguez Devesa exponen: “... la relación de causalidad es importada de las Ciencias Naturales, aunque procede de la Filosofía, con ella se expresa una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consiguiente (efecto). Al derecho penal solo le interesa las causas que tienen su nacimiento en la conducta humana, entre ésta y el resultado delictuoso debe existir una relación de causa y efecto: según lo expresado por Eugenio Cuello Calón, es indiferente que la relación de causalidad sea directa o indirecta, mediata o inmediata, es indiferente que el agente realice por su propio



esfuerzo personal el hecho causa del resultado o que para obtenerlo se valga de fuerzas o energías que el pone en movimiento, por ejemplo: El que dispara contra otro y le mata, ejecuta un acto homicida”⁶ (sic.)

La inmediata reciprocidad de la relación de causalidad con la teoría del delito es la relación causa – efecto, al integrar cada uno de los elementos del delito, con ello se ejercita y se realiza esta teoría; para ello, debe integrarse a partir de que el delito puede tener elementos positivos y negativos.

En la presente investigación se considera importante desarrollar el elemento de la acción, tal como lo establecen los tratadistas antes mencionados que: “Solamente lo que el hombre hace con voluntad puede serle reprochado como culpabilidad. Sus dones y predisposiciones –todo lo que el hombre es en si mismo-, puede ser mas o menos valiosos por tanto, pueden ser también valorados, pero solamente lo que de ellos hizo o como los empleo, en comparación con lo que hubiere podido o debido emplear solamente esto puede serle computado como merito o serle reprochado como culpabilidad.... Dice el autor alemán (Welzel) que el derecho penal se ocupa únicamente de aquellas acciones que pueden denominarse finalistas, entendiendo por ellas, las

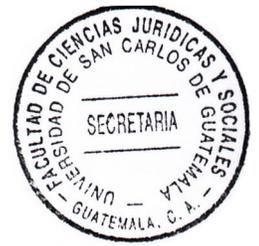
⁶ Ob. Cit. Pág. 146



actividades humanas que se realizan en persecución de fines objetivos futuros y para las cuales es posible elegir, en busca de lo propuesto, los medios necesarios para ello y ponerlos en actividad. En ésto se distingue la acción finalista del acontecer de la naturaleza, que es ciega en su causalidad, o del actuar instintivo, en el cual se ponen inconscientemente los medios adecuados a un fin..."⁷ (sic.)



CAPÍTULO II

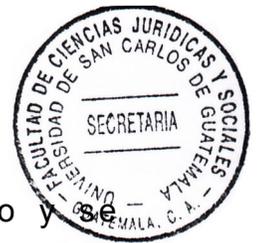


2. El derecho mercantil y la institución del cheque

2.1. El derecho mercantil

El derecho mercantil, como rama del derecho en general, es de reciente creación si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización.

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir el desarrollo de la civilización, la progresiva división del trabajo, va a condicionar las relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil. Por esa división apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor. Así surge el profesional comerciante; y así también la riqueza que se produce adquiriendo la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida.



Los satisfactores tienen entonces, un valor de cambio y producen con ese objeto. En principio, ese intercambio era de producto por producto, por medio del trueque. Pero, cuando apareció la moneda como representativa de un valor, se consolidaron las bases para el ulterior desarrollo del comercio y del derecho que lo rige.

2.2. Concepción subjetiva y objetiva del derecho mercantil

El concepto del derecho mercantil no tiene unidad en la doctrina, porque para elaborarlo se han tomado en cuenta diferentes elementos que se encuentran en las relaciones del comercio y que caracterizan la forma en que se desarrollan.

Desde una concepción subjetiva, el derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional. Se le conoce como subjetivo porque el elemento principal a tomar en cuenta es el sujeto que interviene en el movimiento comercial.

Desde una concepción objetiva, el derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen los actos objetivos de comercio. La ley mercantil ya no se refería exclusivamente a los sujetos, sino que se refería a una



serie de relaciones jurídicas tipificadas por Códigos Mercantiles cualquiera fuera el sujeto que resultara dentro de las mismas. Los actos o negocios que la ley califica como mercantiles venían a ser la materia jurídica mercantil.

2.3. Definición de derecho mercantil

El derecho mercantil guatemalteco es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil. Es decir que es el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los comerciantes en su actividad profesional, a los negocios jurídicos mercantiles y a las cosas mercantiles

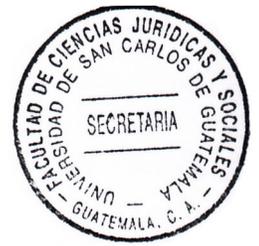
2.4. Características del derecho mercantil

2.4.1. Poco formalista

Los negocios mercantiles se concretan con simples formalidades, con algunas excepciones tales como las sociedades mercantiles y los fideicomisos.

2.4.2. Rapidez

El comerciante debe negociar en cantidad y en el menor tiempo posible.



2.4.3. Adaptabilidad

Siendo el comercio una función humana que cambia día a día, es por eso que las formas de comerciar se desenvuelven progresivamente debiendo adaptarse a las condiciones reales.

2.4.4. Tiende a ser internacional

Porque la producción de bienes y servicios es para el mercado interno e internacional.

2.4.5. Seguridad jurídica

Basada en la observancia estricta de que la negociación mercantil esta basada en la verdad sabida y en la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior pueda desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.

2.5. Principios del derecho mercantil

Dentro de los principios que rigen al derecho mercantil, se pueden enunciar los siguientes:

- La buena fe;
- La verdad sabida;
- Toda prestación se presume onerosa;



- La intención de lucro;
- Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

Respecto a los principios de la verdad sabida y buena fe guardada, las partes que se obligan conocen en verdad sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, para no darle una interpretación distinta a los contratos, ya que de otra manera se destruiría la seguridad del tráfico comercial.

2.6. Los títulos de crédito

2.6.1. Antecedentes históricos

En la última etapa de la edad media, cuando el tráfico comercial se intensificó en el mar Mediterráneo, se dieron una serie de atracadores que pirateaban a los comerciantes y a las naves mercantes cuando regresaban a sus ciudades con el producto de las negociaciones. El transporte de dinero en efectivo resultaba inseguro por esas circunstancias. Surgió entonces la necesidad de transportar dinero a través de documentos que representaran esos valores, sin que se diera el hecho material de portar la moneda en efectivo. Así, los banqueros empezaron a usar



títulos de crédito que llenaban esas necesidades y comerciantes encontraron una forma que les proporcionaba seguridad en sus transacciones comerciales de plaza a plaza.

Desde esa misma época datan los principios que han inspirado la existencia de los títulos de crédito, los cuales se unificaron en algunos sistemas jurídicos, como por ejemplo el sistema latino; no así en el derecho inglés y norteamericano, en donde no se llegó a uniformar criterios sobre la práctica de los títulos de crédito. A finales del siglo pasado, tanto Inglaterra como los Estados Unidos principiaron a legislar sobre la materia, con una clara tendencia a seguir los patrones legislativos que han servido para crear leyes uniformes en diversas regiones del mundo.

2.6.2. Definición

Los títulos de crédito son documentos que llevan incorporados los derechos que confieren a sus legítimos tenedores, los cuales son necesarios para ejercitar y transmitir los derechos en ellos consignados. Son títulos valores aquellos documentos en los que se da una especial relación entre el derecho y el documento, de tal manera que haya una conexión



permanente, de tal modo que no pueda invocarse el derecho tener el documento.

El Código de Comercio establece en el Artículo 385 que: “Son títulos de crédito los documentos que incorporan un derecho literal y autónomo, cuyo ejercicio o transferencia es imposible independientemente del título. Los títulos de crédito tiene la calidad de bienes muebles.”

2.7. El cheque

2.7.1 Definición

El doctor Villegas Lara, define al cheque como: “... uno de los títulos de crédito cuyo origen se estudia dentro del derecho bancario, pues comúnmente se asocia su institucionalidad al fortalecimiento de esa actividad económica.”⁸

El mismo autor señala que: “... muchos autores consideran que el cheque no es un verdadero título de crédito, si le damos a este término su verdadero significado. En verdad, el cheque no tiene un crédito; se le considera más un instrumento de pago, similar al papel moneda...”⁹.

⁸ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 79

⁹ **Ibid.** Pág. 80



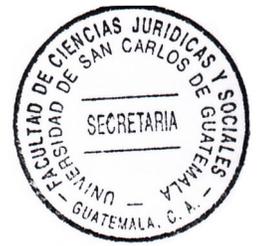
El Código de Comercio define al cheque en Artículo 494 así: “El cheque sólo puede ser librado contra un Banco, en formularios impresos suministrados o aprobados por el mismo. El título que en forma de cheques se libre en contravención a este artículo, no producirá efectos de título de crédito.” (sic.)

El cheque es un título de crédito triangular en virtud del cual una persona (librador) da una orden de pago a una institución bancaria (librado) para que contra la entrega del propio cheque pague una suma determinada de dinero a la persona a cuyo favor fue emitido el mismo (beneficiario).

Lo anterior ha generado controversia por considerar efectivamente al cheque como un equivalente al papel moneda, ya que se obtienen ventajas y desventajas de ello.

De lo expuesto, es evidente que no existe un concepto expreso y concreto de lo que es el cheque, puesto que el mismo tiene las siguientes características:

- Un formulario impreso o aprobado por un banco.
- Solamente se puede librar contra éste.
- Conteniendo una orden incondicional de pagar.



- Nombre del banco librado.
- Pueden girarse a la orden o al portador.
- Tener fondos el librador.
- Firma autógrafa cuando así lo convenga el banco.
- Todos lo requisitos para los documentos de crédito.

2.7.2. Naturaleza jurídica del cheque

Para determinar la naturaleza de la existencia del cheque como documento de crédito, se mencionan varias teorías, entre las que se encuentran:

2.7.2.1. Teoría del mandato

Para las legislaciones que usan la palabra mandato al expresar la orden de que se entregue determinada cantidad de fondos que señala el documento, la teoría del mandato ha servido para explicar la naturaleza jurídica de la obligación contenida en el cheque.

No obstante, esta inclinación doctrinaria ha sido criticada con bases sólidas, sobre todo porque para que se dé el mandato debe existir un contrato de tal naturaleza. Villegas Lara, establece que:



“... no hay mandato sin que previamente se celebre contrato...”¹⁰

Para sustentar tal teoría es necesario acatar que no existe mandato tal como lo contempla la ley civil entre el cuenta habiente y el banco, por lo que en los casos de que el mismo titular de la cuenta, se gire un cheque, no habría mandato, tal como lo manifiesta el citado autor, simple y sencillamente es una orden de pago.

2.7.2.2. Teoría de la cesión

Según esta teoría de origen francés, cuando una persona crea un cheque, está cediendo todo o parte de su derecho que tiene frente al banco librado. Para algunos autores lo que se cede es el derecho de propiedad sobre su depósito bancario, pero ello es inadmisibles porque en el depósito irregular (y el depósito de dinero tiene esa categoría), el banco adquiere la propiedad del dinero depositado; y por lo mismo, no se puede ceder una propiedad que no se tiene.

Para otros autores, lo que se cede es un derecho de crédito que el cuenta habiente tiene frente al banco; pero, si fuera así, no se podría explicar cómo es posible revocar un cheque, si la cesión

¹⁰ Ob. Cit. Pág. 80



es una transmisión del dominio; y, cómo se podrían explicar cheques en que el librador es el mismo tenedor-beneficiario.

El doctor Villegas Lara establece que: "... el cheque no puede desligársele de los usos bancarios, que dan a las instituciones de crédito facultades para escoger sus clientes. Si el cheque fuera un medio de sustituir la clientela, el banco podría rehusar el pago de un cheque porque tiene libertad de contratar con quien más le convenga...."¹¹

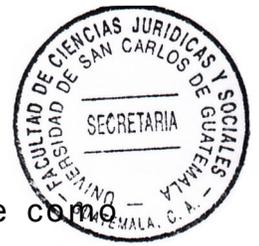
Razonablemente, esta teoría no puede aplicarse al cheque, no puede otorgársele carácter de cesión al acto de girar un cheque, ya que existen otras circunstancias que viabilizan al cheque, dándole a él la nominación de título de crédito.

2.7.2.3. Teoría del contrato a favor de un tercero

Esta opinión es propia del derecho norteamericano y pretende explicarnos que entre el depositante y banco se celebra un contrato que constituye una estipulación a favor de un tercero indeterminado, que será cada uno de los beneficiarios a favor de quienes se extiendan cheques.

La estipulación a favor de terceros es una institución conocida en el derecho civil como fuente de obligaciones, pero, es

¹¹ Ob. Cit. Pág. 81

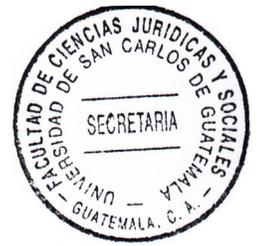


obvio que en ningún momento puede considerarse al cheque como una estipulación a favor de un tercero. En primer lugar, se debe separar el llamado contrato de cheque, o sea la relación contractual bancaria por medio de la cual se abre una cuenta de depósitos abiertos retirables mediante el título que estudiamos, de cheque como medio de movilizar los depósitos.

Por ese motivo el citado autor Lara establece que: "... el banco no está vinculando jurídicamente al tenedor del cheque, es que éste no tiene acción contra la institución que le niega el pago del título, la que si tendría si se tratara de un estipulación en su favor. En resumen el negocio bancario del cual se pueden originar los cheques es un vinculo exclusivo entre depositantes y bancos, y por tal, razón, no hay ninguna estipulación que pueda generarse de tal relación...."¹²

Como contrato no se genera tal acuerdo puesto que la contratación del servicio bancario, existe al suscribir el contrato de cuenta corriente, pero este no puede trasladarse a otra persona que no sea el titular, más bien es el cumplimiento del mismo.

¹² Ob. Cit. Pág. 81



2.7.2.4. Teoría de la estipulación a cargo de un tercero

Según esta teoría entre librador y beneficiario o tenedor del cheque, existe una relación de negociar a cargo de un tercero, que este caso será el banco, el que tendrá que cumplir con la obligación de pagar la cantidad dineraria contenida en el cheque.

Esta es otra tesis que confunde el contrato de giro o de cheque, con el cheque mismo. Además, no es posible estipular a cargo de un tercero que en ningún momento ha participado en un acto que lo vincule al tenedor del cheque. Su obligación de pagar es por la relación jurídica que lo une al depositante y ante este último responde de una conducta contraria. Esta tesis tampoco explica la verdadera naturaleza que no se le puede dar la calidad del equivalente de dinero, ya que el documento solamente legitima la recepción de una cantidad de dinero, con lo cual más aún cuando su tercero extiende un cheque garantizando no está haciendo un pago, sino estableciendo una garantía.

2.8. Los caracteres jurídicos del cheque

El Código de Comercio en el Artículo 495 establece que: “Además de lo dispuesto por el Artículo 386 de este Código, el cheque deberá contener: 1°. La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero. 2°. El nombre del banco librado.



Cuando así se convenga con el banco librado, la firma autógrafa del librador puede ser omitida en el cheque y deberá ser sustituida por su impresión o reproducción. La legitimidad de la emisión podrá ser controlada por cualquier sistema aprobado por el banco.” (sic.)

Respecto a los caracteres jurídicos del cheque se desprenden los siguientes que deben ser considerados:

- El cheque es un título de crédito, éste es, el documento necesario para ejecutar el derecho literal consignado en el mismo.
- Es un documento constitutivo-dispositivo y formal.
- Participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito.
- Es considerado cosa mercantil.
- Es un título estrictamente bancario.
- Se caracteriza por la exigencia de una previa provisión de fondos en poder del librado.



- El pago a la vista y la necesidad de la previa provisión de fondos en poder del librado, hacen que la institución de la aceptación sea inconciliable con la naturaleza del cheque.

Como título de crédito, es un documento, pero un documento de naturaleza especial. Es un documento constitutivo y dispositivo, no simplemente probatorio. Constitutivo porque sin el documento no existe el derecho. Pero como es necesario además para la transmisión y para el ejercicio del derecho, se le califica también como documento dispositivo. El cheque es además un documento de naturaleza esencialmente formal, en cuanto a que la ley exige para su validez, que contenga determinados requisitos y menciones, en ausencia de los cuales no producirá efectos de título de crédito.

El cheque participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito. Como el tema corresponde a la teoría general de los títulos de crédito, porque se encuentra tan íntimamente ligado a él que sin la existencia del título no existe el derecho, ni por tanto la posibilidad de su transmisión o de su ejercicio. El documento es lo principal y el derecho lo accesorio, el derecho no existe ni puede ejercitarse, sino es en función del documento.



El cheque tiene carácter mercantil. De éste derivan fundamentales consecuencias, como la calificación mercantil de tales títulos de crédito, de las operaciones en ellos consignadas y de los actos o contratos que sobre ellos se celebren.

El cheque es un título de crédito abstracto porque se atribuye eficacia obligatoria a la pura y simple declaración cartular, prescindiendo de la causa jurídica que determinó su emisión o su transmisión e independientemente de la relación de provisión, que debe mediar entre el librador y el librado.

Pertenece a la categoría de títulos cambiarios, llamados así porque su prototipo es la letra de cambio.

El cheque es la relación librador-librado; se presenta como una orden de pago, pero a la vez, en la relación librador-tomador, contiene una promesa de pago. El librador ordena al librado el pago del cheque, pero, al propio tiempo, se obliga frente al tomador a que el cheque será pagado, le promete su pago.

Es un documento de vencimiento a la vista. Esto es, en el acto de su presentación al librado y cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta. La idea de plazo es, pues, inconciliable con la esencia del cheque, concebido éste como medio o instrumento de pago.



Ante la existencia o vida útil de un cheque girado, subsisten necesariamente dos relaciones jurídicas: una entre el girador y el banco, y la otra entre el girador y el beneficiario del cheque.

La relación existente entre el girador y un banco constituye un contrato de cuenta corriente bancaria. Este contrato obliga al banco a cumplir cabalmente las órdenes de pago contenidas en el cheque o cheques girados. Para tales efectos la cuenta corriente bancaria puede ser de depósito o de crédito.

El que gira un cheque por su parte está vinculado con la persona o tenedor a favor del cual se extendió el documento. Esta relación surge o se origina por lo general en virtud de la existencia de un contrato que obliga a pagar determinada suma de dinero; sustituyendo por lo general el cheque a la moneda para el pago de cualquier obligación.

En el contrato de cuenta corriente existe en si una relación intrínseca que se cumple cuando el cheque es pagado al beneficiario o tenedor y también una relación extrínseca que se produce, asimismo, con la obligación de pagar la suma de dinero consignada en el cheque. Si el banco contra el cual se gira el cheque no paga éste porque no se cumple con algunas de las condiciones o requisitos de la relación intrínseca (falta de



provisión de fondos por ejemplo), igualmente no resultará satisfecha la relación extrínseca. El hecho de que no se produzca el pago, entre otras, por la circunstancia antes referida, no implica que el cheque deje de tener eficacia o validez respecto de su girador, quien necesariamente quedará obligado a honrar la obligación de pago.

Fundamentalmente el cheque se utiliza como sustituto del dinero o instrumento de pago. Cumple esta función cuando el banco contra el cual se gira el documento efectúa el pago al beneficiario o tenedor. Para que el cheque cumpla la función que le es inherente; esto es, ser sustituto del dinero, es esencial que se le conciba sólo como un documento a la vista y pagadero a su sola presentación. Cuando el cheque es pagado por el banco librado sirve igualmente como medio de prueba, de la real efectivización del pago.

El cheque es, asimismo, un instrumento de pago por compensación, que se refleja en las diversas transacciones de pago que efectúan acreedores y deudores dentro de todo el sistema bancario; lo cual se consolida a través de la compensación que efectúan entre si los bancos sobre las sumas de cada uno de los cheques depositados en ellos.

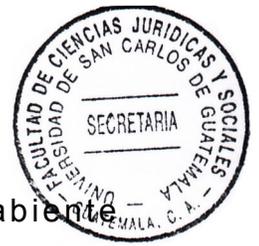


2.9. La institución del cheque en el derecho guatemalteco

Lo anterior es descrito por Villegas Lara, aunque para ser más apegado a las condiciones que la mayoría de los bancos requiere podemos concretizar de la manera siguiente:

- Formulario en papel moneda diseñado por garantías de seguridad.
- Requiere descripción del número de cuenta nombre del Cuenta habiente.
- Número de cheque en relación al talonario autorizado;
- Lugar y fecha.
- Orden de pagar al portador o a una persona específica del cheque.

Partiendo de la base que para poder crear cheques, es necesario que el librador haya celebrado previamente un contrato con el banco que será su librado. Este contrato se le llama “Contrato de giro” o “Contrato de cheque”, que genera una cuenta de depósitos abiertos, cuyos fondos son retirables mediante el título de crédito llamado cheque.



El banco es el depositario del dinero que su cuenta-habiente le va entregando y debe devolverlo conforme aquél se lo vaya ordenando. Estas órdenes se datan en los cheques y el pago se hace a favor de persona determinada o al portador, con cargo a los depósitos efectuados.

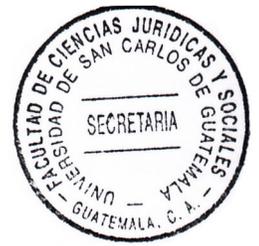
En este sentido, se ha llegado a pensar que ni siquiera vale la pena considerarlo medio de pago en forma absoluta, porque hay cheques que se libran a favor del mismo librador.

Tal como lo expone el Doctor Villegas Lara, el cheque es: "... un documento instrumental por medio del cual se pueden retirar los depósitos dinerarios existentes en las cuentas abiertas que se negocian con los bancos, ya sea por el mismo depositante o por medio de terceras personas; y que le sirven al banco para ir determinando los saldos de lo que se le ha depositado y la cuantía de su obligación como depositarlo."¹³

De esta manera el cheque considera no como un instrumento de pago, todo se circunscribe a determinar:

- Cantidad en números.
- Cantidad en letras.

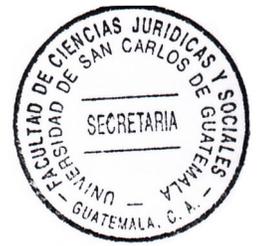
¹³ Ob. Cit. Pág. 82



- Firma registrada del librador o cuenta habiente.
- Eventualmente algún espacio para referencia de su emisión.

Los requisitos anteriores son los que la mayoría de los bancos en Guatemala requieren, a la vez se acostumbra en la actualidad a emitir conjuntamente a la autorización de la cuenta de cheques, se asigna una tarjeta para retiro en cajeros automáticos o pagos mediante mecanismo de débitos, utilizando terminales telefónicas que procesan el pago, esta tarjeta no es de crédito, aunque algunas autorizan sobregiros, cuando el cuenta-habiente no posee fondos, y el banco cubre estas cantidades, generando pagos posteriores de intereses, como consecuencia de haber otorgado ese sobregiro, que no es más que un préstamo de tipo electrónico, ya que se procesa de esa manera, y se hace mediante el contrato de cuenta de cheques, en los cuales se autorizan esos movimientos.

Los anteriores beneficios son eventuales y seleccionados en los cuenta-habientes, pero la tarjeta de debito, solamente sirve para pagar con lo que se tiene en la cuenta de depósitos monetarios.



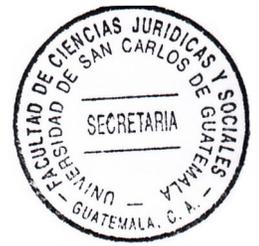
2.10. Presentación y pago del cheque

El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de creación, o sin fecha, es pagadero el día de la vista. Los cheques deberán presentarse para su pago dentro de los 15 días calendarios de su creación. La presentación de un cheque en cámara de compensación surtirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado.

El banco que autorice a alguien a librar cheques a su cargo, estará obligado con el librador a cubrirlos hasta el importe del saldo disponible, salvo disposición legal u orden judicial.

Si los fondos disponibles no fueren suficientes para cubrir el importe total del cheque, el librado deberá ofrecer al tenedor el pago parcial hasta el saldo disponible. Si el acepta el pago parcial, el librado le entregará una fotocopia u otra constancia en el que figuren los elementos fundamentales del cheque y el monto del pago efectuado. El tenedor podrá rechazar el pago parcial.

Si el cheque no fue presentado en tiempo, el librado deberá pagarlo si tiene fondos suficientes del librador y el cheque se presenta dentro de los seis meses que sigan a su fecha. La muerte o incapacidad del librador, no autorizan al librado para dejar de pagar el cheque.



2.11. El protesto del cheque

El protesto por falta de pago, debe tener lugar antes de la expiración del plazo fijado para la presentación el cual es de quince días. La anotación que el librado o la cámara de compensación ponga en el cheque, de haber sido presentado en tiempo y no haber sido pagado total o parcialmente, surtirá los efectos del protesto.

Las acciones cambiarias caducan en seis meses contados desde la presentación.

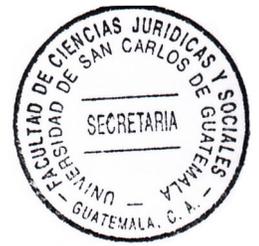
2.12. Modalidades del cheque

Actualmente en el derecho guatemalteco se conocen y manejan las siguientes modalidades del cheque.

2.12.1. Cheque cruzado

El cheque cruzado es aquel en el cual el librador o tenedor coloca dos líneas en el anverso del cheque y el efecto es que sea cobrado únicamente por un banco. Tiene que ser depositado en cuenta para que sea pagado, no puede ser cobrado en efectivo.

Este cheque puede circular, puede ser endosado.



2.12.2. Cheque para abono en cuenta

El librador o el tenedor pueden prohibir que el cheque sea pagado en efectivo, mediante la inserción de la expresión - para abono en cuenta -, el librado sólo podrá abonar el importe del cheque en la cuenta que lleva o abra el tenedor.

El borrado o alteración de la expresión o de cualquier agregado a la misma, se tendrán por no puestos. Se corta la circulación del cheque si se pone que para abonar en cuenta. El librado que pague en forma diversa a la prescrita en los artículos anteriores, responderá por el pago irregular.

2.12.3. Cheque certificado

Es aquel en que el librador pide antes de la emisión, que el librado certifique que existen fondos. La certificación no puede ser parcial, ni extenderse en cheques al portador, así como no es negociable.

Es una operación contable en el cual el banco congela una parte (igual a la del título) por quince días que tiene de presentación del cheque. La certificación hará responsable al librado frente al tenedor de que, durante el período de presentación tendrá fondos suficientes para pagar el cheque.



La certificación se manifiesta por razón puesta por el banco librado en el propio cheque, en la que consta la suma certificada y la firma del librado.

2.12.4. Cheque con provisión garantizada

Son cheques emitidos por los propios bancos en los cuales ellos hacen constar que por el cheque emitido, efectivamente se tienen fondos suficientes para su pago.

El librado tiene que hacer un depósito de fondos y luego el banco le da el talonario especial. Estos cheques no pueden ser al portador. La garantía se extiende: Si los cheques se emiten después de tres meses de la fecha de entrega de formularios, y si el título no se presenta al cobro durante el plazo de presentación.

2.12.5. Cheque de caja o de gerencia

Los bancos podrán expedir de caja o de gerencia a cargo de sus propias dependencias. Estos cheques son no negociables y no pueden expedirse al portador.

2.12.6. Cheque de viajero

Son librados por el librador a su propio cargo y serán pagados por su establecimiento principal o por sus sucursales. Para su circulación y cobro necesitan de tres firmas, siendo una de

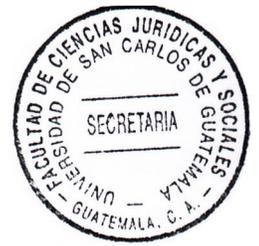


ellas la de la institución creadora y dos del tomador o beneficiario prescriben en 2 años.

Al entregar el cheque de viajero el librador al beneficiario, éste estampará su firma en lugar adecuado del título. El que pague o reciba el cheque deberá verificar la autenticidad de la segunda firma del tenedor, cotejándola con la firma puesta ante el librador. La falta injustificada de pago del cheque de viajero dará acción al tenedor para exigir, además de la devolución de su importe, el pago de daños y perjuicios sin necesidad de protesto.

2.12.7 Cheques con talón para recibos y causales

Este tipo de cheques llevarán adherido un talón separable que deberá ser firmado por el titular al recibir el cheque y que servirá de comprobante del pago hecho. Los cheques causales expresarán el motivo del cheque y servirán de comprobante del pago hecho, cuando lleven el endoso del titular original.



CAPÍTULO III

3. El delito de estafa mediante cheque

3.1. La estafa

Siendo el objeto de la presente investigación la estafa mediante cheque, será importante definir qué es la estafa común, determinando la conducta que está calificada en la ley sustantiva y las variantes conocidas como elementos típicos.

3.2. Definición

Según el Diccionario Jurídico, la estafa es definida como: “Delito genérico de defraudación que se configura por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño; tales como el uso de nombre supuesto, de calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o ficción de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación.”¹⁴.

El significado de estafa puede entenderse en forma general como defraudación, en donde prevalece en denominador común el engaño.

Los tratadistas De León Velasco y de Mata Vela señalan que: “... la esencia de los fraudes punibles (estafas) reside en el

¹⁴ Ossorio Manuel. *Ob. Cit.* Pág.297



elemento interno: el engaño, que es, la mutación o alteración de la verdad para defraudar el patrimonio ajeno. Mediante una manipulación o ardid, se procura hacer llegar al dominio del activo, el bien ajeno... La estafa en si, es una especie del fraude genérico...”¹⁵

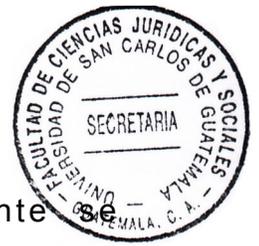
El Código Penal guatemalteco define la estafa en el Artículo 263 estableciendo que: “Comete estafa quien, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno.”.

Los tratadistas mencionados señalan que: “... las legislaciones modernas ante lo arduo de encontrar una definición que comprenda integrante en reducidos termino la complejidad del fraude, prefieren hacer una lista detallada de los casos de incriminación, previstos cada uno de constitutivas especiales pero comprendido todo ellos bajo la denominación común de fraude...”¹⁶.

Se hace necesario determinar que el concepto que maneja el Código Penal, Decreto del Congreso de la República, 17-73, agrega el complemento nominativo “propia”, o dicho de otro modo la estafa la clasifica tácitamente en propia e impropia, por lo que

¹⁵ De León Velasco, Héctor Anibal y de Mata Vela, José Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 531

¹⁶ **Ibid.** Pág. 531



se interpreta que se refiere a la estafa que propiamente denomina como tal.

3.3. El bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado es el patrimonio económico de las personas. Al recordar ello, es necesario aclarar que la protección al valor que socialmente se da a un derecho, se tutela mediante la norma, se garantiza su ejercicio ante la colectividad.

Ormozabal Malaree indica que "... los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico. Surgen de la base de la relación social y constituyen una superación, en la síntesis de la confrontación social. De esta forma los bienes jurídicos con relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno."¹⁷

Lo anterior se complementa con la protección social democrática mediante el imperio de la finalidad del Estado, constitucionalmente establecido, como bien común.

El autor antes relacionado establece: "Será el bien jurídico colocado como referente en la base misma de la teoría del delito el que le dará contenido material al injusto. La tipicidad y la

¹⁷ Ormozabal Malaree, Herman. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho* Pág. 152



antijuridicidad se constituye en dos momentos valorativos diferentes de un mismo hecho. Este hecho, estando ya definida la tipicidad y la antijuridicidad, dará lugar a una unidad: el injusto. Será por este injusto concreto, realización personal de un sujeto dotada de sentida y significación social, que deberá establecerse si dicho sujeto debe o no responder penalmente por el....”¹⁸

Lo anterior se resume en que la sociedad protege el derecho a la propiedad, por lo que habiendo ejecutado o realizado alguna acción previamente calificada en la ley sustantiva penal, en contra de dicha protección, se inicia fundada la teoría del delito que se aplicara a ese caso.

La estafa es una defraudación que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino a la completitud del patrimonio; después de un hurto, el patrimonio puede verse disminuido y aun puede haberse aumentado; esa disminución se produce por el error de una persona que dispone del bien trayéndolo del patrimonio afectado, acción que realiza, por lo tanto, desconociendo su significado perjudicial para dicho patrimonio. La secuencia causal en la estafa –como en toda defraudación por fraude- es la siguiente: El agente despliega una actividad engañosa que induce

¹⁸ **Ibid.** Pág. 171



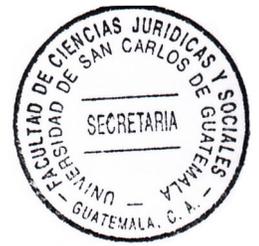
en error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio.

La defraudación comprende una serie de actos pero los principales serán dos especies básicas de defraudación: La estafa y el abuso de confianza. La diferencia entre ambos reside en el momento en que el sujeto obre dolosamente, por lo que en la estafa, el dolo es anterior a la obtención de la cosa y en el abuso de confianza, por el contrario, el dolo es posterior.

En la estafa, la víctima entrega la cosa a raíz del fraude anterior es decir del ardid o engaño empleado por el estafador. La voluntad de la víctima está viciada desde el comienzo por la actividad fraudulenta del actor.

En el abuso de confianza, la voluntad de la víctima no está viciada y la entrega de la cosa es válida y lícita; pero luego de la entrega, el delincuente abusa de la confianza de la víctima. Como se ve, en este caso la actividad fraudulenta es posterior a la entrega.

En síntesis, el dolo en la actividad fraudulenta, de la estafa es anterior, en tanto que en el abuso de confianza, es posterior.



3.4. El cheque como acción de pago

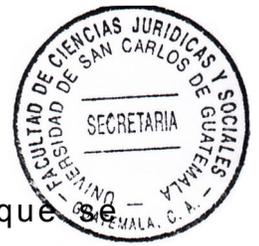
La utilización de la institución del cheque tal como lo indica el doctor Villegas Lara que: "... en nuestra opinión, lo que debe tratarse es de encontrar en la sencillez del tráfico comercial..."¹⁹, lo expuesto se entiende que la cuestión, de comprar y vender, en todo caso de recibir bienes y entregar su valor en dinero mediante el cheque, por ello se manifiesta la obligación de tener fondos, ya que una de las partes en la contratación ya ha entregado los bienes valorados, y si el documento de crédito no posee fondos, entonces una de las partes, quien recibió los bienes, se vera afectada en su patrimonio, para ello era necesario que existiera confianza en la persona que compra y el documento de crédito.

3.5. Causas que originan la emisión del cheque

Las actividades comerciales que en su mayoría justifican el tráfico del cheque.

Esas actividades comerciales así como en cualquier otra, en que las personas tengan la necesidad de utilizar y se justifique la emisión de un cheque, se debe entregar el mismo, si efectivamente se dispone de los fondos necesarios para su pago.

¹⁹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco**. Pág. 82



Es necesario tener en cuenta que la acción humana que se encuadra en una hipótesis normativa, como lo es la estafa mediante cheque, lo importante será la conducta humana y describir con la mayor certeza si existió o no intención de defraudar al extender el cheque.

Últimamente algunas personas, derivado de las acciones penales y civiles que se derivan del uso de cheques sin provisión de fondos, consideran que es una garantía mayor, que los deudores emitan a su favor cheques que perfectamente saben que no pueden ser cubiertos por la persona que los emite. En caso de que no se cumpla con el compromiso establecido o acordado, simplemente se iniciarán acciones por el delito de estafa mediante cheque, aún cuando se conoce que jamás existió la intención de que dicho documento circulara, por el contrario, se desnaturaliza la institución del cheque, puesto que en la legislación no existe la nominación del cheque en garantía.

3.6. El delito de estafa mediante cheque

De conformidad con lo establecido en el Código Penal guatemalteco, en su Artículo 268, se establece que: “Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos antes de que expire el plazo para



presentación, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales. Igual sanción se aplicará a quien endosare un cheque con conocimiento de la falta de fondos del librador.”

El cheque necesita de la tutela que da la represión penal puesto que al sustituirse por medio del cheque la circulación directa del dinero, no es posible lograr su aceptación universal en el comercio si los tomadores del documento no gozan de las garantías jurídicas suficientes tuteladoras de la buena fe de la emisión en la rápida circulación y en el exacto pago del documento.

De conformidad con el Artículo 502 del Decreto Número 2-70 del Congreso de la República Código de Comercio establece que: "Los cheques deberán presentarse para su pago dentro de los quince días calendario de su creación".

Como elementos del tipo de la figura del delito de estafa mediante cheque encierra los siguientes elementos:

Como elemento material, la acción de librar un cheque en pago y que el mismo no tenga fondos para su pago por parte del banco librado.



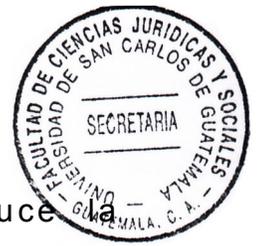
Como elemento interno, la culpabilidad, el dolo que es la intención de girar cheque defraudando en su patrimonio a aquel que lo recibió.

3.7. La función e importancia del uso del cheque

La importancia y trascendencia de las funciones económicas del cheque, derivan de su consideración de medio o instrumento de pago. El empleo del cheque en los pagos implica importantes ventajas en los aspectos particular y general.

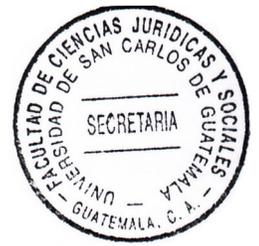
Fundamentalmente es un instrumento o medio de pago que substituye económicamente al pago en dinero. El destino del cheque consiste en ser usado como instrumento de circulación de dinero, como medio de pago, en lugar de la moneda legal.

El pago mediante cheque no produce los mismos efectos jurídicos que el pago realizado en moneda del curso legal. En efecto, el que paga una deuda con un cheque en vez de hacerlo con moneda circulante no se libera frente a su acreedor. El pago con cheque no es pro soluto sino pro solvendo. Esto es, la entrega del cheque no libera jurídicamente al deudor ni, consecuentemente extingue su débito. Sino que ésto sucede hasta que el título es cubierto por el librado.



El empleo del cheque como medio de pago, produce concentración de grandes sumas de dinero en los bancos, los cuales a través del ejercicio de las funciones intermediarias propias de su objeto, mediante el ejercicio del crédito, convierten en productos considerables recursos económicos, que de otra forma permanecerían aislados e improductivos. Los fondos depositados en las instituciones de crédito, con la potencialidad económica que les presta su concentración, se canalizan hacia el comercio y la industria, favoreciendo la creación de nuevas fuentes de riqueza en beneficio de la economía general y de la prosperidad del país.

Para lograr una mayor difusión del empleo del cheque en los pagos, por las importantes ventajas que del mismo se derivan en los ámbitos particular y general, las leyes de casi todos los países han dotado al cheque de un régimen legal privilegiado, eximiéndolo del pago de impuestos u otorgándole beneficios fiscales de otra índole, y concediendo una enérgica protección al derecho del tenedor, y consecuentemente a la circulación de este documento a través inclusive de sanciones de carácter penal.



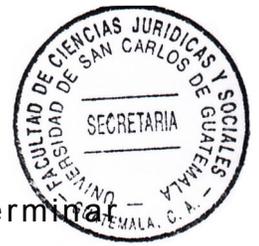
3.8 Casos de presunción de estafa mediante cheque

De acuerdo con el elemento subjetivo de la culpabilidad que determina el dolo, no siempre podrá tenerse la certeza de estar frente a la comisión de un delito de estafa mediante cheque, por el solo hecho de ser rechazado por falta de fondos.

Para empezar, cabe recordar que los bancos del sistema, extienden una boleta en la que se pueden identificar, varias razones para rechazar el pago de un cheque, pero es práctica común que se utilicen dos de ellas las que son de mucho valor en el proceso de elaboración de la teoría de la culpabilidad en el acto descrito, cuando se tienen las siguientes razones:

- La falta de fondos.
- Falta o insuficiencia de fondos, tenedor rechaza pago parcial.

Cabe destacar que recientemente algunos bancos al momento de utilizar la Cámara de Compensación, solamente extienden una boleta impresa por computadora, razonando el rechazo por falta de fondos. Ahora bien en muchos casos se deben a diversas circunstancias el rechazo de un cheque por lo que sería necesario



analizar los siguientes elementos fácticos que podría determinar una efectiva calificación.

Primeramente las circunstancias electrónicas, en las cuales las computadoras conectadas en redes nacionales o locales produzcan un error y al momento de revisar y procesar el documento de crédito y revisar la cuenta del librador, éste aparezca sin provisión total o parcial de fondos, viéndose obligado el banco a rechazarlo.

Pueden ocurrir consecuencias diferentes como el ingreso al sistema de cómputo de un virus, bajas de corriente, errores de señal en línea del lugar en donde se consulte o pretenda hacer efectivo el para del cheque, los cuales nos alejan y de comprobarse, desvirtúan la intención de defraudar en su patrimonio al tener de un cheque.

En segundo lugar deben contemplarse los errores humanos, en los cuales quienes operan las máquinas electrónicas tengan responsabilidad, pero en algunos casos conocidos, la persona que tiene el cargo de pagador en un banco, por alguna razón ingresa mal el número de cuenta del cheque y procede a su rechazo o en casos en donde quienes operan los depósitos lo hacen incorrectamente, generando alguna operación conocida como



reversión y en el momento de consultar para hacer efectivo cheque, esta cuenta no posee fondos, pero no porque el titular de dicha cuenta hubiera dispuesto de ellos anteriormente, sino porque probablemente considerando haber girado un cheque, efectuó un depósito y este no fue acreditado en tiempo, por error humano o por error electrónico computarizado, ya que a veces algunos bancos cuentan con el sistema de ingreso de datos totales del movimiento del día hasta en horas de la noche.

En tercer lugar se deben contemplar que la persona que gira el cheque, se lo traslada a la otra quien recibe éste, pero es el caso que sin consentimiento del titular de la cuenta, alguna persona retiró anómalamente los fondos de su cuenta y con ello no pudo cubrir el poseedor de una cuenta de cheques.





CAPÍTULO IV

4. La garantía como causal para la emisión de un cheque

4.1. El concepto de garantía

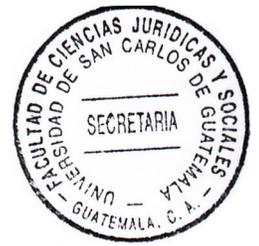
De acuerdo al Diccionario Jurídico, garantía es: “Afianzamiento, fianza. Prenda, caución. Protección contra peligro o riesgo.”²⁰.

La definición anterior se traduce en la intención de quién presta algo.

La garantía “... en Derecho civil y comercial, es un mecanismo jurídico para proteger o asegurar el compromiso de que una determinada obligación será cumplida en tiempo y forma. Por encima de cualquier otra garantía, el Derecho conoce la llamada garantía patrimonial universal: todo acreedor, sea el que sea el origen de la deuda, sabe que el obligado al pago responde del cumplimiento de su obligación con todos sus bienes presentes y hasta con los que pueda llegar a tener si mejora de fortuna (bienes futuros del deudor)...”²¹ (sic.)

²⁰ Ossorio, Manuel. *Ob. Cit.* Pag. 332

²¹ *Enciclopedia Encarta 2006.* Microsoff.



4.2. Relación causal de garantía

Cuando en un acto contractual o en un acto mercantil, una de las partes necesita garantizar su obligación de pago o de cumplimiento de una obligación, se le exige como garantía la emisión de uno o varios cheques a nombre del acreedor, lo cual no constituye una voluntad de pago, sino de garantía de una obligación, evitando con ello suscribir algún otro documento como ejemplo un reconocimiento de deuda.

Al entregarse el cheque como documento de garantía, el mismo no se da en calidad de pago, por lo que no se puede dar por acreditada la existencia de los elementos del delito de estafa mediante cheque, no se pone de manifiesto la intencionalidad es decir el dolo en la actuación de quien gira un cheque en garantía, en virtud de que en ningún momento se ha tenido la intención de defraudar o engañar a la otra parte.

En algunos casos la parte que entrega un cheque sin provisión de fondos, expone que no pagó, sino entregó un cheque en garantía.

4.3. La inexistencia de la figura de la fianza

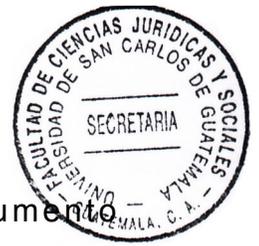
Normalmente en las actividades civiles y mercantiles cuando se debe garantizar el pago de un negocio jurídico, las personas



solicitan la comparecencia de otra persona que garantice la transacción debiendo comparecer como fiador.

Por ello surgió la figura del fiador, tal el caso de que eventualmente alguno pueda incumplir con sus obligaciones contractuales, es una manera simple de incluir una obligación frente a la posición de un tercero, sin embargo es práctica común que se omita el fiador y se requiera la entrega un cheque en garantía.

Sin embargo, es necesario determinar la intencionalidad de exigir un cheque en garantía a la persona que adeuda una cantidad de dinero o asume una obligación civil o mercantil, puesto que el objeto del cheque jamás será la obligación de pago en ese momento, debido a que la persona que recibe el cheque, sabe perfectamente que el mismo no tiene fondos y se le ha entregado de buena fe, por lo que surge la pregunta inmediata de que: ¿Existe delito de estafa mediante cheque, si el mismo no tuviera fondos?, tal interrogante lleva a retomar la teoría del delito, en cuanto a la culpabilidad, puesto que no se puede concluir por sí, que existe intención es decir el dolo, que es supuesto principal de la norma penal.



Precisamente por eso la teoría del delito, es un instrumento conceptual, no una ley, esta sujeta a prueba en un proceso, ya que se utilizan presupuestos hipotéticos, bajo el imperio de garantías constitucionales y procesales, toda vez que debe para imponerse una pena por ese delito, debe haberse establecido la culpabilidad de la persona que extendió el cheque, a través de cumplir con el debido proceso penal.

La institución del cheque como se encuentra regulado actualmente, no contempla la figura del cheque en garantía, por el contrario, por esa razón la persona que exige la entrega de un cheque sabiendo que el librador no posee fondos en su cuenta para cubrir el mismo, lo hace con la intención no de garantizar su pago, sino de tener la opción de utilizar la vía penal como alternativa para el cobro del monto total del cheque y el temor de la persona que extendió el mismo de ser perseguida y sancionada penalmente, incluso con prisión.

4.4. El cheque con provisión garantizada

Se debe aclarar que el término cheque con provisión garantizada, no es lo mismo, que emitir un cheque en calidad de garantía.



La doctrina refiere a los “cheques limitados”, por lo que para el tratadista Silvio Longhi, citado por Cervantes Ahumada y Villegas Lara expone: “En Inglaterra, un banco estableció un ingenioso sistema para dar confianza a sus cheques; el banco hacia la declaración de que sólo entregaba talonarios contra depósitos; en cada uno de los esqueletos del talonario, el banco anotaba la suma máxima por la que el cheque podía ser librado, y por tanto, dentro de éstos limites el tomador podría tener la seguridad de que el título sería atendido por el banco”,²²

Este tipo de cheque al ser girado, se tenía la confianza de que existía la cantidad determinada en el para su pago, siendo el Banco el responsable de haber emitido cheques por cierta cantidad y no disponer de los fondos allí descritos.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el objeto de utilizar este tipo de cheques es efectivamente el pago, no existe otra función más que disponer del monto establecido en ellos a favor de la persona a quien se le entrega dicho documento.

4.5. El proceso bancario para cambio de cheque

Este procedimiento ha variado en todos los bancos del sistema en Guatemala, ya que la tecnología ha generado mejores y

²² Ob. Cit. Pág. Pag. 90



más seguros mecanismos, para la revisión de los datos de cuentas habientes y de los fondos que se deben proporcionar, bajo la orden de pago.

La persona que ha recibido en pago un cheque, tiene la opción de presentarse para el pago del mismo a la institución bancaria, dentro del plazo de quince días, tiempo durante el cual la persona que giro el cheque, tiene la obligación de no poder disponer de los fondos para cubrir el monto del cheque.

En el caso de que el titular de la cuenta haga uso de los fondos o no tenga los fondos suficientes para el pago del cheque, permite a la persona que se sienta estafada por el no pago del título, ha realizar mediante acta notarial el protesto del título por haber sido presentado en tiempo, lo que le permite iniciar las acciones legales por el delito de estafa mediante cheque, debido a que la conducta humana se encuadra dentro de los supuestos contenidos en la norma penal.

Posterior al plazo de los quince días, sin que la persona se haya apersonado al banco para el cobro del cheque, puede cobrar el mismo dentro del plazo de los seis meses posteriores a la emisión del título, pero no podrá ejercitar la acción penal, únicamente la vía civil.



Algunos de los bancos del sistema, tienen establecidos manuales de instrucciones preventivas que deben ser tomadas en cuenta por el personal que labora en la institución, entre las cuales se pueden destacar las siguientes:

- Visar cheques: Asegúrese de que haya suficientes fondos netos disponibles en la cuenta del cliente para cubrir la cantidad del cheque que está visando. Compruebe antes de visar un cheque que esté bien hecho, si las cantidades coinciden, si la firma es legítima, si hay alguna orden de no pagar el cheque. Asegúrese antes de visarlo de anotar la cantidad del cheque en el listado de cuentas y cargarla por la cantidad del cheque.
- Asegúrese que la persona que se presenta a cobrar el cheque tiene la suficiente autoridad para hacerlo y fíjese que lo endosa personalmente.
- Determine si el cheque tiene forma regular.
- Vea que la fecha esté bien y que no sea muy atrasado. Al igual que si no hubo ninguna pérdida de cheques en esa fecha.



- Fíjese que las cantidades escritas en números y letras coincidan.
- Inspeccione el cheque por si hay alteraciones.
- Chequee que haya sido propiamente endosado.
- Asegúrese que tenga fondos disponibles.
- Asegúrese que no haya suspensión de pago contra el cheque.

4.6. El cheque dado en garantía

Tal como se ha expuesto a lo largo de la presente investigación, es práctica común dentro de las relaciones civiles y comerciales, que se suscriban cheques en garantía de pago de una obligación.

Sin embargo, se desnaturaliza la institución del cheque, como actualmente se encuentra regulado, toda vez que el mismo se instituye como un medio de pago y no de garantía.

La intención de extender un cheque en garantía, no puede ser jamás defraudar al imputado en su patrimonio, no existe ningún animo de fraude, de engaño o ardid, es más las partes convienen en aceptar dicha forma de garantía.



4.7. La aceptación de la garantía por medio de un cheque

La aceptación de un cheque dado en garantía, para la persona jurídica que lo acepta, lo que pretende es tener la certeza jurídica de que podrá ejercitar las acciones penales y civiles que por la negativa de pago por el banco se deriven. Se reitera que la persona que inicie acciones legales por ejemplo de estafa mediante cheque, considera que con la acción penal, efectivamente logrará el pago de lo que se le garantizó con el título es decir el cheque.

Sin embargo, es de suma importancia tener en cuenta que el haber girado un cheque en garantía, no supone la buena voluntad o buena fe de la parte que lo recibe, de no presentarse inmediatamente al banco para su cobro, aún cuando tenga una fecha posterior, debido a que el cheque es pagadero al momento de que se presenta al Banco, no importando si tiene una fecha posterior o lo que se denomina cheque prefechado, lo cual tampoco se contempla en la legislación guatemalteca. Por lo que la buena fe y aceptación del cheque en garantía no se encuentra regulado en el sistema jurídico guatemalteco, lo cual permite emitir un cheque con un objeto de garantía, pero dependerá de la buena fe de quien lo reciba para hacerlo efectivo, sino hasta el momento



en que deba cumplirse la obligación, si es que quiere respetarse las condiciones que dieron origen a la emisión del cheque.

4.8. El carácter civil del pago del cheque en garantía

Cuando el titular de una cuenta bancaria de depósitos monetarios, en el cual se le ha permitido extender cheques o bien cuando un tercero ajeno a la relación jurídica que se celebra entre partes, desea garantizar el cumplimiento de una obligación a través de la emisión de un cheque en garantía, la emisión del cheque en ese momento no será esencialmente el pago inmediato, sino por el contrario, se esta frente a una obligación de garantía, por lo que el incumplimiento de la obligación contractual, no debería de ser la acción penal, sino por el contrario la acción civil.

De acuerdo con lo anterior y atendiendo a la naturaleza de la relación jurídica que origina la emisión del cheque en garantía, es procedente y legalmente necesario, que para exigir el cumplimiento sea utilizar la vía civil, para demandar como un título ejecutivo, ya que los elementos de tipo penal, no configuran tal actitud de garantizar mediante un cheque, que no tenga fondos después, máxime si este es prefechado.

La persona que recibe un cheque en calidad de garantía, y la o las personas involucrada directamente, aceptan las condiciones



de ese acuerdo, por tal razón la persona obligada a efectuar el pago, en el caso de no cumplir con su obligación, se esta frente a la posibilidad también de desestimar una acción penal en su contra, toda vez que las condiciones ya tienen carácter civil, y en todo caso no se configuran los elementos del tipo penal que justifiquen un delito de estafa mediante cheque.

De acuerdo a lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, el reclamo de cantidad dineraria, que se encuentra sujeta a condiciones establecidas previamente, se rigen por la vía civil, además lo establecido en la ley civil en cuanto a que el negocio jurídico requiere para su validez capacidad legal del sujeto que declara su voluntad y consentimiento lícito que no adolezca de vicio, por lo anterior es posible no desvirtuar el cheque, sino más bien generar los mecanismos de confianza necesarios para su utilidad en la negociación mercantil.

De acuerdo al resultado de la presente investigación realizando un análisis crítico de la emisión del cheque en garantía, es evidente que jamás existió la intención de causar un acto delictivo, en el presente caso, el delito de estafa mediante cheque.

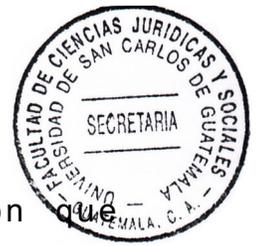
El cheque en garantía como tal no ha sido aceptada su existencia a través de una norma legal, pero su uso es inminente,



por lo que tampoco se ha excluido, si las leyes constitucionales otorgan el derecho de realizar lo que no está prohibido, es procedente legitimar la institución del cheque en garantía.

4.9. La determinación legal del cheque en garantía

No existiendo los presupuestos fácticos y legales para establecer el delito de estafa mediante cheque, es necesario tener en cuenta que para exigir el cumplimiento de la obligación que se garantizó con dicho título de crédito, no será la vía penal, sino por el contrario la vía civil, con lo establecido en el Artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil que establece: “Procedencia del Juicio Ejecutivo. Procede el Juicio Ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos:... 4°.... Los testimonios de las actas de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios... 7°. Toda clase de documentos que por disposiciones especiales tengan fuerza ejecutiva...”, de lo anterior se desprende que si la ley no prohíbe otorgar la calidad de garantía a un cheque, este efectivamente puede tenerlo, en consecuencia se comprueba con los documento que pueden ser sujeto de protesto, como lo plantea el inciso cuarto del Artículo citado, en esa virtud, se considera procedente la existencia táctica del cheque en garantía, por lo que debe regularse en el Código de Comercio para su aplicación legal.



El pago constituye el cumplimiento de la prestación que constituya el objeto de la obligación, ya sea ésta una obligación de hacer o de dar. Ésto significa que debe existir una contraprestación, pero en el caso de involucrar el cheque para asegurar una garantía de pago, su otorgamiento es de buena fe, puesto que no constituye pago en ese momento, puesto que se entrega para garantizar una obligación.

4.10. El cheque en garantía y sus efectos en el ramo penal

Como justificación para nominar el cheque en garantía, se parte de que el derecho debe regular las conductas de los habitantes de un lugar, por lo que al existir en la práctica civil y comercial, el uso de título de crédito como lo es el cheque, dado como garantía del cumplimiento de una obligación, es un acto humano que debe ser regulado, puesto que causa efectos en el mundo jurídico.

Los legisladores deben tomar en cuenta que, al nominar en la legislación mercantil el cheque en garantía, se evitará con ello que su uso sea con fines penales, tal como sucede en la actualidad puesto que la persona que recibe dicho título, lo hace con el fin de accionar en la vía penal por el delito de estafa mediante cheque, cuando los presupuestos procesales y la descripción jurídica del



delito, la conducta del librador jamás se encuadra en ella, puesto que jamás existió la intención de defraudar al tenedor del cheque en garantía.

Debe quedar claro que el cheque en garantía no debería producir efectos jurídicos en el ramo penal, como en la actualidad se realiza, puesto que jamás existió pago alguno, por el contrario se utilizó como medio de garantía para el cumplimiento futuro de una obligación.

Al no existir en una relación jurídica, la emisión de un cheque en pago, sino darlo en garantía, el proceso para ejecutar el mismo no debe ser la vía penal, sino el requerimiento civil por la vía ejecutiva, puesto que se determina que la intención del librador no fue defraudar al tenedor del cheque, sin que exista ningún ánimo de fraude, de engaño o ardid, es más las partes convinieron en aceptar dicha garantía.

Por lo anterior es procedente determinar que cuando una persona en su calidad de deudor, fiador ó tercero en una relación contractual, extiende un cheque en garantía, no se puede tener como premisa de su actuación, que lo hace con la intención de defraudar o afectar el patrimonio de la otra parte.



A continuación se cita el artículo en que a juicio de la autora se considera se debe hacer la reforma para dejar claro la nominación y uso del cheque en garantía, por lo que se transcribe el artículo como aparece en el Código de Comercio vigente y posteriormente se adiciona la reforma propuesta en negrilla.

Legislación actual:

Artículo 495. Requisitos. “Además de lo dispuesto por el Artículo 386 de este Código, el cheque deberá contener: 1º. La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero. 2º. El nombre del banco librado. Cuando así se convenga con el banco librado, la firma autógrafa del librador puede ser omitida en el cheque y deberá ser sustituida por su impresión o reproducción. La legitimidad de la emisión podrá ser controlada por cualquier sistema aprobado por el banco”. (sic.)

Reforma adicionado

Artículo 495. Requisitos. “Además de lo dispuesto por el artículo 386 de este Código, el cheque deberá contener: 1º. La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero. 2º. El nombre del banco librado. Cuando así se convenga con el banco librado, la firma autógrafa del librador puede ser omitida en el cheque y deberá ser sustituida por su impresión o reproducción. La



legitimidad de la emisión podrá ser controlada por cualquier sistema aprobado por el banco”.

Cuando el librador de un cheque inserte la frase “en garantía”, se entenderá que dicho título fue entregado como garantía de una obligación civil o mercantil y no como un documento de pago, por lo que al ser presentado al librado, si este tuviese fondos en la cuenta del librador, pagará el cheque o informará de la falta de provisión de fondos para el pago del mismo, siendo la única vía legal para exigir el cumplimiento de la obligación garantizada la relación que dio origen a la emisión del cheque, la cual será a través de un juicio ejecutivo.

Legislación actual

Artículo 496. Disponibilidad. “El librador debe tener fondos disponibles en el banco librado y haber recibido de éste autorización expresa o tácita para disponer de esos fondos por medio de cheques. No obstante la inobservancia de estas prescripciones, el instrumento es válido como cheque. El que defraudare a otro librando un cheque sin tener fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su cobro alterando cualquier parte del cheque o usando indebidamente del



mismo, será responsable del delito de estafa, conforme al Código Penal.” (sic.)

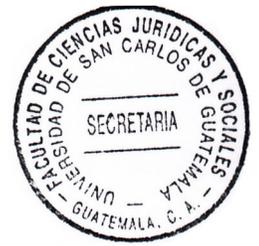
Reforma adicionado

Artículo 496. Disponibilidad. “El librador debe tener fondos disponibles en el banco librado y haber recibido de éste autorización expresa o tácita para disponer de esos fondos por medio de cheques. No obstante la inobservancia de estas prescripciones, el instrumento es válido como cheque. El que defraudare a otro librando un cheque sin tener fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su cobro alterando cualquier parte del cheque o usando indebidamente del mismo, será responsable del delito de estafa, conforme al Código Penal.”

El cheque no producirá efectos cambiarios si el tenedor lo recibió en garantía del cumplimiento de una obligación, por lo que la responsabilidad penal descrita en el presente artículo, no será aplicable al librador.

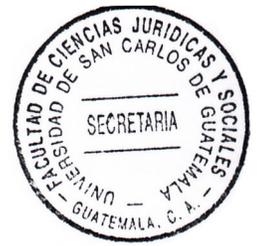


CONCLUSIONES



1. Las transacciones civiles y mercantiles están sujetas a condiciones establecidas por las partes involucradas, generan las acciones previas en el ámbito civil por su naturaleza que las propició.
2. Doctrinariamente a un documento no se le puede otorgar otra calidad, que no sea la que la ley le ha asignado, cuando se aporta prueba.
3. En el negocio jurídico el convenio de las partes, es libre en cuanto no adolezca de vicios, siendo su aceptación tácita o expresa la que debe determinar su validez.
4. La intención de una persona de garantizar una obligación al extender un cheque en garantía, o que sea un tercero quien lo extienda, debe presumirse que es un acto de buena fe y no la acción de cometer un fraude o la estafa misma.
5. El delito de estafa mediante cheque, surge de la intención de defraudar a una persona en su patrimonio, al extendersele en pago un cheque sin provisión de fondos o bien fondos insuficientes.



RECOMENDACIONES

1. La utilización del cheque como título de garantía y no de pago es una práctica usual en las relaciones jurídicas, por lo que el Organismo Legislativo debe tomar en cuenta que, las actividades de lícito comercio han encontrado otro uso para dicho documento, y por lo tanto se debe normar específicamente.
2. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe. (Artículo 5 Libertad de acción. CPRG. Con base en este principio constitucional, si el otorgamiento de un cheque en garantía no contraviene disposición legal alguna, es conveniente que el Congreso de la República regule su uso, y con ello se fortalecerá el respeto al derecho de las partes en cuanto a sus pretensiones.
3. A la vez el Congreso de la República debe regular que el cheque en garantía se solicita al librador por desconfianza que cumpla con una obligación a la que se comprometió, por lo que jamás se recibió como pago, es decir que no se ha defraudado al tenedor del mismo.



BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, NICETO y LEVENE, Ricardo. **Derecho procesal penal**. 2^a. ed., 3t, Buenos Aires, Argentina: Ed. Guillermo Kraft Ltda., 1945.

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. 3^a. ed. renovada y ampliada, Buenos Aires, Argentina: Ed. Amurrabi, 1994.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco**. 1^a. ed., página 295, Guatemala, Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 1995.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Los poderes judiciales talón de Aquiles de la democracia**. 1^a. ed., página 117, Guatemala, Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 1996.

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**. 18^a. ed., t2, página 354, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1976.

DEVIS ECHENDÍA, Hernando. **Teoría general del proceso**. 2^a. ed., página 273, t1, Buenos Aires, Argentina: Ed. Desalma, 1984.

HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal**. 2^a. ed., página 381, Guatemala, Guatemala: Ed. José de Pineda Ibarra, 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2^a. ed. renovada, Bogota, Colombia: Ed. Temis, 1990.

NÚÑEZ, Ricardo C. **Derecho penal argentino**. 1^a. ed., Parte general, Buenos Aires, Argentina: Ed. bibliográfica Argentina Lavalle, 1985.

PORTE PETIT, Celestino. **Apuntamientos de la parte general del derecho penal**. 1^a. ed., México, México: Ed. Porrúa, S.A., 1989.



VILLEGAS LARA, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 2^a. ed., t2, Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. 5^a. ed., t2, Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, S.A. Editora Comercial, 1990.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. 1973.

Código Procesal Penal. Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. 1992.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106.

Código de Comercio. Decreto número 2-70 del Congreso de la República. 1970.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107.

Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala. 1994.