

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

**NECESIDAD DE AGREGAR AL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL EL
SUPUESTO QUE EL DADOR DEL CHEQUE HAYA CERRADO SU CUENTA
BANCARIA, CON EL OBJETO DE NO HACER EFECTIVO EL MISMO,
CONFIGURANDO DE ESTA MANERA EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE
CHEQUE**

JOSUÉ VICKTALINO ESPINO VELÁSQUEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2012

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

**NECESIDAD DE AGREGAR AL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL EL
SUPUESTO QUE EL DADOR DEL CHEQUE HAYA CERRADO SU CUENTA
BANCARIA, CON EL OBJETO DE NO HACER EFECTIVO EL MISMO,
CONFIGURANDO DE ESTA MANERA EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE
CHEQUE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSUÉ VICKTALINO ESPINO VELÁSQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre 2012

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

DECANO:	Lic.	Avidan Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic.	Luís Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br..	Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br..	Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA:	Licda:	Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

Presidente:	Lic.	Luis Haroldo Ramírez Urbina
Secretario:	Lic.	Carlos Humberto De León Velasco
Vocal:	Lic.	Héctor David España Pinetta

SEGUNDA FASE:

Presidente:	Lic.	Héctor René Marroquín Aceituno
Secretario:	Lic.	Carlos Humberto De León Velasco
Vocal:	Lic.	Marco Tulio Pacheco Galicia


RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LICENCIADO BYRON MANUEL HERNANDEZ DE LEON
Abogado y Notario.
14 calle 4-17, zona 9, Ciudad de Guatemala

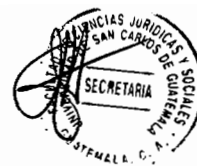
En la Ciudad de Guatemala, el 25 de abril de 2012.

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
M. A. Luis Efraín Guzmán Morales
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
C. A.
CALLE 4-17, ZONA 9, CIUDAD DE GUATEMALA
GUATEMALA, C. A.
Firma: 

Atentamente informo a usted que procedí a asesorar la tesis elaborada por el estudiante Josué Víctalino Espino Velásquez, Intitulado "NECESIDAD DE AGREGAR AL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL EL SUPUESTO QUE EL DADOR DEL CHEQUE HAYA CERRADO SU CUENTA BANCARIA, CON EL OBJETO DE NO HACER EFECTIVO EL MISMO, CONFIGURANDO DE ESTA MANERA EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE" por lo que hago de su conocimiento lo siguiente:

1. En mi opinión el estudiante realizó el trabajo en forma acertada. El tema investigado es de suma importancia, ya que su contenido amplía el conocimiento sobre el tema en el ámbito profesional y tanto las teorías expuestas como el fondo del tema se ha abordado conforme a los lineamientos de las ciencias jurídicas y sociales.
2. El sustentante utilizó los métodos inductivo y deductivo para estudiar el tema y obtener resultados particulares de los conocimientos generales y viceversa. Además utilizó el método científico apropiadamente para la selección de la información y someter a prueba los resultados que posteriormente lo llevaron a conclusiones y recomendaciones con respecto al tema abordado.
3. El aporte científico de esta tesis consiste en el estudio jurídico del ilícito de estafa mediante cheque y de la legislación penal desde un punto de vista amplio, lo que permite dilucidar sus carencias y la necesidad de agregar al mismo un supuesto que coadyuvaría a la pronta aplicación de la justicia penal en nuestro país.



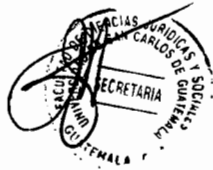
4. El contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que debe cumplir, de conformidad con la normativa correspondiente. La metodología y técnicas de investigación empleadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones son congruentes y consistentes entre si y constituyen un aporte que enriquece el estudio del derecho criminal en nuestro país. La bibliografía utilizada se ajusta a los requerimientos del tema y las tendencias actuales como a los autores consagrados del derecho.

Por tanto considero que al haber finalizado la etapa de asesoría del trabajo de tesis antes identificado, me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, en virtud de que el trabajo de tesis cumple con todos los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen General Publico.

Atentamente,

Lic. Byron Manuel Hernández De León.
Abogado y Notario
Colegiado 7591

*Lic. Byron Manuel Hernández De León
Abogado y Notario*



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

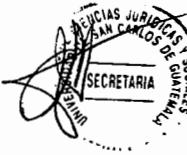
**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, cinco de junio de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **WILFRIDO PORRAS ESCOBAR**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **JOSUÉ VICKTALINO ESPINO VELÁSQUEZ**, CARNE NO. 9615297 Intitulado: **“NECESIDAD DE AGREGAR AL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL, EL SUPUESTO QUE EL DADOR DEL CHEQUE HAYA CERRADO SU CUENTA BANCARIA, CON EL OBJETO DE NO HACER EFECTIVO EL MISMO, CONFIGURANDO DE ESTA MANERA EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE”**.

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, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.

LIC. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

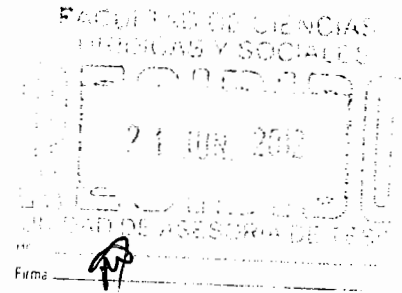
cc.Unidad de Tesis
CEHR/iyc



LICENCIADO WILFRIDO PORRAS ESCOBAR
Abogado y Notario.
7ª. Avenida 9-20 zona 9, edificio El Jade.
Guatemala, Guatemala.
Teléfono: 2426-7000

En la Ciudad de Guatemala, el 21 de junio de 2012.

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Dr. Carlos Herrera Recinos
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Atendiendo a la designación hecha por la Unidad de Tesis, que usted coordina, me permito informar a usted que procedí a revisar el trabajo de tesis elaborado por el bachiller Josué Victalino Espino Velásquez, Intitulado "NECESIDAD DE AGREGAR AL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL EL SUPUESTO QUE EL DADOR DEL CHEQUE HAYA CERRADO SU CUENTA BANCARIA, CON EL OBJETO DE NO HACER EFECTIVO EL MISMO, CONFIGURANDO DE ESTA MANERA EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE" por lo que hago de su conocimiento lo siguiente:

1. De la revisión efectuada al trabajo presentado se advierte que el objetivo fundamental de la investigación realizada es brindar un estudio jurídico detallado de el delito de estafa mediante cheque, desde la definición del citado título de crédito, instituciones de derecho mercantil, teorías y doctrinas que lo respaldan; pasando por una breve relación de la teoría del delito, y de la acción desde el punto de vista criminal, hasta hacer aportes y recomendaciones en cuanto a la reforma del Artículo que regula dicho ilícito, por lo que deviene de suma importancia su estudio en los ámbitos, mercantil, civil y sobre todo criminal.
2. Asimismo, me permito manifestar que el trabajo revisado presenta un lenguaje técnico y adecuado sobre el tema que trata y del mismo se aprecia que el autor sigue un a línea de pensamiento ordenada y definida, que se manifiesta presentado el sustentante una construcción teórica coherente que le permite concluir acertadamente.
3. Las conclusiones y recomendaciones a las que arriba y brinda, respectivamente son congruentes con el contenido del trabajo de tesis y constituyen un aporte al

WILFRIDO PORRAS ESCOBAR
ABOGADO Y NOTARIO



aporte científico en la materia desarrollada, además de ser redactadas en forma sencilla; siendo la bibliografía consultada suficiente y adecuada.

4. En el presente trabajo se emplearon las técnicas de investigación documental que contienen información jurídica y doctrinaria pertinente y los métodos empleados en su desarrollo fueron: a) analítico, b) sintético, c) inductivo y d) deductivo.

Por las razones expuestas considero que al haber finalizado la etapa de revisión del trabajo de tesis antes identificado, me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, en virtud de que el trabajo de tesis reúne los requisitos enumerados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen General Publico.

Atentamente,

Lic. Wilfrido Porrás Escobar.
Abogado y Notario
Colegiado 4,340.

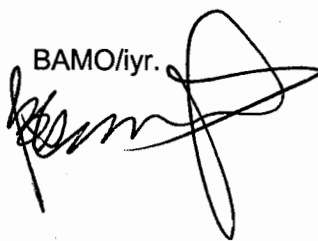


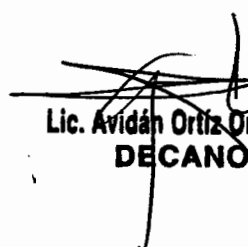

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSUÉ VICKTALINO ESPINO VELÁSQUEZ, titulado NECESIDAD DE AGREGAR EL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL EL SUPUESTO QUE EL DADOR DEL CHEQUE HAYA CERRADO SU CUENTA BANCARIA, CON EL OBJETO DE NO HACER EFECTIVO EL MISMO, CONFIGURANDO DE ESTA MANERA EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iy.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO


Rozario 


DEDICATORIA



- A DIOS: Por darme la vida, una hermosa familia y la oportunidad de iniciar y terminar esta meta, gracias Señor.
- A MIS PADRES: Victalino de Jesús Espino Pinto y Carlota Rosalinda Velásquez Robledo por su amor entrañable, los amo, admiro, valoro y respeto.
- A MIS HERMANOS: Erick por ser mi mejor amigo y Daniel Espino (+) por su ejemplo.
- A MIS PRIMOS: Elmer Vargas, Silvia Velásquez, Esmeralda Vargas, Oscar Vargas, Marlon Vargas, Pedro Velásquez, Cesar Eduardo Velásquez (+), Dalila Velásquez, Milka Velásquez, David Velásquez, Pedro Ulises Velásquez, por todos los buenos y malos momentos que hemos pasado y hemos permanecido juntos.
- A MIS AMIGOS: Por estar juntos en las buenas y en las malas.
- A LOS ABOGADOS: Por su gran apoyo.
- A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por brindarme la oportunidad de formarme como profesional, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A USTED: Que comparte este triunfo con un servidor.

ÍNDICE



Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Títulos de crédito y cheque	1
1.1. Títulos de crédito.....	1
1.1.1. Generalidades sobre la historia del derecho mercantil.....	1
1.1.2. Crédito.....	3
1.1.3. Antecedentes históricos.....	4
1.1.4. Concepto.....	5
1.1.5. Teorías que respaldan su creación.....	7
1.2. Cheque.....	9
1.2.1. Conformación histórica.....	9
1.2.2. Definición de cheque.....	12
1.2.3. Naturaleza jurídica del cheque.....	12
1.2.4. Tipos de cheques.....	15
1.2.5. Requisitos del cheque.....	20

CAPÍTULO II

2. Protesto.....	24
2.1. Naturaleza jurídica.....	24
2.1.1. Concepto.....	25
2.1.2. Protesto y acción cambiaria en el cheque.....	26
2.2. Requisitos del protesto.....	33

CAPÍTULO III

3. Breve recapitulación de la teoría general del delito.....	43
--	----



	Pág.
3.1. Concepto de delito.....	43
3.2. El problema de la definición del delito.....	44
3.3 Nociones filosóficas, sociológicas y jurídicas del delito.....	46
3.4. Desarrollo ulterior de la doctrina.....	51
3.5. Crítica.....	51
3.6. Noción jurídica del delito.....	52
3.7. Criterio técnico jurídico.....	53

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de agregar el supuesto que el dador del cheque haya cerrado su cuenta bancaria con el objeto de no hacer efectivo el mismo y reforma del Código Penal.....	65
4.1. Definición del problema.....	65
4.2. ¿Por qué debemos investigarlo?.....	66
4.3. Acción pública y acción privada.....	67
4.4. La acción procesal.....	68
4.5. Naturaleza jurídica de la acción	70
4.6. Clasificación del la acción	71
4.7. La acción penal	73
4.8. Titularidad de la acción penal.....	77
4.9. Sistema de acusación en la doctrina.....	79
4.10. Acción pública.....	79
4.11. Acción privada.....	80
4.12. Objeto y fines de la investigación	80
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN



El presente trabajo de tesis se realiza con el propósito de analizar la problemática concerniente a la problemática de regulación de algunos supuestos penales, que conllevan a su encuadramiento erróneo, poco efectivo y que por consiguiente no satisfacen la problemática social y el encuadramiento en supuestos procesales que por su carácter general y en aplicación de los mismos, pueden dar una solución momentánea pero mal empleada al caso concreto, puesto que no ha sido objeto de estudio la intencionalidad de causar daño por parte de la persona que gira un cheque como documento legal de pago y luego procede a cancelar la cuenta para evitar su cobro efectivo y tratando de esta forma de evadir el posible delito de estafa mediante cheque, en virtud que el hecho de cancelar una cuenta bancaria no se tipifica como delito y en consecuencia no se puede utilizar como prueba del ilícito real cometido.

Este es el caso que el delito de estafa mediante cheque que se regula en el Artículo 268 del Código Penal, únicamente establece dos supuestos siendo el primero quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos y el segundo, quien disponga de ellos antes que expire el plazo para su presentación; causando una laguna legal al no regular el caso que el librador del título haya cancelado la cuenta antes de girarlo o después de haberlo entregado en pago, con el objeto de no hacer efectivo el mismo, coincidiendo todos los elementos que hacen posible su tipificación como estafa mediante cheque, que dentro de la practica tribunalicia esta siendo tramitado arbitrariamente como delito de caso especial de estafa basándose en el numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal.

La presente investigación fue analizada desde el punto de vista jurídico teniendo el cuidado de hacer uso del método científico, analítico y sintético, proponiendo la hipótesis que en nuestra legislación se tiene la “necesidad de agregar al Artículo 268 del Código Penal, el supuesto que el dador de un cheque cuya cuenta haya sido cancelada por voluntad del titular, con el objeto de no hacer efectivo el mismo, configurando de esta manera el delito de estafa mediante cheque para ser mas eficiente y efectiva la persecución penal por el procedimiento de acción privada, establecida para



este delito y no el procedimiento de acción pública regula para el delito de caso especial de estafa que los tribunales de justicia aplican en la práctica tribunalicia.”

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación se dividió en cuatro capítulos a saber: el primero establece títulos de crédito cheque, atendiendo a sus antecedentes históricos, definiciones, características y teorías que respaldan su creación y circulación; el capítulo segundo desarrolla lo relativo al protesto, su naturaleza jurídica, concepto, protesto y acción cambiaria y sus requisitos; el capítulo tercero abarca lo relativo a una breve recapitulación de la teoría general del delito, concepto, nociones filosófica, sociológicas y jurídicas, elementos negativos, elementos negativos, causas que eximen la responsabilidad penal y circunstancias que la modifican; el capítulo cuarto trata de la necesidad de agregar el supuesto que el dador del cheque haya cancelado la cuenta bancaria con el objeto de no hacer efectivo el mismo y reformas del Código Penal, definición del problema, por que se debe investigar, acción pública y acción privada, clasificación de la acción, caracteres de la acción penal, titularidad de la acción penal, sistema de acusación en la doctrina, objetos y fines de la investigación, para el caso concreto de la presente tesis.

CAPÍTULO I



1. Títulos de crédito y cheque:

Estas figuras de derecho mercantil, consideradas cosas mercantiles, han sido de singular importancia para el tráfico comercial, y retomando actualidad al ser de uso común para los no comerciantes, como ejemplo las operaciones de los cuenta habientes en todo el país.

1.1 Títulos de crédito:

Puede que las definiciones tradicionales de título de crédito ya no se adapten a su evolución, quizá por la desmaterialización de estos en los mercados bursátiles, quizá por la voraces tendencias del libre mercado; por lo que se iniciara abordando algunas de sus generalidades sin tratar de ser extensivos, pero teniendo una clara idea de su naturaleza, características y funcionamiento.

1.1.1 Generalidades sobre la historia del derecho mercantil:

En el devenir de la historia, sea cual sea el punto de vista desde que se aborde ha de resaltar una actividad como una de las más antiguas y comunes realizadas por el hombre, el comercio, no importa si creemos que es un medio de opresión de las clases privilegiadas sobre las que no los son o es un medio de liberación y motor de las economías liberales, es y sigue siendo sumamente importante en el desarrollo de la sociedad como la conocemos.

Según Carlos Dávalos Mejía “El comercio como cualquier otra actividad ha debido de ser regulada por el derecho en virtud de involucrar intereses susceptibles de ocasionar conflictos entre los hombres. El derecho se ajusta a la realidad creando el tipo de norma que considere más adecuado y puesto que cada actividad humana es diferente en fondo y forma, hay normas de derecho agrario, mercantil, civil, etc.”¹

El comercio como fenómeno económico, se ubica justamente en la adquisición del medio o el fin, cuando ya está determinado y disponible para ello. Pero el comercio no se da en la acción de adquirir, sino en la acción de vender, de acercarle al necesitado el bien escaso que necesita; visto así, el comercio aparece como la actividad desarrollada por un sujeto cuando lleva el satisfactor correspondiente a las personas que sufren de escasez.

Si bien es cierto que la mecánica del comercio en mayor o menor medida ha guardado los mismos perfiles de identificación, históricamente se ha manifestado de manera diferente según los tipos de valor de cambio que en una sociedad haya utilizado el comerciante para vender los satisfactores. Las etapas de comercio útiles pueden ser:

- a. Trueque o permuta.
- b. Compraventa no monetaria
- c. Monetaria
- d. Crédito.

Y será en esta última la que ocuparemos para el desarrollo de este trabajo.

¹ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. **Títulos de Crédito**. 2da Ed. Harla. Pag. 144.



1.1.2 Crédito:

En sentido amplio es el derecho que uno tiene a recibir de otro alguna cosa, por lo común dinero. El crédito es, simultáneamente, un atributo y un acto jurídico típico. Desde el punto de vista del sujeto que solicita y obtiene crédito, es un atributo que refleja su solvencia, su reputación y su prestigio; no obstante, ni aun como un atributo, el crédito es concebible de manera unilateral (uno no puede darse crédito a si mismo) sino que es necesario un segundo sujeto que será quien lo otorgue teniendo fe o crédito en el otro, el satisfactor que aquel desea.

Por su parte, desde el punto de vista jurídico, el crédito se revela como un acto en virtud del cual el acreditado utiliza o se aprovecha temporalmente de uno o varios bienes del acreditante. Para efectos de este estudio es importante subrayar que corresponde al derecho de crédito la reglamentación de la mecánica, y los instrumentos técnicos en los que se apoyara el vendedor para reintegrar a su patrimonio, sean los propios bienes que le dio en crédito a otro, sean las monedas que compongan su precio.

El derecho no ofrece una única solución, ya que no es una sola modalidad de solicitud y otorgamiento de crédito. Los créditos pueden ser públicos o privados, según la persona que los solicite y otorgue; para la producción o para el consumo, según que el satisfactor concedido en crédito sirva para crear otros satisfactores o para consumirse en si mismo; puede ser a corto o largo plazo según la rapidez con que deba cubrirse, lo cual dependerá de su monto, ya que si es menor, más fácil será cubrirlo y menor será también el plazo, y a la inversa siendo mayor la cantidad prestada; finalmente el crédito puede ser personal o real, según el tipo de garantía ofrecida por el acreditado. De

acuerdo con este último criterio de clasificación, si el acreditado ofrece una garantía personal, es decir, con su propia persona (patrimonio) y no con un bien mueble o inmueble individualizado, lo más probable es que el instrumento jurídico que el derecho aporte a la realización de la operación sea justamente un título de crédito.

1.1.3 Antecedentes históricos

No todos los títulos de crédito surgieron en el mismo momento de la historia del comercio, ya que por las distintas características de estos no fueron requeridos sino en momentos y situaciones distintas.

Se sabe que los piratas atracaban naves comerciales en el Mediterráneo cuando el tráfico comercial se intensificó en la última etapa de la edad media, por lo que el transporte de dinero en efectivo resultaba inseguro, surgiendo la necesidad de crear documentos que representaran esos valores, sin darse el hecho material de portar la moneda física, así los banqueros y comerciantes empezaron a utilizar títulos de crédito que llenaban esas necesidades.

Según Villegas Lara "la existencia y el uso de los documentos que el Derecho Guatemalteco designa con el nombre de títulos de crédito, tiene sus orígenes muchos años atrás.

Pero en ninguna época han llegado a tener la importancia que el tráfico mercantil les asigna actualmente, los que en sus diversas formas contribuyen al desenvolvimiento de las relaciones comerciales. Letras de cambio, cheques, pagarés, vales, facturas

cambiarías, carta de porte, son especies de los diversos títulos que reconoce el derecho mercantil guatemalteco, los que se rigen por principios doctrinarios generalmente aceptados por el derecho mercantil actual”.²

De 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.

1.1.4 Concepto:

Los títulos de crédito son una creación propia del derecho mercantil de enorme trascendencia para el comercio y la vida diaria al respecto Ferri indica “Los títulos de Crédito constituyen el instrumento eficaz y perfecto de movilización de la riqueza y circulación de los créditos y como tales encuentran general aplicación en el campo de las relaciones privadas, asumiendo cada vez mayor importancia”³

A saber en la legislación guatemalteca los define en el Artículo 385 del Código de Comercio de Guatemala como títulos de crédito: Documentos que incorporan un

² Villegas Lara, Rene Arturo. “Introducción al derecho mercantil guatemalteco” Pág. 1

³ Dávalos Mejía, Carlos. “Introducción al estudio de los títulos de crédito” Pág. 11.



derecho literal y autónomo, cuyo ejercicio y transferencia es imposible independientemente del título. Los títulos de crédito tienen la calidad de bienes muebles.

Según García Rendón, citado por Dávalos Mejía “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”⁴.

Del análisis de la legislación mexicana se establece como documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna

“Todo título que se reciba comúnmente en pago, en las transacciones comerciales, en lugar de moneda, sin que por lo mismo presente los atributos de la moneda” (Derecho Galo)⁵

“Son aquellos que cumplen una función de crédito o función de pago, sin que por ello pueda entenderse que son operaciones que cumplen con los requisitos del crédito bancario, o bien que son papeles considerables como moneda”. (Derecho Mexicano)⁶

“Un documento sobre un derecho privado, cuyo ejercicio y transmisión están condicionados, a la posesión del documento (Joaquín Garrigues). Son los documentos

⁴ Dávalos Mejía, Carlos. Ob. Cit. Pág.11.

⁵ Dávalos Mejía, Carlos. Ob. Cit. Pág.11.

⁶ Dávalos Mejía, Carlos. “Introducción al estudio de los títulos de crédito” Pág. 12.

necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna y están destinados a circular (Arturo Fuente y Flores)⁷

1.1.5 Teorías que respaldan su creación:

El signatario de un título de crédito queda obligado aunque el título haya entrado en circulación contra su voluntad. El título existe desde el momento en que es creado, independientemente de que haya o no voluntad para que circule. Las leyes que siguen la teoría de la emisión, asientan que el documento nace hasta que entra en circulación; en cambio, las que se basan en la teoría de la creación insisten en que el documento surge cuando se suscribe.

No está de más aclarar que la legislación guatemalteca se rige por “la teoría de la creación” en la que claramente se denota la tendencia de la doctrina Alemana.

a. Según su circulación. Es la principal clasificación según la forma de transmitirse los títulos de crédito se clasifican en:

Títulos nominativos también llamados directos, aquellos que tienen una circulación restringida, porque designan a una persona como titular, y que para ser transmitidos, necesitan el endoso del titular y la cooperación del obligado en el título, el que deberá llevar un registro de los títulos emitidos; y el emitente sólo reconocerá como titular a quien aparezca a la vez como tal, en el título mismo y en el registro que el emisor lleve.

⁷ Davalos Mejia , Carlos.. Ob. Cit. Pág.12.

Títulos a la orden: son aquellos que estando expedidos a favor de determinada persona, se transmiten por medio del endoso y de la entrega misma del documento. Puede ser que siendo el título a la orden por su naturaleza, algún tenedor desee que el título ya no sea transmitido por endoso y entonces podrá escribir en el documento las cláusulas, no a la orden, no negociable, u otra equivalente.

Títulos al portador: Son aquellos que se transmiten cambiariamente por la sola tradición, y cuya simple tenencia produce el efecto de legitimar al poseedor.

b. Según la naturaleza del emisor:

Títulos de deuda privada: el suscriptor del título es una persona de derecho publico, entidad central o descentralizada (empresas paraestatales o sociedades de participación estatal mayoritaria)

Títulos de deuda pública: El suscriptor es una persona física o moral regulada por el derecho privado o incluso por una sociedad de participación estatal minoritaria.

c. Según la forma de identificación del beneficiario:

Títulos al portador: El nombre del titular pertenece al anonimato, no se identifica al dueño del derecho.

Títulos a la orden: El nombre del tenedor y beneficiario siempre debe aparecer escrito. Carecen de límites para circular, se pueden endosar libremente.

Títulos nominativos: El nombre del tenedor y beneficiario siempre debe aparecer, pero no pueden ser endosados y su titular es el único que los podrá cobrar o hacer valer.



d. Según su objeto:

Este criterio atiende al objeto, es decir, al derecho incorporado en el título de crédito.

Según este criterio podemos clasificar los títulos en personales, obligacionales o reales:

Títulos personales: también llamados corporativos, que son aquellos cuyo objeto principal no es un derecho de crédito, sino la facultad de atribuir a su tenedor una calidad personal de miembro de una sociedad. De tal calidad derivan derechos de diversas clases: políticos, patrimoniales, etc.

Títulos obligacionales: o títulos de crédito propiamente dichos, que son aquellos cuyo objeto principal, es un derecho de crédito y en consecuencia atribuye a su titular acción para exigir el pago de las obligaciones a cargo de los suscriptores.

Títulos reales: De tradición o representativos, que son aquellos cuyo objeto principal no consiste en un derecho de crédito, sino en un derecho real sobre la mercancía amparada por el título. Por eso se dice que representan mercancía.

1.2. Cheque:

¿Título de crédito o título valor? dependerá de la corriente filosófica que abordemos, (alemana o italiana) lo que es innegable es su importancia y trascendencia en los actos de comercio en estos días, veamos algunas de sus generalidades.

1.2.1. Conformación histórica:

Según Carlos Dávalos Mejía "El cheque, como la mayoría de las figuras del derecho mercantil, no es el producto de la imaginación de un legislador, sino el producto de la

imaginación que han debido desplegar los comerciantes para solucionar sus necesidades cotidianas.

La historia del cheque, según algunos, se remonta a la antigua Roma, e incluso a los fenicios.

De cualquier forma, esto puede ser cierto, pero no importante para el estudio de la materia que nos atañe. Intentar remontarnos hasta el más antiguo antecedente del cheque, o cualquier otra figura mercantil, tiene simples antecedentes anecdóticos pero en absoluto prácticos”.⁸

El cheque solo puede perfeccionarse con la participación activa de una institución de crédito (banco); no puede ser concebido teóricamente sin su participación. Entonces la historia del cheque esta ligada a la del banco, y por lo mismo, no podemos iniciar su recuento histórico sino a partir del surgimiento de la banca.

Las instituciones de crédito según las conocemos en la actualidad, apenas tienen un poco más de cien años de existencia; no obstante, es relativamente sencillo encontrar en la historia el origen de los organismos que más tarde se convierten en las actuales instituciones de crédito. Será a partir de ese momento que iniciaremos el recuento cronológico del cheque.

En la Edad Media en las puertas de las ferias de comercio se apostaban los cambistas, cuya primera función era la de cambiar moneda de otros lugares, por la que era aceptada en esa feria. Posteriormente estos personajes, conocidos como banqueros

⁸ Davalos Mejia , Carlos. “Introducción al estudio de los títulos de crédito” Pág.156.

(en virtud de estar sentados y concentrados en mesas y bancos paralelos a las calles de entrada, dispuestos a manera de oferta hacia el público) no sólo cumplían el papel de cambiadores de dinero: con el tiempo también pasaron a custodiarlo en virtud de que su guardia personal les permitía contar con un alto índice de seguridad.

Es justamente en este primitivo y rudimentario servicio de depósito bancario que aparece el antecedente más claro del moderno cheque. Aquel dinero confiado a los banqueros o cambistas podía ser utilizado con la simple expedición de documentos a favor de un tercero. Aunque estos documentos no eran cheques propiamente dichos, la mecánica de utilización era igual a la que se observó en el primer servicio de chequera que se conoce.

“A fines del siglo XVI, en Holanda, específicamente en Ámsterdam, los comerciantes comenzaron a confiar a cajeros públicos la custodia de sus capitales, de los cuales disponían mediante la emisión de órdenes de pago a favor de terceros y a cargo de los referidos cajeros. Estos, precursores del moderno cheque, recibieron también el nombre de letra de cajero (kassiersbreisje) y fueron regulados posteriormente por la ordenanza de 30 de enero de 1776 en la que se inspiró la moderna legislación holandesa sobre el cheque. (De Pina Vara, p.53) El proceso evolutivo del cheque guardó rasgos similares en todos los países comerciales de la época moderna (Holanda, Francia, Italia, Inglaterra, Escandinavia, etc) en virtud de que las necesidades comerciales de custodia y utilización del dinero custodiado, eran las mismas en todos los países”.⁹

⁹ Dávalos Mejía, Carlos. “Introducción al estudio de los títulos de crédito” Pág.157.

1.2.2. Definición de cheque:

Es un título de crédito en virtud del cual una persona llamada girador ordena incondicionalmente a una institución de crédito que es el librado, el pago de una suma de dinero a favor de una persona llamada beneficiaria.

Es un título de crédito nominativo o al portador que contiene la orden incondicional de pagar a la vista una suma determinada de dinero expedido a cargo de una institución de crédito por quien tiene en ella fondos de los que puede disponer en esa forma. La importancia y trascendencia de las funciones económicas del cheque derivan de su consideración de medio o instrumento de pago.

1.2.3 Naturaleza Jurídica del Cheque.

Existen distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del cheque siendo estas las mas importantes:

a. Teoría del mandato: La teoría del mandato pretende explicar mediante esta institución del derecho común la naturaleza jurídica del cheque. El cheque contiene un mandato de pago. El librador da el mandato al librado de pagar una suma determinada de dinero al beneficiario del cheque.

Existe en el cheque un contrato de mandato por virtud del cual el librado se obliga a pagar en su nombre y por cuenta del librador la suma de dinero determinada en el

cheque a su tenedor legitimo, esto es el librado realiza un acto jurídico por cuenta del librador en virtud del mandato contenido en el cheque

Critica: Se niega que el cheque es un mandato, porque no es en si mismo un contrato sino un acto jurídico unilateral, perfecto y eficaz jurídicamente aun sin la concurrencia de la voluntad del librado. El cheque mientras no transcurran los plazos de presentación, es irrevocable. El mandato termina por muerte o interdicción del mandante.

b. Teoría del doble mandato: Ha sido sostenida también la teoría del doble mandato, que proclama la existencia de un mandato de cobro diferido por el librador al tomador al lado del mandato de pago ya examinado, según esta tesis, el tomador al hacer efectivo el cheque, ejecuta el mandato de cobro que le encarga el librador. Se aduce en su contra: El tomador al cobrar el cheque obra en interés propio no en interés del librador lo cual no esta de acuerdo con los caracteres de la relación de mandato.

El tomador del cheque al revés de lo que sucede con el mandatario, no tiene la obligación de cumplir con el encargo consistente en el cobro del cheque, el tomador cobrara o no según le plazca pues es el dominus negotii lo cual no se aviene con tal mandato del librador al tomador del cheque.

El tomador no tiene ninguna acción contra el librado, ni por si, ni a nombre del librador, que seria su mandante.¹⁰

¹⁰ Dávalos Mejía, Carlos. "Introducción al estudio de los títulos de crédito" Pág.159.



c. La teoría de la cesión: Predominó en la doctrina francesa, en una primera etapa afirma que la emisión de un cheque implica cesión de la provisión, esto es, la transferencia de la propiedad de los fondos disponibles en poder del librado, con la consiguiente constitución de un derecho real a favor del tomador sobre dicha provisión, al emitir el cheque sede materialmente al tomador los fondos disponibles y la transmisión del cheque produce los mismos efectos que la transmisión real de dichos fondos.

Si por la por la emisión del cheque se produjera realmente la sesión al tomador del crédito que el librador tiene en contra del librado, aquel tendría acción para exigir de este último el importe del cheque: que el librado sería deudor del tomador, estaría obligado frente a él. El acreedor cedente salvo pacto en contrario, no está obligado a garantizar la solvencia del deudor. El cedente al transmitir sus derechos contra el deudor cesionario, queda liberado por pago frente a este último, es decir, el crédito es cedido por el cedente al cesionario con el propósito de liberarse de una deuda propia.

d. Teoría de la estipulación a favor de tercero: En los contratos se pueden hacer estipulaciones a favor de tercero. Al celebrarse un contrato un contratante puede estipular de otro que este ejecutara determinada presentación a favor de un tercero, al cual no representa el estipulante si no que este obra en nombre propio.¹¹

e. Teoría de la estipulación a cargo de tercero: se ha sostenido también que entre el librador y el tomador existe un contrato con una estipulación a cargo de tercero. De

¹¹ Dávalos Mejía, Carlos. "Introducción al estudio de los títulos de crédito" Pág.157.

evitarse con esta teoría la crítica fundamental formulada a la que sostiene la existencia de una estipulación a favor de tercero, en el sentido de que el librado no asume ni asume responsabilidad ni obligación alguna frente al tomador. f. Teoría de la delegación: Esta teoría sostiene que el cheque contiene una delegación. Surge como una crítica a las teorías del mandato y cesión. La delegación es el acto en virtud del cual una persona pide a otra que acepte como deudor a una tercera que conciente en obligarse frente a ella.

g. Teoría de la asignación: Una parte de la doctrina considera que no debe distinguirse entre la asignación y la delegación ya que en realidad la primera es una especie de la segunda. La asignación es el acto por el cual una persona da orden a otra de hacer un pago a un tercero. La legislación guatemalteca se inclina por la teoría de la delegación, ya que la misma llena los requisitos que se establecen en el Código de Comercio con respecto al cheque. h. Teoría de la autorización: Se concibe como una doble autorización con base en la voluntad declarada por el autorizante, el autorizado puede hacer un pago al tomador y este puede recibirlo, produciéndose los efectos jurídicos de este acto en la esfera jurídica del autorizante.¹²

1.2.4. Tipos de cheques:

La demanda de un título de crédito confiable que represente la obligación de pagar una cantidad de dinero exigible de manera rápida y eficiente, a obligado a la creación de distintas clase de cheques siendo estas algunas de ellas:

¹² Dávalos Mejía, Carlos. “Introducción al estudio de los títulos de crédito” Pág.157.

a. El cheque cruzado: El Artículo 517 del Código de Comercio de Guatemala establece que el tenedor o librador del cheque que lo cruce con dos líneas paralelas trazadas en el anverso solo podrá ser cobrado por un banco. Este cheque ha nacido en la práctica inglesa, y tiene por finalidad evitar el cobro por un tenedor legítimo. Existen dos formas del cheque cruzado y estas son cruzamiento general y especial. El cruzamiento general es aquel que se realiza por simple cruzamiento de líneas paralelas trazadas en el anverso del cheque y es especial cuando entre estas líneas se consigna el nombre de una institución de crédito determinada, en el caso del cruzamiento general podrá ser pagado a cualquier banco, no así, en el caso del cruzamiento especial pues solo podrá ser cobrado por la institución de crédito en él anotado, o la que este hubiere endosado el cheque para su cobro. Es de hacer notar que el cruzamiento general se podrá convertir en especial con solo anotar entre líneas el nombre de la institución de crédito a quien debe pagarse; por el contrario el tenedor de un cheque con cruzamiento especial no podrá borrar el nombre de la institución de crédito en el consignado.

El cruzamiento del cheque tiene por finalidad evitar su cobro por un tenedor ilegítimo. Y la seguridad solo podrá obtenerse poniendo como forzosa la intervención de un banco en el cobro del título, obligando asimismo al librador a pagarlo a una institución de crédito.¹³

b. Cheque por abono en cuenta: Este cheque se caracteriza porque solo puede ser cobrado mediante abono de su importe en una cuenta bancaria del titular del cheque y

¹³ Dávalos Mejía, Carlos. “Introducción al estudio de los títulos de crédito” Pág.157.



esto se logra por la inserción de la cláusula “para abono en cuenta” con cuya cláusula se limita la negociación, de esto se infiere aunque el código no lo regula taxativamente, estos cheques solo podrán ser a la orden, al igual que en los cheques cruzados el borrado o la alteración de que de dicha cláusula se hiciera se tendrá por no puesta. El objeto del cheque para abono en cuenta es la prohibición que el cheque sea pagado en efectivo, prohibición dispuesta por el librador o tenedero del título. Cheque certificado: Este busca que el librador certifique que el cheque cuenta con fondos disponibles para hacerlo efectivo, su finalidad es la confianza que el mismo va inspirar al tomador de que el cheque será pagado. Se niega que la certificación sea una aceptación, aunque se asimila a ella en algunos de sus efectos; con la certificación se logra asegurar la provisión en el sentido de que el librado está informado que se ha dispuesto de ella y que por tanto no se puede retirar el depósito de ella, por lo que no se puede retirar el depósito durante el tiempo de la presentación la certificación no puede ser parcial, ni extenderse en cheques al portador, y tampoco puede ser negociable.¹⁴ La forma de certificación la establece el Artículo 528 del Código de Comercio de Guatemala y no se acepta otra forma que la que establece la ley, tampoco se acepta la revocación del título y la única forma de que la provisión vuelva a su cuenta es devolviendo el cheque certificado al librador.

c. Cheque de caja: Esta clase de cheque se encuentra regulado en el Artículo 534 del Código de Comercio de Guatemala y su función principal es brindar seguridad al librado en cuanto a la provisión del título al momento de su cobro mismo.

¹⁴ Dávalos Mejía, Carlos. “Introducción al estudio de los títulos de crédito” Pág.157.

En la práctica se dice comprar un cheque de caja ya que la dinámica exige acercarse a la ventanilla de un banco y pagar en efectivo para que el banco entregue un cheque de su propia cuenta y contabilidad por el monto dispuesto.

Existe el debate entre si el cheque se ha convertido o no en papel moneda, por su facilidad de circulación y porque en poca o gran manera cumplen con la función de este, razón por la cual este tipo de cheques debe ser nominativo, además proviene de un talonario de la entidad bancaria, y no de un talonario de un particular; tampoco es negociable.

d. Cheques de viajero: Los cheques de viajero serán expedidos por el librador a su propio cargo y serán pagaderos por su establecimiento principal o por sus sucursales o los corresponsales que tenga en el país del librador o en el extranjero. Los cheques de viajero tienen la particularidad que para su circulación y cobro necesitan de tres firmas, siendo una de ellas la de la institución creadora y dos del tomador o beneficiario; la primera la estampa el tomador frente al librador o bien en una de sus sucursales, corresponsalías o agencias, y la segunda cuando el cheque va a ser cobrado; todo ello con fines de seguridad e identificación del beneficiario.

Así lo regula el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 537. El objeto principal de este cheque es garantizar su pago en el extranjero ya que es girado por una institución bancaria contra si misma, evitando que el viajero porte consigo grandes cantidades de dinero con el evidente riesgo que esto con lleva en un país desconocido, aunado a que ciertas legislaciones limitan la posesión y traslado de dinero en efectivo en sus fronteras debido a las resientes leyes contra el lavado de dinero y otros activos.

e. Cheque con provisión garantizada: Como señala el Artículo 530 del Código de Comercio de Guatemala estos cheques se extiende contra una granita que lo constituye el deposito que el cuenta-habiente tiene en el banco, o mejor dicho la provisión, de lo que se desprende que existe una obligación del banco que ha entregado los formularios, de pagar la cantidad ordenada en el cheque, por lo que produce los efectos de la certificación.

Esta obligación del banco librado termina según lo regula el Código de Comercio: Si los cheque se emiten después de tres meses de la fecha de la entrega de los formularios; y si el título no se presenta al cobro durante el plazo de la presentación.

El objeto de la existencia de estos títulos es crear confianza en el tenedor o beneficiario de que el cheque será pagado porque existe un depósito previo que garantiza la existencia de fondos en la cuenta del titular, estos cheque son emitidos por un monto máximo así que la responsabilidad de la entidad bancaria se limitara a ese monto preestablecido.

f. Cheque con talón: Se encuentra regulado en el Artículo 542 del Código de Comercio de Guatemala, y determina que los mismos llevaran adheridos un talón separable que deberá ser firmado por el titular al recibir el cheque y que servirá de comprobante del pago hecho.

Su función principal es comprobar el pago que se ha hecho y las persona a la que se ha realizado, creando de alguna manera una relación de causalidad entre las partes.

1.2.5. Requisitos del cheque: El Artículo 386 del Código de Comercio de Guatemala

establece que los títulos de crédito en general deben contener los siguientes requisitos:

- a. Nombre del título que se trate.
- b. Fecha y lugar de su creación.
- c. Los derechos que el título incorpora.
- d. El lugar y fecha de cumplimiento o ejercicio de tales derechos.
- e. La firma de quien los crea.

Si no se mencionare el lugar de creación se tendrá como tal el del domicilio del creador.

Si no se mencionare el lugar de cumplimiento o ejercicio de los derechos que el título consigna, se tendrá como tal el del domicilio del creador del título. Si el creador tiene varios domicilios, el tenedor podrá elegir entre ellos; igual derecho de elección tendrá si el título señala varios lugares de cumplimiento.

La omisión insubsanable de menciones o requisitos esenciales que debe contener el título de crédito, no afecta el negocio o acto jurídico que dio origen a la emisión del documento.

En el caso particular del cheque solo puede crearse en los formularios que el banco entrega al depositante, por lo tanto el cheque solo puede librarse contra una institución bancaria, con quien el librador ha celebrado un contrato de giro para poder hacerlo. El banco entrega al cuenta habiente los talonarios ya impresos de los cheques con el objeto de poder retirar parte o todo el depósito; de manera que no hay creación libre como en otros títulos de crédito.



Teniendo siempre en cuenta que el Artículo 495 del Código Comercio de Guatemala regula los requisitos específicos en el caso del cheque, y estos son:

- a. Orden incondicional de pagar una suma de dinero.
- b. El nombre del banco librado.
- c. Que Tenga fondos suficientes: Aunque no se encuentra taxativamente regulado otro requisito esenciales es que el cheque tenga fondos suficientes para ser pagado en el banco librado; y que este autorizado para ese efecto. Este requisito es de tal importancia que la legislación del orden penal a regulado una figura delictiva que contempla el supuesto 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 su presentación, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales, denominado estafa mediante cheque.



CAPÍTULO II



2. El protesto

El Artículo 399 del Código de Comercio de Guatemala regula lo relacionado al protesto. La presentación en tiempo de un título de crédito y la negativa de su aceptación o de su pago se harán constar por medio de protesto. Salvo disposición lega expresa, ningún otro acto podrá suplir al protesto.

El creador del título podrá dispensar al tenedor de protestarlo, si inscribe en el mismo la cláusula: sin protesto, sin gastos u otra equivalente.

Esta cláusula no dispensará al tenedor de la obligación de presentar el título, ni en su caso, de dar aviso de la falta de pago a los obligados en la vía de regreso; pero la prueba de la falta de presentación oportuna estará a cargo de quien la invoque en contra del tenedor. Si a pesar de esta cláusula el tenedor levanta el protesto, los gastos serán por su cuenta.

El protesto es requisito indispensable para iniciar cualquier acción legal del orden civil o mercantil, ya sea exigiendo el cobro del cheque por acción cambiaria o enriquecimiento ilícito por ejemplo, para el delito de estafa mediante cheque por ser de acción pública a instancia de parte es necesario el titular del derecho es decir el agraviado directamente por la comisión del delito inicie su persecución ante los tribunales correspondientes y haga las veces del Ministerio Publico en el proceso como querellante exclusivo.

2.1. Naturaleza Jurídica

Es un acto solemne y formal. Es solemne porque debe ser hecho por un notario como lo establece el Artículo 472 del Código de Comercio de Guatemala que en su parte conducente reza, “El protesto se practicará con intervención del notario...” o por medio de anotación del librado o por razón puesta en el título por la cámara de compensación únicamente en el caso del cheque, como establece el Artículo 511 del Código de Comercio de Guatemala el cual regula:

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

En el caso del cheque se puede suplir la intervención del notario para hacer constar el protesto siendo esta una excepción tal como lo regula la ley.

Es formal porque puede hacerse constar en el propio cheque o en hoja adherida al mismo, esta modalidad se está adoptando en el país, cuando las instituciones bancarias adhieren al cheque un pequeño formulario que incluyen una lista de causales por las cuales no se puede hacer efectivo el monto del cheque y únicamente se marca la causal y por último se puede hacer constar por medio de notario, lo que en la actualidad con relación al cheque no es común debido a la practicidad que brinda un sello en el anverso del cheque donde se establece que no se puede hacer efectivo el mismo, este es el sello de La Cámara de Compensación del Banco de Guatemala.

2.1.2. Concepto:

Es una figura propia de los títulos valores, que reviste vital importancia en razón de ser, generalmente, un requisito indispensable para que el tenedor pueda ejercer las acciones cambiarias, y las acciones penales mismas que le permitan hacerse cobro del importe contenido en el título.

En ese sentido el protesto es aquella diligencia notarial o bancaria que tiene por finalidad dejar constancia fehaciente e indubitable de la falta de pago del cheque, para lo cual deberá realizarse en la forma prevista y dentro de los plazos establecidos por la ley” de lo contrario se perjudicaría el título, es decir, perjudicaría toda eficacia, en consecuencia, el protesto en los títulos valores sujetos a dicha diligencia, constituye al tenedor una obligación ineludible previa al ejercicio de las acciones cambiarias o penales.

El protesto es el medio por el cual se acredita en forma auténtica que el cheque no ha sido pagado.

En general, el protesto es un acto que tiende a constatar una situación cambiaria insatisfecha, aunque normalmente limitado a la contestación de la falta de aceptación del pago. De este modo el giro de un cheque sin provisión de fondos, obliga al banco a protestarlo.

Otro concepto para el protesto es aquella anotación que el girado, inserta al cheque al no poder cumplir la orden de pago del girador, por no existir fondos o por no haberlos en forma suficiente para cubrir la suma requerida



2.1.3. Protesto y acción cambiaria en el cheque:

A decir de Carlos Dávalos Mejía "Las formalidades del protesto, así como los términos y condiciones en que pueden ejercitarse las acciones cambiarias, en función de los títulos de crédito en general, son aplicables al cheque, pero presentan particularidades que ameritan un análisis separado... en el protesto por falta de pago, si bien la ley establece que debe recorrerse el tortuoso mecanismo de manera general, la realidad es diferente, no solo porque llevar a un notario a un banco a que dé fe de hechos es algo francamente impracticable, sino porque la propia ley establece excepciones que son las verdaderamente utilizadas." ¹⁰ Así son dos las formas del levantamiento en el cheque:

La devolución de un cheque por falta de fondos en la cámara de compensación.

La anotación que el ventanillero haga en el propio título o (en hoja aparte adherida al mismo, en la legislación guatemalteca) al devolver el cheque por la falta de fondos.

De esta manera resulta que el protesto tiene en el cheque una importancia similar a al que tiene en cualquier otro título de crédito, pero su instrumentación es, por mucho, más sencilla que en los demás y, por decirlo así en el sistema bancario mexicano la sola posibilidad de que nos e proteste un cheque es el olvido en que incurra el ventanillero coincidente con la negligencia del beneficiario que no le exige hacer tal inscripción.

El caso de las acciones cambiarias en el cheque presenta particularidades importantes. No hay consenso respecto del tipo de acción cambiaria que se intenta contra el librador:

¹⁰Dávalos Mejía, Carlos. "Introducción al estudio de los títulos de crédito" Pág.181.



algunos piensan que es directa y otros, probablemente la mayoría, piensan que es en vía de regreso. La falta de consenso se da incluso en la jurisprudencia y en la misma ley, donde se detectan contradicciones.

Antes de su estudio se precisa que no hay duda de que contra los endosatarios del cheque, es intentable desde luego la acción en vía de regreso; las reglas generales de la acción de regreso son aplicables al cheque.

Respecto al librador hay duda si la acción intentable es la directa o en vía de regreso; la ley no permite certeza en la determinación de si el librador del cheque es el principal obligado de su pago, o es solo un responsable solidario.

Por una parte dispone con claridad que la acción directa sólo puede deducirse contra el aceptante y sus avalistas. Pero por otra con igual claridad, la ley establece que en el cheque no hay aceptante y por tanto, contra nadie en el cheque puede intentarse acción directa. Asimismo, tanto al girador en la letra, como al librador en el cheque, se les otorga carácter de simples responsables del pago, y no el de obligados directos, como al aceptante.

No obstante lo anterior, la ley se contradice al establecer que contra el librador del cheque se deducirá precisamente acción directa; pero ahí mismo establece que esta acción esta sujeta a caducidad, siendo que la acción directa no puede caducar puesto que implicaría la no existencia de un derecho; la obligación cambiaria a diferencia de la responsabilidad cambiaria, solo puede prescribir.

Con base en estos argumentos y su refutación, la corte ha sentenciado de manera diferente en dos ocasiones, estableciendo en una que tratándose del cheque, no puede haber acción directa, porque no hay aceptante... mientras que por otra parte establece la acción directa se intentara contra el librador... de lo que se colige una vez más que las ejecutorias de la corte deben analizarse siempre a la luz del caso concreto y las condiciones de la causa, y no de manera generalizada y abstrayéndose de todo lo que no sea el texto de la resolución.

Se considera que no es la acción directa la inevitable contra el librador, sino la de regreso, puesto que el girador no es sino un simple responsable de su pago. Estos autores afirman que una acción cambiaria sujeta a caducidad no puede ser directa, ya que los presupuestos de existencia de una obligación de pago son consustanciales a la voluntad de obligarse, y no condicionados al cumplimiento de ciertas instancias meramente formales. Finalmente consideran que la acción intentable contra el librador sólo lo es de manera regresiva, es decir, sólo podrá intentarse cuando una primera persona, en tiempo, se haya negado a realizar el pago; el librador no es a quien se exige el pago, sino al banco librado, el que de no hacerlo, reenviara al tenedor a los demás signatarios, quien intentará cobrar su deuda una vez agotada la primera instancia de cobro en todo caso se trata como signatario y responsable en vía de regreso al librador, puesto que en boca de uno de sus creadores (Cervantes Ahumada), "se ha conseguido corregir la situación jurídica del librador tratándolo como lo que es: un obligado en regreso".¹¹

¹¹ Davalos Mejia, Carlos. "Introducción al estudio de los títulos de crédito" Pág.183.

No obstante lo anterior, por considero que el librador del cheque es un obligado principalísimo en términos cambiarios y, por tanto, sujeto del ejercicio de la acción directa, de acuerdo con los siguientes argumentos. Antes de su enunciamiento cabe precisar que en el cheque, la diferencia en el ejercicio de la acción directa o de regreso son mínimas, tanto más cuanto que, como ya vimos, la carga formal del protesto no se presenta en el cheque tan gravosamente como en la letra o el pagaré, en los cuales, de no cumplirse, la acción de regreso se pierde. Sostenemos que contra el librador se intenta la acción directa por los siguientes:

En primer lugar así lo establece la ley, que es la norma fundamental en la materia.

La especificación que hace la ley, de que la acción directa es la que se intenta exclusivamente contra el aceptante o sus avalistas, da lugar a un prurito gramatical del que debe tenerse presente que está destinada exclusivamente a la organización de la letra de cambio, posteriormente se hace extensiva esta regla al caso del cheque, donde claramente el legislador especificó que sería aplicable al cheque solo de manera conducente, y nunca literal; y en lo conducente resulta, que lo que es el aceptante en la letra, es el librador en el cheque, tanto mas si en el cheque es indispensable la provisión, y cuando más si su omisión está protegida penalmente.

La caducidad es la figura procesal en virtud de la cual una persona pierde total o parcialmente una acción por causas imputables a él. En la letra o el pagaré la acción directa, cuyo destinatario esta claramente definido, no caduca, puesto que inequitativo resultaría fincarle mas cargas al acreedor de la que significa no poder tener su dinero porque no se le ha pagado; en el caso del cheque la acción cambiaria directa tampoco

caduca, excepto en un solo caso que es cuando el beneficiario (de manera fácilmente presumible) por negligencia, no obligación presentó el cheque a su cobro dentro del plazo en el que tenía la obligación de haberlo hecho y durante el cual el librador (y nunca el librado) cumplió con su obligación de sostener los fondos suficientes para que se honrara el cheque. La caducidad no se presenta, entonces, por no haberse cumplido con cargas formales como son el protesto o equivalentes, sino simplemente por no haber cobrado el cheque en su oportunidad. Como antítesis de este argumento cabría preguntar, por ejemplo, ¿en que status jurídico se ubica el tomador de una letra a la vista que la presenta a su aceptación y cobro siete meses después de su expedición? la ley contesta que perderá la acción cambiaria contra todos los obligados; y preguntamos, Cuál es la diferencia entre esta acción de carácter fatal, y la caducidad siendo que en ambos casos se trata de un claro castigo a la negligencia.

El responsable del pago de un título, en vía de regreso, es la persona que, en defecto del pago por el principal obligado, responderá ante el legítimo beneficiario, pero sólo de forma subsidiaria. En el cheque, el librador no es el responsable subsidiario del pago de un título cuya naturaleza es contar con una provisión específica, ni siquiera antes del cobro, sino antes del libramiento; lo que deriva en que el banco librado es un mero puente utilitario del pago de una deuda, en la que el librador ocupa el papel de obligado no tan solo frente a todos los signatarios del cheque fundamentalmente el tomador, sino inclusive frente a la sociedad, que podría verse fuertemente lesionada por el mal uso que pudiera hacer el sujeto, que por cualquier razón, se allegó un talonario de cheques. Si no pudiera intentarse la acción cambiaria directa por la deshonra de un cheque, resultaría que en el universo jurídico de estos títulos no hay obligados principales;



frente a todos los signatarios del cheque fundamentalmente el tomador, sino inclusive frente a la sociedad, que podría verse fuertemente lesionada por el mal uso que pudiera hacer el sujeto, que por cualquier razón, se allegó un talonario de cheques.

Si no pudiera intentarse la acción cambiaria directa por la deshonra de un cheque, resultaría que en el universo jurídico de estos títulos no hay obligados principales; resultaría que solo existen sujetos subsidiarios de alguien principal que no existe, lo cual, en elemental teoría de obligaciones, no es posible.

El regreso al que se ve obligado el tomador de un cheque que no es cubierto, no debe ser entendido en los mismos términos en que se da el regreso en la letra o el pagaré, puesto que en estos dos la obligación se crea a futuro, en tanto que en el cheque se crea una obligación de exigibilidad a al vista, cuya mecánica se diseñó, no como una declinación o postergación de obligación pecuniaria, sino como un expediente de seguridad que se deriva del deseo, por parte del librador, de no traer consigo su dinero, esto es su dinero, y en virtud del cual no tan sólo se obliga de manera principalísima ante el tomador del cheque, sino que teóricamente se liberó de la obligación contraída puesto que la pagó con ese título; el librado es más que obligado principal al pago del cheque, una persona que ya cumplió con una obligación al entregar un papel cuasi moneda, cuyo tomador tiene la convicción de que será honrado con el cumplimiento perfecto del sistema de cheque.

En fin consideramos que la acción intentable, contra el librador es la cambiaria directa, y contra los otros signatarios la cambiaria en la vía de regreso.



Igualmente, la caducidad y prescripción de las acciones cambiarias directa y de regreso en el cheque, presentan diferencias respecto de las reglas generales.

La caducidad en el cheque se presenta, exclusivamente, por dos razones: a) por no haberse protestado el cheque por falta de pago; b) Por no haberse presentado para su cobro dentro de los plazos de ley.

Por no haberse protestado "o" (nótese que es una alternativa) presentado el cheque debidamente, caduca la acción cambiaria directa contra el librador o sus avalistas, solamente si se prueba que durante el termino de presentación hubo fondos suficientes en poder del librado para poder pagarlo- y la acción de regreso contra cualquiera de los endosantes o avalistas, o bien la que tenga aquél que pagó en regreso contra los demás responsables de su pago, caducarán, en este caso, no obstante que haya habido fondos suficientes durante los plazos de presentación.

Por su parte, en caso de que las acciones directas o de regreso no caduquen, es decir, en caso de que el cheque se haya protestado y presentado debidamente, la o las acciones correspondientes deberán intentarse dentro de los seis meses que sigan a su fecha, por ser justamente este el plazo de prescripción.

Entonces, si el tenedor de un cheque no lo protesta o presenta debidamente, verá caducadas las acciones que pudo haber intentado. Si estas no caducan por haberse presentado o protestado el cheque debidamente, pero no se ejercitan en seis meses, el beneficiario perderá la acción cambiaria que tuvo, pero en este caso por prescripción; a

partir de entonces el beneficiario sólo podrá intentar su recuperación patrimonial o el ejercicio de acción causal o de enriquecimiento.

En el caso de que se presente el cheque en el plazo adecuado y le sea regresado por no haber fondos, además de las acciones cambiarias que le asistan al beneficiario, se le otorgara la posibilidad de exigencia que deriva de la tutela penal que la ley concede al beneficiario; el delito de libramiento de cheques sin fondos. (En la legislación guatemalteca, delito de estafa mediante cheque.)

2.2. Requisitos del protesto:

El Código de Comercio de Guatemala establece en el Artículo 502 los cheques deberán presentarse para su pago, dentro de los quince días calendarios de su creación. Por su parte el Artículo 511 del mismo cuerpo legal establece: El protesto por falta de pago debe tener lugar antes de la expiración del plazo fijado para la presentación. La anotación que el librado o la cámara de compensación ponga en el cheque, de haber sido presentado en tiempo y no pagado total o parcialmente, surtirá los efectos del protesto.

Siendo el primer y fundamental requisito del protesto que el cheque sea presentado para su pago dentro de los quince días calendarios posteriores a su creación.

Del plazo legal otorgado para la presentación del cheque nace un problema en su aplicación, y este problema es el conteo de los quince días que estipula el Código de Comercio y se debe tener en cuenta lo que estipula la Ley del Organismo Judicial de



Guatemala, al cual estipula en el Artículo 45 inciso e) lo siguiente: En los plazos que computen por días no se incluirán los días inhábiles.

Son inhábiles los días de feriado que se declaren oficialmente, los domingos y los sábados cuando por adopción de jornada continua de trabajo o jornada semanal de trabajo no menor de cuarenta horas, se tengan como días de descanso y los días que por cualquier causa el tribunal hubiese permanecido cerrado en curso de las horas laborales...; la presente norma se aplica en el presente caso al plazo otorgado por el código de comercio pues en este no se estipula la forma en que se deben contar los plazos dados en días, únicamente en el Artículo 396 del Código de Comercio de Guatemala se estipula lo siguiente: Cuando alguno de los actos que deba realizar obligatoriamente el tenedor de un título de crédito, deba efectuarse dentro de un plazo que no fuere hábil el último día, el termino se entenderá prorrogado hasta el primer día hábil siguiente. Los días inhábiles intermedios se contarán para el cómputo del plazo. Ni en los términos legales ni en los convencionales se comprenderá el día que les sirva de punto de partida. Como observamos los artículos de ambas leyes se complementan para una mejor comprensión de dicho plazo.

El protesto como se ha mencionado se puede hacer a través de acta notarial, pero se puede decir que es una forma no muy común en Guatemala de hacer constar al falta de pago por carencia de fondos del cheque, pero no se puede dejar por un lado esta opción, pues en varias ocasiones los cajeros pagadores de las agencias bancarias no saben cómo computar el tiempo para la presentación del cheque, y se niegan a protestar el cheque porque el plazo para el protesto según ellos ya ha transcurrido, esto



se da en los casos de días de asueto y de feriado es, entonces, que se debe buscar un notario para que efectúe el protesto del cheque.

Para que un notario haga constar el protesto, este acto se debe documentar a través de un acta notarial, esta acta notarial debe contener los requisitos del Artículo 61 del Código de Notariado los cuales son:

- a. El lugar.
- b. Fecha.
- c. Hora de la diligencia.
- d. El nombre de la persona que lo ha requerido.
- e. Nombres de las personas que intervengan en el acto.
- f. La relación circunstanciada de la diligencia.

Todos los requisitos formales deben de cumplirse a cabalidad para la elaboración del acta notarial de protesto, a continuación se hará un análisis más detenido de cada uno de estos requisitos y se complementará con otros requisitos prácticos y doctrinarios.

a. El lugar: El lugar del acta notarial deberá ser el lugar de la agencia bancaria donde se efectúa la presentación del cheque para su debido pago, y se debe consignar dentro del acta notarial la dirección de la agencia bancaria, y el nombre del banco, el departamento o municipio de Guatemala donde se encontraba la agencia bancaria. Se debe detallar la dirección completa de la agencia bancaria, pues en la actualidad cada banco tiene una gran cantidad de agencias en distintas sedes del país. Incluso las

agencias bancarias pueden estar afuera de la republica de Guatemala y se pueden presentar cheques en dichas agencias bancarias fuera del país y faccionar por un notario guatemalteco el acta notarial de protesto o en su defecto, por un notario de otro país con la salvedad que el acta notaria hecha por ese notario extranjero debe cumplir con los requisitos de las normas del país donde se haga el protesto y está deberá de contener todos los pases de ley para que sirviera en algún juicio en la República de Guatemala.

b. La hora: La hora resulta también de significación por cuanto el protesto sólo puede cumplirse durante los horarios en que se encuentran abiertas las agencias bancarias, hay que hacer la salvedad que la ley se refiere a días hábiles, no a horas hábiles, por lo tanto el protesto se debe hacer dentro de los horarios que tiene cada banco, por lo tanto si hay ciertas agencias bancarias que están abiertas hasta más tarde que otras se puede hacer en éstas, si están con acceso a la persona que quiere protestar el cheque, porque puede haber una agencia demasiado lejos y que no es practico llegar a ella, por lo tanto se debe tomar en cuenta el horario en la mayoría de las agencias bancarias que atienden al público.

c. El nombre de la persona que lo haya requerido: para toda acta notaria se necesita un requeriente y esté es el que debe solicitar el auxilio del notario para hacer constar la presentación del cheque para su pago, el que debe de requerir al notario es el interesado en que se haga constar la diligencia, en el caso del protesto debe ser la persona a la cual se le ha girado el cheque y cuyo nombre aparece en el mismo, o a la persona a la que ha sido endosado el cheque.



d. Los nombres de las personas que intervengan en el acto: las personas que intervengan en el acto deben de ser el notario a solicitud del requeriente, el requeriente que es el interesado en protestar el cheque y también puede intervenir el cajero pagador de la agencia bancaria y éstas serían, por lo general, todas las personas que intervengan en el acto y en caso de complicaciones podría ser el gerente de la agencia bancaria, y en el caso del extranjero que no hable el idioma español el traductor irá traduciendo lo que esta diciendo el cajero del bando y describirá lo que esta sucediendo.

e. La relación circunstanciada de la diligencia: esta parte del acta notarial es de suma importancia, pues en esta parte del acta notarial se debe describir el hecho de haberse presentado en la agencia bancaria con el cajero pagador y éste después de haber revisado el cheque su autenticidad y la o las firmas que tiene el cheque y el momento que el cajero diga que no se puede hacer efectivo el monto del cheque pues en la cuenta bancaria no tiene fondos para cubrir el cheque, además en este punto del acta notarial se debe de insertar los siguientes datos:

- a) Numero del cheque.
- b) Monto del cheque.
- c) Fecha del cheque.
- d) Nombre del cuentahabiente.
- e) Firmas del cheque.
- f) Mencionar en que idioma está el cheque.
- g) En qué moneda esta girado el cheque.

Así también se debe de tomar en cuenta lo establecido en el Artículo 480 del Código de Comercio de Guatemala que dice:

El Protesto se hará constar por razón puesta en el cuerpo de la letra o en hoja adherida a ella, además, el notario que lo practique levantará acta en la que asiente:

- f. La reproducción literal de todo cuanto conste en la letra.
- g. El requerimiento al girado o aceptante para aceptar o pagar la letra, con la indicación de si esa persona estuvo o no presente.
- h. Los motivos de la negativa para la aceptación del pago.
- i. La firma de la persona con quien se entienda la diligencia, o la indicación de la imposibilidad para firmar o su negativa.
- j. El notario protocolizará dicha acta.
- K. Se ha analizado el protesto hecho en acta notarial pero esta no es la única forma de hacerse el protesto del cheque, el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 551 estipula: La anotación que el librado o la cámara de compensación ponga en el cheque, de haber sido presentado en tiempo y no pagado total o parcialmente, surtirá los efectos del protesto.

En el caso del cheque como se ha analizado es posible que se haga en el propio cheque y si se hace de esta manera el sello que se pone en el anverso del cheque o en una hoja adherida a él como se ha venido haciendo en el sistema bancario guatemalteco y que a sido aceptado por los juzgados en el país debe de contener como mínimo lo siguiente:



- a) Fecha y hora de presentación del cheque.
- b) Domicilio del librador.
- c) Motivos del rechazo, debiéndose poner la causa del rechazo del cheque.
- d) Firma de la persona autorizada por el banco.

Como requisito previo de cualquier acción legal, el protesto es un trámite de suma importancia, ya que es uno de los elementos esenciales tanto para demandar en la campo civil, como en el campo penal. El Artículo 512 del Código de Comercio de Guatemala estipula: La acción cambiara contra el librador, sus avalistas y demás signatarios, caduca por no haber sido protestado el cheque en tiempo. Esta norma es clara al regular que si no se protesto el cheque en los quince días que establece el Artículo 502 del Código de Comercio de Guatemala y así de esta forma no se podría intentar la acción ejecutiva en el campo civil, tal protesto al día de hoy y debido a la cantidad de casos presentados ante la banca nacional, ya no es necesario el suscribir el acta notarial a la que hago referencia, puesto que basta con la boleta que de diferentes formas utilizan cada uno de los bancos del sistema para documentar legalmente que determinada cuenta no tiene fondos suficientes para hacerse efectiva, siendo este documento el que válidamente se acepta hoy en día por los órganos jurisdiccionales competentes.

En materia penal el Artículo 268 del Código Penal estipula: Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque si provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su presentación, de la lectura de este Artículo se deduce lógicamente que para probar que un cheque no tiene la debida provisión de fondos

debió haber sido debidamente protestado ante el banco, y el documento debidamente protestado es el que sirve como medio de prueba en la querrela penal, de igual forma se prueba el retiro de fondos antes de que expire el plazo para la presentación, en ambos tipos de acciones, el protesto del cheque es un requisito esencial para iniciar cualquiera de estas dos acciones.

Dependiendo de cada caso se acogerá a la vía a tomar, pero es necesario notar que la mejor vía a seguir es la penal, pues en esta se puede ejercer la acción civil reparadora y lograr la aplicación de medidas precautorias.

Es necesario pensar que en muchas ocasiones las personas olvidan protestar el cheque tal como se ha mencionado, y debido a esta razón no pueden entablar una acción cambiaria o iniciar un juicio penal por el delito de acción privada, pero no se debe pensar que todo esta perdido, pues desde un punto de vista mercantil se debe de iniciar un juicio sumario de acción de enriquecimiento indebido tal como lo establece el Artículo 409 del Código de Comercio de Guatemala, ya que estipula:

Extinguida la acción cambiaria contra el creador, el tenedor del título que carezca de acción causal contra éste, y de acción cambiaria o causal contra los demás signatarios, puede exigir al creador la suma con que se haya enriquecido en su daño.

Esta acción prescribe en un año, contado desde el día en que se extinguió la acción cambiaria.

Desde el punto de vista penal lo que quedaría seria buscar una tipificación del delito de estafa, pues una estafa mediante cheque no seria posible por falta de protesto.

Como medio probatorio; la ley otorga al protesto una función probatoria debido a que acredita que el obligado o los obligados no cumplieron con las obligaciones respectivas, haciendo posible al tenedor ejecutar las acciones correspondientes.

Además, por el protesto los terceros están en condiciones de conocer la existencia del acto, evitándose que pueda ser objeto de engaño.

Esto es de suma importancia en el tráfico comercial debido a que un cheque protestado va a evitar que sea endosado y de esa forma entre en circulación y cause mayores daños económicos.

Tal como se analizó anteriormente, el protesto tanto hecho en acta notarial o en el propio título de crédito es la prueba más importante en cualquier tipo de proceso; ya sea este penal o civil.

Es sumamente difícil poder refutar esta prueba tanto en el ámbito civil como penal, pero siempre queda abierta la posibilidad de probar en contra, pues puede ser que el cheque contenga alguna falta de los requisitos esenciales del cheque y que no sean subsanables o cualquier otra posibilidad.

Las causas por las cuales un cheque presentado para su pago puede no ser pagado no sólo se limita a la falta de fondos pues existe una serie de causas por las cuales no se pueda pagar un cheque y estas son:

- a) Fondos insuficientes en el banco.
- b) Inexistencia de la cuenta bancaria de la que se emitió el cheque.



- c) Falta la firma del librador
- d) La firma del librador es diferente a como está registrada en el banco, es decir, está se encuentra notoriamente alterada o falsificada.
- e) La numeración del cheque no corresponde a los esqueletos proporcionados al emisor o bien, dicha numeración corresponde a la de un talonario que se reportó extraviado.
- f) Existe una orden judicial de no pagarlo.
- g) Ha sido revocado y ya venció el plazo legal para su presentación.
- h) El librado se encuentra en estado de concurso o suspensión de pagos.
- i) No existe continuidad en los endosos.
- j) Ha sido indebidamente negociado.
- k) No es a cargo de la institución bancaria en que se presenta (si no es depositado).
- l) Es pagadero en otra moneda.
- m) Está alterado.
- n) Carece de fecha.
- o) Ya se ha pagado el original o el duplicado.
- p) Está mutilado o deteriorado.
- q) Se cobra por cantidad distinta de lo que vale.
- r) No es compensable.
- s) Por causa imputable al banco librado.

CAPÍTULO III

3. Breve recapitulación de la teoría general del delito:

No tratando de abarcar todos los aspectos de la Teoría General del Delito que es de por sí bastante extensa y complicada, abordaremos ciertos aspectos básicos y útiles para el tema que nos atañe:

3.1. Concepto de delito:

Citando a De León Velasco y De Mata Vela: “Como dice Pessina, la rebelión de la individualidad humana contra el Derecho, en virtud de la cual debe producirse la acción reparadora de la justicia penal, es preciso que sea designada con un nombre que fije sus caracteres generales. Ya en Roma se habló de flagitum, scelus, facinus y delictum fueron las más usadas.

Estas son también las que se recibieron en la terminología de la Edad Media y en la práctica forense, donde ya se dio frecuentemente a la palabra crimen el significado estricto de un delito grave y la palabra delictum el delito leve. También fueron empleadas al inaugurarse la serie de los Códigos modernos, en donde se añadió además la expresión contravención para designar las transgresiones castigadas con levísimas penas de policía”.¹⁷ En la técnica moderna, la terminología sigue uno de estos dos caminos:

¹⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. “Curso de derecho penal guatemalteco” Pág.121

a. O se emplea desde luego un solo término para los delitos graves (y menos graves) utilizándose unas veces la expresión delito (legislaciones latinas) y otras la de crimen (legislaciones germánicas, por regla general).

b. O se busca, en definitiva, un término apropiado para todo lo que sea infracción penal, comprendiendo incluso a la contravención. Domina en la técnica italiana, a este respecto, la expresión reato, para comprender esta significación general; y, en algunos países de América se apropiaron la voz italiana incorporándola al idioma español. En otros se utiliza el término de hecho punible.

En la legislación guatemalteca, influenciada grandemente por el Derecho Español entre otras doctrinas foráneas, se recoge la primera orientación, utilizando la palabra delito para toda clase de infracciones penales, graves; y la expresión falta, para las infracciones penales leves.

3.2. El problema de la definición del delito:

La expresión “cada cabeza es un mundo” de uso popular tiene aplicación cuanto tratamos una de las cuestiones más debatidas en la doctrina penal, el problema de la definición del delito, existiendo varias escuelas y tratadistas que intentan definirlo; a decir de Federico Puig Peña: “pues cada escuela y cada tratadista ha intentado definir el delito de acuerdo con los principios que dominan su orientación”...¹³ a decir de S. Tejerina, citado por Puig Peña, “al jurista le interesa, la definición que formule una

¹³ De León Velasco, Héctor Anibal y De Mata Vela, José Francisco. “Curso de derecho penal guatemalteco” Pág 123.

construcción técnico-jurídica” sin caer en el exceso de excluir otro tipo de definiciones que aporten aspectos relevantes al concepto de delito”.¹⁹ Por lo que recogemos las principales orientaciones habidas sobre el particular:

Criterio legalista: Las primeras definiciones que los autores dan del delito son exponentes de puro legalismo: Delito es lo prohibido por la ley. En este sentido conviene recordar la definición que el famoso jurisconsulto Tiberio Deciano daba en los promedios del siglo XVI: Factum hominis, vel dictum vel scriptum dolo vel culpa, a lege vigente sub poena prohibitum quod nulla justa causa excusari potest. (Un hecho, dicho o escrito del hombre, cometido con dolo o con culpa, prohibido por la ley vigente y que no esta legitimado por causa justa.) En el mismo sentido, con mayor o menor simplicismo, se orientan los utilitarios ingleses y algunos tratadistas como Romagnosi, Ortolan, Tissot, Garraud, etc.²⁰

Esta concepción puramente legalista estaba necesariamente condenada al fracaso, pues asignar el nombre del delito a lo que infringe la ley es encerrarse en un círculo vicioso, porque ¿que es lo que debe prohibir la ley? Y es que si no se resuelve este problema el delito vendrá a ser lo que quiera el legislador, y ello puede conducir a las absurdas exageraciones de que hablaba Montero. Es por ello que, aun dentro del plano legalista, algunos autores cuidaron de consignar algún requisito más aunado en sus definiciones el legalismo con notas de superior concepción. Así Carrara define el delito diciendo que es “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la

¹⁹ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. “Curso de derecho penal guatemalteco” Pág.124.

²⁰ Ibid



seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo y negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”.²¹

La introducción de estos dos últimos elementos, singularmente el segundo, elevan la concepción del maestro de Pisa sobre el plano exclusivamente legalista.

3.3 Nociones filosóficas, sociológicas y jurídicas del delito:

Al no poder responder ni acomodarse a las exigencias evolutivas del derecho criminal el concepto legalista de delito, los autores se orientaron a un sentido más filosófico, enumerando las mas importantes:

a. El delito en su aspecto moral: Su primera manifestación esta en la doctrina de los teólogos, que identifican al delito con el pecado. San Isidoro de Sevilla, el primer sabio español, se orienta en este sentido y Alfonso de Castro, este primer penalista no utiliza siquiera la palabra delito.

Como dice De León Velasco, “el verbo delinquir no ha nacido para el teólogo, que sigue diciendo pecar”. A los teólogos siguen algunos juristas, como Selden, que afirman que el delito es una acción mala, y algunos filósofos, como Leibnitz.²²

²¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. “Curso de derecho penal guatemalteco” Pág.125.

²² Ibid



La preocupación ética del delito culmina en Kant, si bien éste ya distingue entre pecado y delito, considerando que el primero abarca toda la ética, mientras que el segundo se refiere al minimum ético necesario para la convivencia social.²³

Siguiendo este criterio, Francisco Julian Oudot y Pedro José Proudhom definieron el delito como una acción contraria a la ley moral y a la justicia.²⁴

b. El delito como una infracción del deber: algunos penalistas, como Rossi, campeón del eclecticismo francés, definieron el delito como La violación de un deber, y en el mismo sentido se orienta Luis Proal, presidente que fue del Tribunal de Apelación de Riom, para quien el delito es la violación de un deber social exigido para la conservación de la sociedad...Pacheco, para quien el delito es un quebrantamiento libre e intencional de deberes.²⁵

Esta concepción del delito como violación de un deber ha sido universalmente abandonada, bien porque la idea del deber hace relación a un orden moral más que jurídico, bien principalmente, porque el objeto formal y específico del delito es el derecho.

c. El delito como infracción del derecho: Las críticas contra la anterior concepción culminan en Frank, a partir del cual se abandona el punto de vista de la moral y del deber y se relaciona el delito con el Derecho. En este sentido se habla por algunos,

²³ De León Velasco, Héctor Anibal y De Mata Vela, José Francisco. “Curso de derecho penal guatemalteco” Pág.127.

²⁴ Ibid

²⁵ Ibid.



como Ortolan, de una violación del Derecho y por otros como Pessina, haciendo una aplicación de la doctrina filosófica de Hegel, de una negación del Derecho. La crítica hizo observar, sin embargo que no es delito toda negación o violación del derecho, pues también lo viola o lo niega el deudor que se opone al pago de su deuda, sin que por ello constituya su hecho una infracción delictiva.²¹

Entonces se relaciona al delito con la idea de lo punible, diciéndose por Trumer que es delito la violación de un derecho castigado por el legislador con una pena. En esta orientación se coloca el P. Montes, para el cual el delito es la violación voluntaria del Derecho cuyo reestablecimiento exige una sanción penal. Con este nuevo aditamento quedan paliadas en algo las críticas que se hicieron contra esta dirección, pero de todas maneras resultan estériles los esfuerzos que tanto unos como otros hicieron para dar del delito un concepto in se independiente de los tiempos y lugares. La escuela positivista, como veremos en seguida, ante la esterilidad de los esfuerzos desplegados, intenta con Garofalo seguir decididamente otro camino, aunque no logra tampoco tener completa eficacia.²²

d. Nociones de carácter sociológico: La dirección sociológica está representada singularmente por los positivistas italianos. Convencida la escuela de que dirigidos todos los estudios a tratar del hombre delincuente quedaba en blanco y por examinar la noción de delito, que es precisamente presupuesto necesario para dar a un hombre aquel calificativo, se aprestan sus teorizantes acometer la empresa. El principal

²¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. “Curso de derecho penal guatemalteco” Pág. 129.

²² De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 129.



esfuerzo de los positivistas fue el llevado a cabo por Garofalo, con su teoría del delito natural y ciertamente la doctrina, no obstante la fuerte crítica a que luego se sometió, produjo una remoción de todos los postulados clásicos, dotando a su autor de acusada fama. Garofalo se encontró, al emprender su tarea, con que es imposible concebir un conjunto de acciones que en todos los tiempos y en todos los países hayan sido considerados como delictuosas.

El más horrendo crimen que conocemos -el parricidio- no ha sido ni en la actualidad universalmente estimado como tal. Las descripciones de los viajeros antiguos nos atestiguan, por ejemplo, que entre los sardos y los escandinavos primitivos la piedad filial obliga a los hijos a matar a sus padres enfermos o extremadamente ancianos, y hoy día algunas tribus, como los Babsas y los Neocaledonios, practican esta repulsiva costumbre.

Hay, pues, que abandonar el examen de los hechos universalmente odiosos y castigados en todo tiempo y lugar; pero entonces, ¿a qué se debe acudir? Garofalo contesta que la solución se encuentra en el análisis de los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas. Guiado por Darwin y Spencer, “llega a la conclusión de que solo hay dos sentimientos fundamentales el de piedad y el de probidad, y concebido ello así, define el delito de la siguiente manera: ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida media en que son poseídos por un grupo social determinado”.²³

²³ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 129.



De esta definición infiere Garofalo que los delitos naturales constituyen dos categorías:

Ofensas al sentimiento de piedad: Estas comprenden: 1.- Todos los actos que tiendan a producir un mal físico en las personas (homicidio, lesiones, etc.); 2.- Aquellos actos que producen a la vez un dolor físico y moral (la detención ilegal, el rapto, etc.) y 3.-

Aquellas acciones que producen un dolor moral (la calumnia, difamación, etc.).

Ofensas al sentimiento de probidad: Ellos comprendo los siguientes delitos: 1.- La agresión violenta contra la propiedad (robo, incendio, etc.) 2.- Los ataques de la propiedad sin violencia, pero con abuso de confianza (la estafa, el plagio, etc.), y 3.- Los ataques directos a la propiedad

Claro está que en estos dos fundamentales sentimientos no podía quedar encerrado todo el catalogo de hechos condenables. Hay hechos que, aunque no atacan a ninguno de esos dos sentimientos fundamentales, suponen un peligro para la organización política y es lógico que se castigue a tales hechos como delitos. Ahora estos ya no son delitos naturales, sino delitos legales o de creación política.

Entre estos delitos legales o de creación política deben figurar los siguientes:

- a) Las acciones que van contra el Estado (insurgencia, subversiones);
- b) Las acciones que atacan al poder social sin un fin político; (la resistencia a la autoridad, el contrabando, etc.);
- c) Las acciones que atacan a la tranquilidad pública, a los derechos políticos de los ciudadanos o el respeto debido al culto o al pudor público (violación del domicilio, las



ofensas a la religión, los actos obscenos en público, etc.) d) Las transgresiones legislación particular de un país (uso de armas, prostitución, etc.).

3.4. Desarrollo ulterior de la doctrina:

En un principio la tesis de Garofalo no satisfizo ni a los mismos positivistas, por recordar, en definitiva, la vieja división clásica de delitos mala in se o prohibita quia mala y delitos mala quia prohibita (malos en sí o prohibidos porque son malos y malos porque son prohibidos) y, además casi todos los delitos eran naturales. Con el tiempo, sin embargo, la critica interna de la Escuela se templó y las definiciones que presentan algunos tratadistas, como Ferri, Colajani y Durkheim, son, en esencia, análogas a la de Garofalo.²⁹ La dirección sociológica se continúa en Tosti y en Tarde y, en cierto sentido, en Von Liszt.³⁰

3.5. Crítica:

La tesis del delito natural ha sido enormemente criticada desde todos los sectores de la doctrina, hasta el extremo que Alimena, con frase dura, ha dicho que nos solo es arbitraria, sino completamente inútil y falsa ante la historia y la psicología. Las principales críticas que a la misma se han hecho son las siguientes:³¹

Es imposible hacer un catálogo exacto de los sentimientos en los que las ofensas a los mismos determinen el delito natural. La selección que hizo Garofalo era ciertamente caprichosa. ¿Por qué se deja fuera, por ejemplo, el sentimiento del pudor? además,

²⁹ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág.131.

³⁰ Ibid

³¹ Ibid

Garofalo eleva a la categoría de universal un concepto formado con los sentimientos que hoy parecen más fundamentales, sin tener en cuenta que no siempre ha sido así. Ha habido épocas, por ejemplo, en que el sentimiento religioso era más fundamental que el de piedad, y el crimen de herejía era el más grave. “La doctrina del delito natural sólo da una explicación de la criminalidad de una parte mínima de los delitos contenidos en el código. Por ello, decía Alimena que semejante dirección es inútil para el derecho penal”.²⁷ La expresión moralidad media debe de ser sustituida por la de moralidad mínima, pues, aquélla representa un máximo respecto de la delincuencia y el derecho penal representa el mínimo ético considerado como indispensable y suficiente para mantener el orden jurídico general en un determinado momento histórico de un pueblo dado.

3.6. Noción jurídica del delito:

Las definiciones legalistas que al principio apuntamos deben, no cabe duda, considerarse dentro del grupo que presenta una noción jurídica del delito, pero reservemos propiamente esta denominación para lo que se llama en la doctrina la construcción técnico jurídica de la infracción.

El movimiento penal que se concentra en el positivismo asumió toda la orientación de los penalistas en méritos de conseguir –aunque si fruto- un verdadero éxito en la lucha contra el crimen.

²⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág.130.

En su afán desmedido de estudiar al delincuente dejó casi en el aire, como dijimos, el examen del delito, que apenas hubiera sido analizado si no fuera por los famosos estudios de algunos otros teorizantes de la Escuela.

Con una visión correctora de los principios de la misma en esta cuestión surge en Alemania un potente movimiento denominado técnico-jurídico que, alejado de los extremismos positivistas, concentra todos sus esfuerzos casi en el examen lógico del delito, considerando como nervio y cuestión fundamental de todo el derecho punitivo. Es escasa la importancia que se da en el mismo a los otros temas de delincuente y sanción, que si se interesan algo más es solo cuando se les considera como elementos del delito.

Por ello, la dirección técnico-jurídica se sintetiza maravillosamente en la Teoría técnico-jurídica del delito, que alcanza plena relevancia dentro del derecho penal, hasta el extremo que casi ha venido a resumirse en ella.

3.7. Criterio técnico jurídico:

A decir de Mata Vela y De León Velasco “Una vez superada la crisis por la que atravesó el Derecho Penal en la segunda mitad del siglo pasado, (a decir verdad se refiere al siglo XIX cuando estuvo sometido a las más exageradas especulaciones del positivismo, principia a renacer la noción jurídica del delito, con el movimiento denominado técnico jurídico, que nació en Alemania y más tarde se extendió a Italia y luego a otros países de Europa, dicho movimiento, fruto de la dogmática alemana y del empleo del método analítico, se aparta de los extremos positivistas, para dedicarse de



lleno al examen lógico del delito, dando vida a lo que en la doctrina se ha denominado la construcción técnico jurídica de la Infracción, que a decir del notable jurista español Federico Puig Pena, se sintetiza maravillosamente en la Teoría Jurídica del Delito, que alcanza plena relevancia dentro del Derecho Penal, hasta el extremo de que casi ha venido a resumirse en ella”.³³

El inicio de esta nueva corriente, que se desarrolla en varias etapas, las cuales trataremos de describir cronológicamente puede principiar a contarse, desde las aportaciones que sobre el delito hicieron los penalistas alemanes: que construye la teoría del delito sobre bases estrictamente jurídicas, que con su teoría de las normas intenta llenar el vacío técnico de la Teoría Filosófica tomar a, y el precursor de la escuela sociológica alemana, profesor de la Universidad de Berlín, Franz Von Liszt que en el año de 1881 “define el delito como acción antijurídica y culpable castigada con una pena”.³⁴

La definición se mantiene inalterable, hasta el año de 1906 cuando el profesor alemán Ernesto Beling, en su trabajo Teoría del Delito descubre la tipicidad como uno de los caracteres principales del delito, quién además sostiene que la construcción del delito debe tomar sus elementos de la legislación positiva, que nos presenta tipos (figuras del delito); o sea, el concepto formal que por abstracción hace el legislador de los diversos hechos que son objeto de la parte especial de los Códigos Penales. Basándose en la tipicidad define al delito así: es una acción típica, contraria al derecho, culpable,

³³ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág.133.

³⁴ Ibid



sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad.³⁰

En el año 1915 el también los profesores alemanes, toman nuevamente la definición de actualizándola y retocándola, define el delito como acontecimiento típico antijurídico e imputable, en el año de 1931 el distinguido maestro de Munich, Edmundo Mezger, da una acabada construcción de la teoría jurídica del delito, al extremo que se consideró como el estudio más perfecto hecho sobre la misma.

En principio define el delito como acción típicamente antijurídica y culpable eliminando, el hecho de que esté sancionada con una pena, y luego después sometiendo a revisión su propia doctrina, presenta la definición en forma tricotómica, al decir que el delito es la acción típicamente antijurídica culpable y amenazada con una pena. Sus principales aportes son:

La teoría del tipo planteada, la ofrece no como medio de conocimiento, sino como la razón ascendente (ratio assendi) de la propia antijuridicidad, (estudio de la teoría del tipo dentro de la teoría de la antijuridicidad) razonado que toda acción antijurídica, para que tenga relevancia jurídico penal es necesario que exista un poderoso elemento, cual es el tipo, es por eso que se dice que necesita de acciones típicamente antijurídicas; así la tipicidad queda absorbida por la antijuridicidad.

Para él la antijuridicidad encuentra su expresión en dos notas, la cualidad de ajustarse la acción al tipo (que ya de por sí es antijurídico) y la de no estar comprendida en

³⁰ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 130.



ninguna de las causas de justificación. Concibe como elemento fundamental la culpabilidad bajo tres aspectos: la imputabilidad, las formas de culpabilidad y la inexistencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

Destaca la relación que existe entre los elementos del delito poniendo de relieve la Teoría de la Identidad, desechando por completo el sistema de la pura separación.

La teoría jurídica del delito ha dado vida a entusiastas partidarios y encarnizados enemigos. Los primeros la presentan como el ejemplo más acabado de la técnica que el pensamiento penal puede producir. Los segundos, la motejan de artificiosa, plagada de abusos de la lógica formal, llena de distinciones de la lógica y sutilezas que empañan la clara visión del Derecho, y sobre todo, inútil por cuanto reducida al simplismo moderno, no ha hecho más que remozar con nueva terminología la concepción de la escuela clásica.

De la opinión que tenga cada quien es indudable que la aparición de la teoría jurídica del delito sacó del oscurantismo al que había sumido a la ciencia del derecho criminal la concepción positivista amalgamándola a una especie de ciencia psico-social, al desasociar al derecho de un campo puramente abstracto y eminentemente teórico-conceptual al que debe limitarse la ciencia del derecho.

A decir de Mata Vela y De León Velasco “después de este movimiento técnico-jurídico para la construcción del delito, han surgido otros en el campo del Derecho Penal, tal es el caso de la Escuela de Kiel, en la Alemania Hitleriana, cuyos representantes son: Dahmy y Schafftein, consideración totalitarista, concreta, decisionista del delito, basada

en el pensamiento del orden concreto y en un método intuitivo, para quienes el delito es un todo orgánico una especie de bloque monolítico cuyos componentes no se pueden dividir y que su esencia es la traición o la infracción de un deber de fidelidad al estado, teoría que no ha sido aceptada, porque si bien es cierto que el delito no es una suma de elementos dispares, tampoco se puede retroceder a la simplicidad primera del delito, para estudiar sus elementos”.³⁶

Continua diciéndonos De Mata Vela y De León Velasco que “casi al mismo tiempo de la escuela de Kiel, en el año 1943 surge una concepción finalista para el estudio del delito, que penetra en América Latina y Chile, cuyo representante máximo es el profesor Bonn Hans Welzel, quien sostiene que cualquier acción humana, es una actividad final, porque el ser humano puede prever en cierta extensión, mediante su conocimiento causal, las posibles consecuencias de su actuar, plantearse diferentes metas y dirigir su actividad para conseguirla, siguiendo un plan; de esa manera la acción se convierte en un delito cuando lesiona el orden de la comunidad de una manera normada en los tipos legales, es decir, si es típica y antijurídica, y sí se le puede reprochar al autor si es culpable”.³⁷

Actualmente en España, los profesores tiende a rechazarlos por considerar que el finalismo conduce inevitablemente a una concepción intelectualista, exclusivamente racionalista del actuar humano, lo cual es inexacto, ya que es necesario tomar en

³⁶ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. “Curso de derecho penal guatemalteco” Pág.147.

³⁷ Ibid

cuenta para fijar el marco de la pena los estados emotivos o pasionales esos ingredientes emocionales del acto humano, con raíces profundas en la vida instintiva por otro lado, expone que el desarrollo del finalismo ha conducido a la dogmática alemana a exceso peores que los del más extremo método analítico y que hoy se acusa una fuerte reacción, su difusión fuera de Alemania es prácticamente nula.

De reciente creación en México, alrededor de la década de 1970, se ha iniciado una nueva corriente de estudio del campo penal, la que ha sido bautizada como Derecho Penal Pitagórico, ya que justificados en la anarquía doctrinal y la necesidad de orientar esta disciplina hacia una dimensión rigurosamente científica, pretenden aplicar fórmulas matemáticas, con ayuda de la lógica y las computadoras para el estudio del Derecho Punitivo. Entre sus principales representantes podemos mencionar a los profesores de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de México, con relación al delito, lo pretenden definir estructuralmente en base a la conducta (acción), la antijuridicidad y la culpabilidad, trasladando el estudio de la tipicidad y la punibilidad de la Teoría del Delito a la Teoría de la Ley Penal, postura desconcertante.

En este medio el criterio de mayor trascendencia y aceptación para la definición del delito, por considerarse el más aceptable dentro del campo penal, aún en estos días, ha sido el aportado por el movimiento técnico-jurídico, citando a De Mata Vela y De León Velasco "en la primera mitad del siglo pasado; sobre esa base, los más prodigiosos penalistas de la época han construido sus definiciones, variando, únicamente la forma de plantearlas, algunas veces se prescinde de la pena, de algún elemento característico, o bien, se añaden otros y casi se altera el orden en que quedan

enunciados, pero a la postre, todas responden al mismo criterio.”³⁸ planteando algunas de ellas:

“El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometidas a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella. El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”³⁹

El delito es un acto del hombre (positivo o negativo), legalmente típico, antijurídico, culpable, imputable a un sujeto responsable, en ocasiones previa determinación de condiciones objetivas de punibilidad y al cual se le impone una pena y/o una medida de seguridad. Jorge Alfonso Palacios Motta.

Es atinado mencionar la división del concepto delito en sus elementos tanto positivos como negativos para el exclusivo análisis educativo, citando a De Mata Vela y De León Velasco “a pesar de que actualmente es indiscutible la idea de que el delito en sí es un todo orgánico, un bloque monolítico que no puede escindirise, por cuanto está formado por una serie de elementos (positivos) que se relacionan entre sí para integrarlo jurídicamente, se hace necesario para solo efectos de enseñanza-aprendizaje desintegrarlo en sus elementos característicos para conocer su conformación tal y como lo instituyó la corriente técnica-jurídica; en ese sentido se

³⁸ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. “Curso de derecho penal guatemalteco” Pág. 145.

³⁹ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 145.

habla de una serie de elementos positivos, constitutivos de delito que son esenciales para su existencia y para afirmar la responsabilidad penal del sujeto activo; y en vía contraria se mencionan una serie de elementos negativos, que destruyen la conformación del delito desde el punto de vista jurídico, y en todo caso, eliminan la responsabilidad penal del sujeto infractor”.³⁵

La doctrina los describe de la siguiente manera:

1. Elementos positivos del delito:

- a. La acción o conducta humana.
- b. La tipicidad.
- c. La antijuricidad o antijuridicidad.
- d. La culpabilidad.
- e. La imputabilidad.
- f. Las condiciones objetivas de punibilidad; y
- g. La punibilidad.

2. Elementos negativos del delito:

- a. La falta de acción o conducta humana;
- b. La atipicidad o ausencia de tipo.

³⁵ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. “Curso de derecho penal guatemalteco” Pág.145.

- f. Las causas de justificación.
- g. Las causas de inculpabilidad.
- h. Las causas de inimputabilidad.
- i. La falta de condiciones objetivas de punibilidad; y
- j. Causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias.

El Código Penal Decreto 17-73 y sus reformas, contemplan los elementos negativos del delito en el título III; capítulos I, II y III con respecto a los elementos accidentales del delito se regulan las circunstancias que modifican la responsabilidad penal y se refiere a las circunstancias atenuantes y agravantes, capítulos I, II y III respectivamente, describiéndolas así:

3. Causas que eximen la responsabilidad penal:

Siendo las siguientes:

a. Causas de inimputabilidad: (Artículo 23):

El menor de edad.

Enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio.

b. Causas de justificación: (Artículo 24):

c. Legítima defensa.

d. Estado de necesidad.

e. Legítimo ejercicio de un derecho.

f. Causas de Inculpabilidad: (Artículo 25):

g. Miedo invencible.



h. Fuerza exterior.

i. Error.

j. Obediencia debida.

k. Omisión Justificada.

4. De las circunstancias que modifican la responsabilidad penal:

Circunstancias atenuantes: (Artículo 26):

a) Inferioridad psíquica.

b) Exceso de las causas de justificación.

c) Estado emotivo.

d) Arrepentimiento eficaz.

e) Reparación de perjuicio.

f) Preterintencionalidad.

g) Presentación a la autoridad.

h) Confesión espontánea.

i) Ignorancia.

j) Dificultad de prever.

k) Provocación o amenaza.

l) Vindicación de ofensa.

m) Inculpabilidad incompleta.

n) Atenuantes por analogía.

5. Circunstancias agravantes: (Artículo 27):

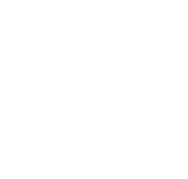
a) Motivos fútiles o abyectos.

b) Alevosía.



- c) Premeditación.
- d) Medios gravemente peligrosos.
- e) Aprovechamiento de calamidad.
- f) Abuso de superioridad.
- g) Ensañamiento.
- h) Preparación para la fuga.
- i) Artificio para realizar el delito.
- j) Cooperación de menores de edad.
- k) Interés lucrativo.
- l) Abuso de autoridad.
- m) Auxilio de gente armada.
- n) Cuadrilla.
- o) Nocturnidad y despoblado.
- p) Menosprecio a la autoridad.
- q) Embriaguez.
- r) Menosprecio al ofendido.
- s) Vinculación con otro delito.
- t) Menosprecio del lugar.
- u) Facilidades de prever.
- v) Uso de medios publicitarios.
- w) Reincidencia.
- x) Habitualidad.

Y agravantes especiales de aplicación relativa: (Artículos 28 al 34).





CAPÍTULO IV

4. Necesidad de agregar el supuesto que el dador del cheque haya cerrado su cuenta bancaria con el objeto de no hacer efectivo el mismo y reforma del Código Penal.

Se sabe que una de las más importantes fuentes del derecho es la realidad misma, considerada como los fenómenos sociales que obligan a la creación de normas jurídicas que respondan a la problemática actual.

Esta es la razón por la cual abordaremos el presente tema tratando de hacer un pequeño aporte.

4.1. Definición del problema:

El problema jurídico que plantea la presente investigación es el alcance limitado del Artículo 268 del Código Penal, al regular únicamente dos supuestos para la tipificación del delito de estafa mediante cheque, que son: quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes que expire el plazo para su presentación; ya que no regula el supuesto que el librador del título haya cancelado la cuenta con el objeto de no hacer efectivo el pago del mismo, coincidiendo todos los elementos que hacen posible su tipificación como delito de estafa mediante cheque por esta acción, que dentro de la practica tribunalicia esta siendo tramitado arbitrariamente como delito de caso especial de estafa basándose en el numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal, creando un vacío legal, y tramitando este supuesto por la vía del procedimiento común correspondiente al delito de caso especial de estafa, supuesto que de ninguna manera encaja dentro de dicha regulación .



4.2. ¿Por qué debemos investigarlo?

El momento coyuntural que subsiste demanda más que nunca al estado cumplimiento de sus funciones, como garante y protector de los derechos sociales, entre ellos la persecución de los ilícitos penales, su pronto esclarecimiento, la determinación de la responsabilidad penal y la imposición de la correspondiente sanción, con el objeto de mantener la paz social y restablecer el orden jurídico; es decir que cumpla con los fines del proceso penal, así también la restitución del daño causado al particular y por consiguiente a la sociedad.

Por su parte la clasificación de delitos de impacto social es por demás arbitraria, asumiendo que un ilícito cuyo efecto no impacte a un conglomerado o no perturbe la conciencia social es simplemente considerado irrelevante y por consiguiente se destinan pocos recursos para su persecución y esclarecimiento.

Ahora bien, la perspectiva de la parte agraviada puede ser muy diferente ya que esta es directamente afectada por las consecuencias del delito, y para ella causa un grave impacto. Algunos de estos delitos forman parte de los considerados de acción privada, los que solo pueden ser perseguidos por el sujeto legitimado es decir la parte agraviada, a través de un juicio de acción privada.

El delito de estafa mediante cheque es uno de ellos, y según el ordenamiento sustantivo penal guatemalteco se tipifica cuando: Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos antes de que expire el plazo para su presentación, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y



multa de quinientos a veinticinco mil quetzales, igual sanción se aplicará a quien endosare un cheque con conocimiento de la falta de fondos del librador.

Existen razones que justifican la clasificación de delitos de acción pública, pública a instancia de parte y privada, atendiendo a los principios de economía procesal, celeridad, inmediación, conciliación entre otros; aunque el verdadero problema radica en que algunos tipos penales limitan la acción a supuestos que son comunes pero no abarcan situaciones que en la practica se vuelven cotidianas, este es el caso del delito de estafa mediante cheque, que contempla el supuestos de dar en pago a una persona un cheque sin provisión de fondos o disponer de ellos antes que expire el plazo para su presentación, lo que deja sin regulación varias situaciones que pueden ser confusas o ambiguas o encuadradas en otras figuras delictivas equivocadas, limitando y entorpeciendo el esclarecimiento y aplicación de la justicia; tales como que el dador del cheque cierre la cuenta con el propósito de no hacer efectivo el mismo, encuadrando esta acción los jueces como caso especial de estafa y no como estafa mediante cheque aunque al no haber provisión de fondos en esa cuenta se dan todos los elementos de tipificación del delito de estafa mediante cheque.

4.3. Acción pública y acción privada:

Conviene entender de forma más detallada lo que es la acción pública y la acción privada así como sus características, para determinar su mejor aplicación al caso concreto, comenzado por el concepto mismo de acción:



4.4. La acción procesal:

Citando a Coture: “La acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir al órgano jurisdiccional para reclamar la satisfacción de una pretensión”.⁴¹

En palabras de la licenciada Crista Ruiz Castillo de Juárez: “El poder jurídico compete a la persona como atributo reconocido en la Declaración de Derechos del hombre aprobada por la asamblea de las Naciones Unidas en 1948.”⁴² este poder se reconoce en la Constitución Política de la República de Guatemala como el derecho de petición en el Artículo 12.

Los romanos argumentaban que la acción es el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe; enseñaron que formaba parte integral del derecho sustantivo el que, al ser analizado, permitía el análisis de la acción correspondiente desde el punto de vista procesal. Para los romanos los dos derechos, sustantivo y procesal, estaban íntimamente ligados, esto es, la acción tutela el derecho cuando se hace valer. En la actualidad la idea romana de mantiene al concebirse a la acción como la facultad de invocar la autoridad del estado para la defensa de un derecho.

El derecho es primero y la acción le sigue y, por esta causa es que la palabra acción se emplea en el derecho procesal de diversas maneras:

a. Sinónimo de derecho: Si bien es cierto que la palabra acción es usada atendiéndola como derecho, también lo es, que en lo procesal significa el medio que la ley

⁴¹ Ruiz Castillo de Juarez Garcia, Crista. “Teoría general del proceso” Pág.147

⁴² Ibid



proporciona a las personas para ejercitar en juicio el derecho que les compete, lo cual es muy distinto a considerarla como sinónimo de derecho y, si bien son correlativos derecho y acción, no son lo mismo.

b. Sinónimo de pretensión: La pretensión es lo que se desea se satisfaga, la declaración que otorga satisfacción al interés del accionante para que en la sentencia se haga realidad y realizaba los derechos protegidos por la ley.

Las expresiones: acción civil, acción penal, acción fundada, acción infundada, acción real, acción acertada o acción rechazada, contienen el sentido de ejercitar lo que se pretende con la declaración jurisdiccional; se trata de referir la pretensión de un derecho válido y que en nombre de ese derecho se promueve la demanda civil, penal, fundada, infundada, personal, real, acertada o rechazada, fuera de que la demanda es el escrito que contiene la acción y en el que se plasma el derecho por satisfacer; y.

c. Sinónimo de demanda: Esta acepción es la más confusa de las tres. La demanda, como escrito dirigido al juez, pone en ejercicio la acción y no es la acción misma; se deduce ante el juez lo que se desea declare o, como se indica en la ley procesal civil, la fórmula que explica y expone al juez los hechos en que se funda la acción y el derecho que ha de satisfacerse en la sentencia.

La demanda contiene los hechos que originan el conflicto y el derecho reclamado por medio de la acción para que se cumpla con la obligación o el derecho que asiste al reclamante. De ahí, que por la causa contenida en el contrato se origina la obligación,



de la obligación se origina la acción, de la acción se origina la pretensión y la pretensión se encuentra formulada en la demanda, como última consecuencia”.

4.5. Naturaleza jurídica de la acción:

Siguiendo a lo escrito por la licenciada Crista Ruiz Castillo de Juárez: “La relación existente entre el derecho y la acción hace que la naturaleza de ésta se determine por la del derecho; así, si el derecho es creado por el estado en las normas jurídicas que tutelan las personas, sus bienes y sus derechos, la acción surge de la misma causa . El estado fija en las normas jurídicas cuáles son los derechos que pueden reclamarse por medio de la acción”.⁴³ Esta circunstancia es la que engendra las tres clases de acciones reconocidas:

La personal: La acción personal significa que el demandante exige el cumplimiento de una obligación personal o reclama de otro que le de, haga o deje de hacer algo.

a. **La real:** La acción real es reclamar o hacer valer un derecho absoluto sobre una cosa, independiente de toda obligación personal del demandado; pertenece a este tipo de acciones los sucesos emanados del dominio y la propiedad y sus accesorios, ya muebles, ya inmuebles; y,

b. **La mixta:** por medio de la acción mixta, se reclama un derecho real, no absoluto e independiente, contra otro obligado de satisfacer y cumplir la obligación, comprendiendo tanto acciones personales como reales.

⁴³ Ruiz Castillo de Juárez García, Crista. “Teoría general del proceso” Pág.44



4.6. Clasificación del la acción:

La acción se clasifica atendiendo a varios criterios:

a. El derecho invocado.

Real: El actor pretende la tutela de un derecho de naturaleza real.

Personal: El actor pretende la tutela de un derecho de naturaleza personal.

Mixto: El actor pretende la tutela de u derecho de naturaleza real y personal.

b. El derecho pretendido reconocer:

Petitorio: Se pretende el reclamo de la propiedad de una cosa; y

Posesorio: Se pretende adquirir, retener o recobrar la propiedad de una cosa;

c. El tipo de proceso:

Ordinario: Hay amplitud en el proceso; su trámite y plazos son largos y con mayores oportunidades de ataque y defensa; existe una mayor garantía procesal;

Sumario: El trámite es rápido, con plazos breves y menores oportunidades de ataque y defensa;

Ejecutivo: El objeto consiste en hacer efectivo un derecho reconocido en una sentencia o en un título reconocido como ejecutivo; y,

Cautelar: Se pretende prevenir, asegurar y conservar bienes.

d. La materia que se invoca:

Civil.

Penal.

Laboral.



Contenciosa-administrativa.

Constitucional, etc.

e. La iniciativa de la demanda.

Pública: Es ejercida por los órganos del poder público o el Estado por medio del Ministerio Público;

Privada: Es ejercida por particulares.

Nominada: Se reconoce o tiene un nombre, tal como la acción reivindicatoria, posesoria, nugatoria, ordinaria, sumaria, ejecutiva, cautelar, real, personal, etc.; y,

Innominada: No se caracteriza por particulares especificaciones.

f. El Pronunciamiento del Tribunal:

Condenatoria: Cuando se persigue una sentencia condenatoria a determinada prestación de hacer o no hacer;

Declaratoria: cuando se busca una declaración favorable a una situación jurídica para eliminar la incertidumbre o la duda.

Constitutiva: Cuando se propone la creación, modificación o extinción de una situación jurídica;

Ejecutiva: Cuando se tiene por objeto el cumplimiento de una obligación impuesta en sentencia de condena o por otro título con fuerza ejecutiva; y

Cautelar: Cuando tiende al aseguramiento precautorio de situaciones o bienes.



4.7. La acción penal:

La acción penal es el recurso ante la autoridad competente, ejercida en nombre e interés de la sociedad, para llegar a la comprobación de un hecho punible, de la culpabilidad del delincuente y a la aplicación de las penas establecidas en la ley (Garud).³⁹

Naturaleza jurídica de la acción penal:

La acción penal nace cuando el titular tiene el derecho de acusar, ya sea el Estado o el particular, y que este derecho de accionar y acusar, se dirige hacia el tribunal que ostenta la facultad de administrar justicia, conforme a su jurisdicción y que tiene, además el derecho de imponer una pena.

La acción se dirige en contra del presunto culpable para que se desarrolle un proceso que lo condene o absuelva, en su caso, pero si se le condena, debe ejecutarse la pena. Conforme la ley procesal penal guatemalteca, en la actualidad, el derecho de accionar penalmente corresponde, esencialmente, al Ministerio Público, aunque puede ejercerla cualquier persona afectada por el delito siempre que acuda a dicho ente a iniciar su acción para que proceda a la investigación y persecución penal del delito y el delincuente. Esto nos permite inferir la existencia de dos tipos de acción penal.

a. Caracteres de la acción penal:

La acción penal se caracteriza porque es: Autónoma e independiente tanto del derecho abstracto de obrar del Estado mediante el ius puniendi, como del derecho concreto de

³⁹ Ruiz Castillo de Juarez Garcia, Crista. “Teoría general del proceso” Pág.48.

sancionar al delincuente; pública, porque se ejecuta contra todos los participantes de comisión del delito. Si la denuncia o querrela se presente en contra de uno de los posibles responsables, los efectos de la misma se extiende a todos los partícipes y, si se otorga el perdón a uno de ellos, en los casos permitidos por la ley, se favorece a la totalidad; Irrevocable, porque el titular de la acción penal carece de la facultad de abdicar o desistir de ella; al iniciarse el proceso debe terminar en sentencia o sobreseimiento. Si el titular es un particular y desiste del proceso, el efecto es que se le tiene por retirado del mismo pero, prosigue por todas sus fases con la intervención del Ministerio Público; y, Condenatoria, porque siempre será objeto principal imponer la sanción al responsable del hecho delictivo.

Periodos de la acción penal:

La acción penal se desarrolla en una serie de periodos que la ley procesal define como:

Periodo de investigación o de persecución penal. Este puede generarse de dos formas:

Extra proceso. Cuando se comete un hecho tipificado como delito, las autoridades competentes realizan la investigación y pesquisa del mismo, con la finalidad de presentar ante los tribunales de justicia, no solo la mayor parte de medios de prueba sino elementos suficientes de convicción al juez para que pueda decidir el inicio del proceso correspondiente.

La ley otorga al Ministerio Público y a las autoridades de seguridad pública, la labor de investigar los hechos y de acoplar los medios de prueba necesarios, sin dejar a un lado los que la parte agraviada pueda proporcionar.



La norma de esta etapa estriba en que presentada la denuncia o querrela ante un órgano jurisdiccional, quien ordena la investigación y practica las diligencias necesarias para esclarecer y determinar la responsabilidad del sindicado, es el Ministerio Público, empleando técnicas científicas y prácticas que tiendan a la consecución del objeto del proceso penal, Las investigaciones son prolongadas la mayor parte de las veces; sin embargo, cuando se ha iniciado el proceso es indispensable aclarar plenamente las situaciones de hecho contenidas en la denuncia o querrela.

El Código Procesal Penal y la Ley del Ministerio Público, establecen que corresponde al Ministerio Público la investigación previa de los hechos que le son denunciados por los afectados con el delito y, una vez pesquisados, es presentado el expediente que puede contener la denuncia o querrela respectiva, ante el órgano jurisdiccional. Para el efecto de la investigación y pesquisa, el Ministerio Público cuenta con el personal investigador propio.

En el proceso, el juez que conozca de la comisión de los hechos tipificados como delictivos y, como elemento esencial de la investigación, insta al Ministerio Público y al acusador particular, si lo hubiera, para que coadyuven con la pesquisa y ordena la práctica de diligencias que, a su juicio, terminarán por aclarar el suceso denunciado o querrellado. Esta etapa se denomina sumario;

Periodo de prosecución. Durante el periodo de prosecución y persecución de la investigación preliminar presentada por el Ministerio Público, el denunciante o querellante privado o adherido, es la oportunidad cuando se producen la mayor parte de

las actuaciones de naturaleza jurisdiccional, comenzando con la indagatoria de los hechos punibles y la detención de los sindicados y termina con la conclusión del periodo establecido por la ley en cuanto al sumario se refiere para decidir si prosigue con el proceso o se termina con liberar al acusado.

Periodo de acusación. Este periodo se produce cuando el proceso es abierto a juicio penal; la parte acusadora, la defensa del procesado y el Ministerio Publico, tienen discrecionalidad para pedir o no la apertura a prueba del proceso y aprobar mejores elementos de juicio o perfeccionar los aportados que tiendan a demostrar la culpabilidad o inculpabilidad del acusado.

El periodo concluye con el pronunciamiento de sentencia en la que el tribunal declara si se comprobó o no la participación del procesado teniendo, en todo caso, el acusador particular, el defensor, el encausado y el Ministerio Público derecho de impugnar la decisión jurisdiccional, la que será conocida por la Sala de la Corte de Apelaciones correspondiente. En el Código Procesal Penal este periodo abre el debate, una forma nueva del juicio oral que implementa y que concluye con la sentencia.

Periodo de ejecución. Una vez dictada sentencia condenatoria al imputado se inicia el periodo de ejecución por medio del cual la pena de prisión o de multa impuesta y las costas, en su caso, son hechas realidad.

Las dos primeras son ejecutadas por el juez de ejecución y, la última por el juez del conocimiento.



Proceso abreviado. Por el procedimiento abreviado es juzgada la participación de una persona en un hecho delictivo cuya pena de privación de libertad es menor de dos años o consiste en pena de multa, pudiendo el Ministerio Público de acuerdo con el acusado y su defensor, admitir el hecho descrito en la acusación para luego dictar sentencia sin más trámite el juez del conocimiento. Este sistema permite el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, el acusado, el defensor, el querellante adhesivo o las partes civiles; más las cuestiones de naturaleza civil no podrá discutirse en el proceso, sino ante un juez civil.

Proceso especial de averiguación. Se aplica en aquellos casos en que, por haberse interpuesto un recurso de exhibición personal, provoca al no culminar favorablemente se inste por la Corte Suprema de Justicia al Ministerio Público y a los interesados para determinar el suceso, generando la investigación y el procedimiento intermedio conocido por el juez competente designado, con la finalidad que concluidos los trámites normales del proceso penal se decida lo pertinente.

4.8. Titularidad de la acción penal:

La titularidad para ejercer la acción penal es determinada de dos maneras:

a. Por el principio dispositivo. El ejercicio de la acción penal corresponde y supedita al particular ofendido o no, agraviado o afectado por el hecho delictivo en ejercicio de la acción pública. Puede ejercitarse por medio de denuncia o querrela, escrita, ante la autoridad competente que puede ser un órgano jurisdiccional o el Ministerio Público.



El Código Procesal Penal y la Ley del Ministerio Público establecen que corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la persecución penal y la acción penal y, en consecuencia, a ésta institución deben presentarse las denuncias o querellas de los hechos delictivos para que los investigue y, una vez obtenidos los medios probatorios necesarios, presentarlas al órgano jurisdiccional pudiendo el ofendido adherirse a la acción como acusador particular. El sistema varía cuando se trata de delitos perseguibles a instancia de parte, por los cuales el agraviado ha de denunciar o querellarse contra del sindicado y, si es su deseo, pedir la intervención activa del Ministerio Público como sujeto del proceso.

Sin embargo, debe mencionarse la actuación del particular afectado para iniciar cualquier juicio por delito de acción privada, según disponen los Artículos 474 y siguientes del Código Procesal Penal; y,

b. Por el principio de oficiosidad o conocimiento de oficio. El Estado debe iniciar por medio del Ministerio Público y en ejercicio de la acción penal pública el proceso correspondiente contra quien se repute responsable de la comisión de un hecho delictivo; además, el inicio del proceso lo puede hacer el órgano jurisdiccional cuando, en pleno ejercicio de función, observa la comisión de un delito y debe hacer funcionar el ejercicio de la acción penal respectiva.

El Código Procesal Penal y la Ley del Ministerio Público se aclara, indican que corresponde al Ministerio Público la persecución penal contra los infractores de la ley por lo que investiga, recaba pruebas, presenta la denuncia o querella y persigue la acción penal por todos sus trámites y periodos.



4.9. Sistemas de acusación en la doctrina:

Cuatro son los sistemas de acusación reconocidos en la doctrina procesal penal:

- a. La acusación popular. Permite que cualquier persona, sea o no afectada u ofendida con el delito, inste la actividad jurisdiccional, desde que tiene conocimiento de su comisión;
- b. La acusación particular. Es llamada, también, acción penal en manos del ofendido; se produce ante la comisión de un hecho delictivo, de naturaleza privada o pública y es formalizada en el respectivo proceso. En caso se trate de la acción pública, el acusador particular puede desistir o renunciar a la misma ocasionando se le tenga por retirado del proceso más este continúa con la intervención del Ministerio Público. En caso se trate de acción privada, el acusador particular puede desistir o renunciar a la misma, y con ella termina el proceso;
- c. La acusación oficial del Ministerio Público. El Ministerio Público por imperativo legal, es el ente que, esencialmente, ejerce la acción penal y debe intervenir oficialmente en la investigación y persecución de los delitos ante los órganos jurisdiccionales; y,
- d. La acusación particular entre entes privados. Se otorga a las instituciones de naturaleza privada el ejercicio de acción penal para defender sus intereses en general por medio de quienes las representen legalmente.”

4.10. Acción pública:

Esta se dirige a la investigación e imposición, previa persecución en su caso, de la pena al responsable de cometer un hecho tipificado como delictivo de carácter público,



siendo ejercida por el Ministerio Público directamente o a instancia de parte afectada, quien tiene el derecho de adherirse a la acción como querellante; y,

4.11. Acción privada:

Esta se dirige a la investigación, persecución e imposición, en su caso, de la pena al responsable del delito de carácter privado y puede ser instada por la parte agraviada o por el Ministerio Público cuando conozca del hecho.

El Código Procesal Penal contempla la titularidad de la acción penal, exclusivamente, del Ministerio Público, quien debe ejercerla ante los tribunales de justicia; sin embargo, existe en este tipo de acción la obligación del afectado de dar noticia a dicha institución para que inicie la persecución penal en contra del responsable dejando se adhiera a ella como querellante forma; con relación al ejercicio de la acción privada, esta se ejerce por el agraviado o quien lo represente legalmente pero, el Ministerio Público, si se le solicita, interviene como parte en el asunto persiguiendo al responsable y recaba los medios probatorios necesarios. Tanto en uno como en otro caso, acuden al órgano jurisdiccional para ejercer la acción correspondiente.

4.12. Objeto y fines de la investigación:

El tipo penal de estafa mediante cheque únicamente regula como supuestos de del delito que el dador defraude al tenedor entregándole un cheque si provisión de fondos o disponiendo de ellos antes que expire el plazo para su presentación...El supuesto que



el librador de un cheque cierre la cuenta bancaria con el objeto de defraudar al librado haciendo imposible el pago del título de crédito no se encuentra regulado como delito de estafa mediante cheque en la legislación penal guatemalteca. Igualmente que los juzgados de instancia penal del municipio de Guatemala tramitan este supuesto como delito de caso especial de estafa, basándose en el numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal último párrafo que establece quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los artículos anteriores.

Lo que resulta en interpretación es arbitraria y perjudica la administración de justicia obligando a tramitar dicho supuesto por el procedimiento de acción pública, recargando la administración de justicia y retardando el cumplimiento de los fines del proceso y resarcimiento del daño causado a la víctima, por lo que es de suma necesidad revisar la legislación vigente y estudiar concienzudamente la necesidad de reformar la citada norma con el objeto de agregar el supuesto antes indicado favoreciendo así la aplicación de la justicia penal y el cumplimiento de los fines del proceso .





CONCLUSIONES

1. El sistema jurídico penal guatemalteco clasifica los delitos como acción privada, acción pública y acción pública a instancia de parte, clasificación arbitraria en cuanto a delitos de impacto social, la perspectiva de la parte agraviada en los delitos de acción privada es diferente, porque es afectada directamente por las consecuencias del delito, y para ella causa un grave impacto.
2. El sistema jurídico penal se ha caracterizado por ser engorroso y retardado, por la legislación que no se adapta a los cambios sociales y la falta de una plataforma fáctica e institucional que esté preparada para la aplicación de las correspondientes reformas, las que se implementan en la actualidad improvisadamente.
3. La clasificación errónea o deficiente de las figuras delictivas ocasionan que el sistema de justicia se recargue innecesariamente y malgaste preciosos recursos por deficiente administración; esto sucede al clasificar supuestos como de acción pública y tramitarlos por esta vía cuando por sus características y naturaleza.
4. En el caso concreto en que el agraviado directo es el acusador exclusivo, en los delitos de acción privada, los plazos son más cortos, promoviéndose la conciliación de las partes y buscando ante todo la economía procesal y el cumplimiento de los fines del proceso de una manera rápida.



5. Cuando el dador de un cheque cierra su cuenta para no hacerlo efectivo, se tipifica como delito de caso especial de estafa, encuadrando el supuesto erróneamente, tramitándose como delito de acción pública, consecuentemente se afecta al agraviado retardando el cumplimiento de la ley y resarcimiento del daño causado.

RECOMENDACIONES



1. El Estado de Guatemala debe revisar la clasificación de delitos existente, para adecuarla a la problemática social y responder a la necesidad de justicia de los particulares afectados por la comisión de un delito, para que vuelvan a tener fe en las instituciones del Estado.
2. El Congreso de la República de Guatemala es el encargado de aportar al ordenamiento jurídico penal guatemalteco una clasificación viable de un supuesto no regulado, tipificado de manera arbitraria y tramitado en la actualidad de manera ineficaz, a otra cuyas características le son idóneas, para mejorar la aplicación de la justicia penal.
3. El Estado de Guatemala por medio del Ministerio Público es responsable de la persecución penal de los delitos, como lo es el de estafa mediante cheque, así como la investigación y acusación misma, con el fin de lograr una mayor efectividad y debido a sus características, necesariamente debe ser incluido dentro de los delitos de acción privada.
4. El Estado debe maximizar sus recursos, aplicándolos a un procedimiento más económico y rápido por la vía del procedimiento de acción privada que corresponde al delito de estafa mediante cheque, descongestionando así el aparato de justicia, específicamente al Ministerio Público.

5. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 268 del Código Penal, agregando el supuesto que el dador del cheque, haya cerrado su cuenta bancaria con el objeto de no hacer efectivo dicho título de crédito; como delito de estafa mediante cheque y tramitarlo en el procedimiento de acción privada, para el resarcimiento del daño causado.





BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. Argentina: Ed., S.R.L. 1993.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 2da Ed., Desalma. 1951.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Argentina: Ed., Heliasta S.R.L. 1976.
- CARNELUTTI, Francisco. **Las miserias del proceso penal**. Argentina: Ed., Ejea. 1956.
- DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. **Títulos de crédito**. México: 2da ed., Ed. Harla. Tomo I. 1992.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal. Guatemala: **Derecho penal guatemalteco**. 11 ed. Ed., Llerena, 1999.
- FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. España: Ed., (S.F) Labor, S.A. 1960.
- RUÍZ CASTILLO DE JUÁREZ GARCÍA, Crista. **Teoría general del proceso**. Guatemala: Ed., (S.F) Guatemala.
- VILLEGAS LARA, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: 4ta ed., Vol. III Ed., Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1988.

Legislación:

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

Código Penal. Decreto 17-73 Del Congreso de la República de Guatemala.
Vinicio Cerezo Arévalo, Presidente de la República de Guatemala.



Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.
Jorge Serrano Elías. Presidente de la República de Guatemala.

Código de Comercio. Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala. 1989.
Julio César Méndez Montenegro. Presidente de la República de Guatemala.