

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS LEGALES QUE DEBE INCLUIR LA  
AMPLIACIÓN DE LAS DIFERENTES FORMAS DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE**

**GLORIA PATRICIA CASTAÑEDA GARZA**

**GUATEMALA, OCTUBRE DE 2014**

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS ELGALES QUE DEBE INCLUIR LA  
AMPLIACIÓN DE LAS DIFERENTES FORMAS 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**

**GLORIA PATRICIA CASTAÑEDA GARZA**

**Previo a conferírsele el grado académico de**

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**Guatemala, octubre de 2014**

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Luis Fernando López Díaz

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



**Lic. OTTO RENE VICENTE REVOLORIO**

**Abogado y Notario**

**Posgrado en Derecho Constitucional Comparado**

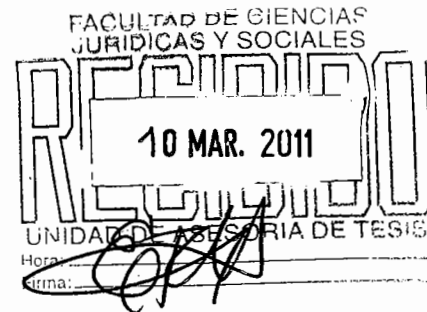
5 Av. 14-62 Zona 1 Of.307 Guatemala. Tel. 57044504 – 50748242

Correo: ottovrderecho@yahoo.com



Guatemala, 10 de marzo 2011.

**Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**



**Distinguido Licenciado:**

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que en mi calidad de asesor de Tesis de la Bachiller **GLORIA PATRICIA CASTAÑEDA GARZA**, he procedido a asesorar metódica y técnicamente al estudiante en desarrollo de su tesis titulada: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS LEGALES QUE DEBE INCLUIR LA AMPLIACIÓN DE LAS DIFERENTES FORMAS DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE"**

**EXPONGO**

- A) El contenido científico y técnico del trabajo de investigación, se centra en el título de crédito denominado cheque, así como la relación existente entre el derecho mercantil y el derecho penal, al momento de analizar el delito de estafa mediante cheque y los vacíos legales que existen respecto al uso del mismo y sus efectos negativos al momento del que librado no pague el monto dinerario establecido en el mismo.
- B) En el desarrollo y preparación del trabajo de tesis, la sustentante utilizó métodos de investigación diversos, como lo son el método científico y el método histórico, así mismo utilizó variedad de técnicas de investigación y se apoyó en extensa bibliografía.
- C) Se corroboró la utilización correcta y docta del lenguaje y el léxico técnico jurídico propia de un profesional de las ciencias jurídicas.
- D) Respecto a la contribución científica, surge de la necesidad de analizar las diferentes formas en que el librador de un cheque, puede sorprender la buena fe de la persona que se da por bien pagado, al recibir un título que no será pagado por el librado, es decir que no solo la posesión de los fondos es la única manera de cometer el delito de estafa mediante cheque, sino existen otros supuestos que deben de ser incluidos en la norma penal.

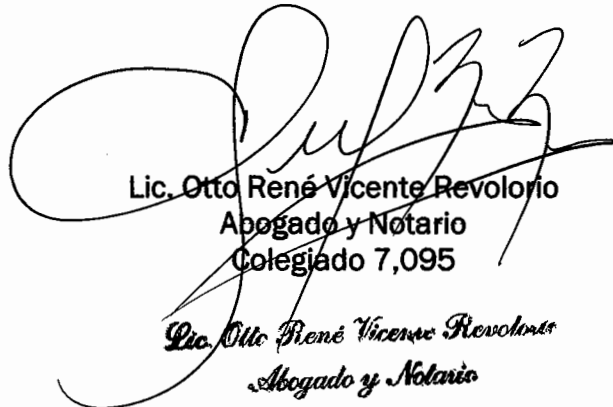


**Lic. OTTO RENE VICENTE REVOLORIO**  
**Abogado y Notario**  
**Pos grado en Derecho Constitucional Comparado**  
5 Av. 14-62 Zona 1 Of. 307 Guatemala. Tel. 57044504 = 50748242  
Correo: ottovrderecho@yahoo.com



- E) La estructura y contenidos del trabajo de tesis realizado por la sustentante reúne y satisfacen plenamente todos los requisitos reglamentarios y de aportación científica a las ciencias jurídicas, tratando un tema de importancia, actualidad y valor para la práctica jurídica, esgrimiendo justificaciones y argumentos válidos, siendo la base para formular las conclusiones y recomendaciones concretas que convierten el trabajo de tesis en material dable a la discusión para reformas normativas específicas que pueden traducirse en cambios notorios.
- F) Se cumple con los requisitos plasmados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de nuestra Facultad. De lo expuesto me permito extender DICTAMEN FAVORABLE al trabajo de mérito y se continúe con la revisión de la misma.
- G) Concluyo informando y dictaminando a usted, que es procedente ordenarse su revisión y en su oportunidad su discusión en Examen Público de Tesis en nuestra gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Con la manifestación expresa de mi respeto, soy de Usted, su deferente servidor.



Lic. Otto René Vicente Revolorio  
Abogado y Notario  
Colegiado 7,095

*Lic. Otto René Vicente Revolorio*  
*Abogado y Notario*



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, trece de junio de dos mil once.

Atentamente, pase al ( a la ) LICENCIADO ( A ): **JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del ( de la ) estudiante: **GLORIA PATRICIA CASTAÑEDA GARZA**, Intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS LEGALES QUE DEBE INCLUIR LA AMPLIACIÓN DE LAS DIFERENTES FORMAS 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 MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS**

cc. Unidad de Tesis  
CMCM/ brsp.

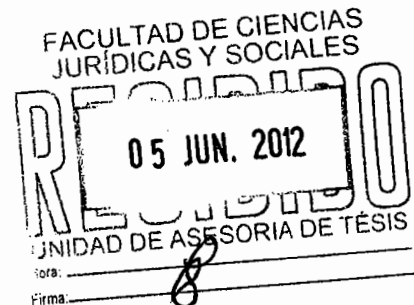


**LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS**  
**Abogado y Notario – Col 4713**  
**Pos grado en Derecho Constitucional Comparado**  
5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 307. Comercial Esmol  
Teléfono. 54066223



**Guatemala, 14 de Noviembre de 2011.**

**Licenciado :**  
**Carlos Manuel Castro Monroy**  
**Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Presente.**



Respetable Licenciado.

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha trece de junio del año dos mil once, en el cual se me faculta para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como Revisor de Tesis de la Bachiller **GLORIA PATRICIA CASTAÑEDA GARZA**, me dirijo a usted haciendo referencia a la misma con el objeto de informar mi labor y oportunamente emitir dictamen correspondiente, en relación a los extremos indicados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se establece lo siguiente:

I) El trabajo de tesis se denomina **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS LEGALES QUE DEBE INCLUIR LA AMPLIACIÓN DE LAS DIFERENTES FORMAS DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE ”**.

II) Al momento de revisar el trabajo sugerí correcciones que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado, las cuales en su momento se corrigieron, constando la presente tesis en cuatro capítulos realizados en un orden lógico y siendo un tema social y jurídicamente importante, realizar un aporte invaluable.

En relación a los extremos indicados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público se establece lo siguiente: a) **Contenido científico y técnico de la tesis:** La sustentante abarcó tópicos de importancia en materia del derecho notarial y registral enfocado desde un punto de vista jurídico- Penal y Mercantil por ser un tema importante que se refiere precisamente a los elementos que deberían de incluirse en las diferentes formas de estafa que regula



**LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS**  
**Abogado y Notario – Col 4713**

**Pos grado en Derecho Constitucional Comparado**

5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 307. Comercial Esmol

Teléfono. 54066223



el código penal específicamente con el título de crédito el cheque; b) La metodología y técnicas de la investigación: Para el efecto se tiene como base el método Deductivo, inductivo, analítico, así como las técnicas de investigación, siendo la bibliográfica y documental, ya que través de los cuales se estudio el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente para comprender cuales son los elementos o componentes característicos de la problemática que enfrentan los tenedores de un cheque que no puede ser cobrado; c) La redacción: la estructura formal de la tesis, se realizó en una secuencia ideal empezando con temas que llevan al lector poco a poco al desarrollo del tema central para el buen entendimiento del mismo; d) Contribución científica: el presente trabajo en su desarrollo constituye como un aporte jurídico penal, mercantil y científico, que ha cumplido con todo el procedimiento del método científico; e) Conclusiones y recomendaciones: Las mismas obedecen a una realidad jurídica. Conclusión importante a la cual arribó la sustentante es en el derecho mercantil la institución del cheque genera controversia al considerarse efectivamente que el cheque es un equivalente al papel moneda, la persona que lo recibe se da por bien pagado, asumiendo que tiene fondos en la institución bancaria, conclusiones y recomendaciones que comparto con la autora puesto que las mismas se encuentra estructuradas al contenido del plan de investigación y están debidamente fundamentadas. Además se comprobó que la bibliografía fuera la correcta, que los métodos y técnicas fueron aplicados adecuadamente, en virtud que con ellos, se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo.

IV) En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que **APRUEBO**, ampliamente la investigación realizada, por lo que con respecto al trabajo realizado por la sustentante, Bachiller **GLORIA PATRICIA CASTAÑEDA GARZA**, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un importante aporte.

Sin otro particular, me suscribo de usted con muestras de mi consideración y estima.

**LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS.**

**Abogado y Notario**

**Col.: 4713.**

Licenciado

Jaime Rolando Montealegre Santos

Abogado y Notario





**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 22 de septiembre de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante GLORIA PATRICIA CASTAÑEDA GARZA, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS LEGALES QUE DEBE INCLUIR LA AMPLIACIÓN DE LAS DIFERENTES FORMAS 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/srrs.





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Mi hacedor, mi luz y guía.
- A MIS PADRES:** Alfonso y Gloria, por su inmenso amor y apoyo incondicional, siendo los pilares que me sostienen día con día y por su ejemplo y abnegación.
- A MIS HIJOS:** Víctor Alfonso y Luis Alfonso, porque son la principal razón de mi ser, de todos mis logros y esfuerzos, por su amor, paciencia y sacrificio, en este logro que no ha sido fácil, porque sin su apoyo y comprensión, nunca lo hubiera alcanzado.
- A MIS HERMANOS:** Estuardo, Víctor, Elisa, por acompañarme en los momentos de alegría y darme palabras de aliento en los momentos difíciles.
- A MI CUÑADO:** Por su apoyo y compartir momentos especiales.
- A MIS SOBRINOS:** Angie, Dulce, Lucia, Javier y Valeria por los momentos de alegría, que me motivaron de sobremanera.
- A MIS PADRINOS:** Ludwig y Elsa, por brindarme en todo tiempo su cariño y apoyo incondicional.
- A MIS TÍOS Y PRIMOS:** Por haberme acompañado dándome su apoyo en todo momento. Especialmente a: familia Castañeda Méndez, familia Garza Sagastume, Boris, Luz María, Dalia, Alberto, Ludito,
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS:** Que me brindaron su apoyo incondicional. Especialmente a: Charly, Gaby, Yanci, Ronal, Ednar, Giovanni, Marla, José Carlos, Boris, Lili, Mónica, Rosario.



**A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme brindado todos los conocimientos adquiridos durante este tiempo, por medio de cada uno de los catedráticos.

**A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser la casa de estudios que me forjó durante este tiempo.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. El surgimiento del derecho mercantil.....	1
1.1. El derecho mercantil y su naturaleza jurídica.....	3
1.2. Fuentes principales del derecho mercantil.....	7
1.3. La separación entre el derecho civil y mercantil .....	8
1.4. La relación mercantil.....	9
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. La institución del cheque en Guatemala .....	13
2.1. Los títulos de crédito.....	15
2.2. El protesto.....	24
2.3. Clasificación de los títulos de crédito .....	24
2.4. La institución del cheque .....	25
2.5. Análisis legal del cheque .....	32
<b>CAPÍTULO III</b>	
3. El delito en el derecho penal guatemalteco.....	41
3.1. El derecho penal.....	41
3.2. La ley penal como disposición estatal .....	47



	<b>Pág.</b>
3.3. La teoría del delito como instrumento conceptual .....	49
3.4. El delito .....	52
<b>CAPÍTULO IV</b>	
4. Análisis jurídico de los elementos que debe incluir la ampliación del delito de estafa mediante cheque .....	57
4.1. La relación tripartita en el uso del cheque .....	58
4.2. Las diferentes formas de creación del título .....	58
4.3. El delito de estafa y el delito de estafa mediante cheque .....	63
4.4. Análisis de los elementos del delito de estafa mediante cheque .....	70
4.5. Algunos aspectos de las acciones procesales a seguir ante la incobrabilidad de un cheque .....	72
4.6. Importancia de una reforma relativa a la tipificación del delito de estafa mediante cheque .....	75
4.7. Reforma del Artículo 496 del Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala .....	79
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>83</b>
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	<b>85</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>87</b>



## INTRODUCCIÓN

El cheque se utiliza en la realización de negociaciones civiles y mercantiles, como un título de garantía y medio de pago, de tal forma que la persona que lo recibe asume que al presentarse a la institución bancaria que corresponda se hará efectivo el pago del cheque.

Pese a que las leyes nacionales garantizan protección a los portadores de títulos de crédito, no es posible asegurar el pago de cheques cuando se giran a través de talonarios de cuentas que se encuentran canceladas en el banco, constituyendo en la legislación actual el delito de estafa, ya que este presupuesto jurídico no se encuentra regulado en el tipo penal de estafa mediante cheque.

En tal sentido, la presente investigación cumplió los objetivos planteados al delimitar los supuestos jurídicos que debe contener el delito de estafa mediante cheque y determinar la voluntad del sujeto activo, cuya intención es defraudar el patrimonio de una persona, para lo cual se propone adicionar el Artículo 268 del Código Penal guatemalteco, incorporando el supuesto que permita tipificar como delito de estafa mediante cheque cuando la cuenta del librador se encuentre cancelada en la institución bancaria.

A través de la investigación, fue posible comprobar la hipótesis planteada sobre la necesidad de ampliar las diferentes formas de estafa por medio de cheque a terceros, quienes lo reciben de buena fe, limitando de esta forma el dolo con el cual actúa el sujeto activo del delito.



En el capítulo uno se realiza una descripción general del derecho mercantil, sus fuentes y su separación del derecho civil. El capítulo dos desarrolla lo relativo a la institución del cheque en Guatemala, abordando sus diferentes formas y realizando un análisis legal del mismo. El capítulo tres por su parte se refiere al derecho penal guatemalteco, a la ley como disposición estatal y a los elementos que componen la teoría general del delito y el capítulo cuatro realiza un análisis jurídico de los elementos que debe incluir la estafa mediante cheque, proponiendo una redacción para la adición del supuesto de que el cheque emitido corresponda a una cuenta cancelada.

Para el desarrollo de la investigación se utilizaron los métodos analítico y deductivo, los cuales permitieron conocer las distintas doctrinas que sobre el fenómeno objeto de la investigación, existen en el ámbito social. En cuanto a las técnicas, se utilizó la bibliográfica y documental, las cuales permitieron recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio.

El presente trabajo se constituye como un aporte para los legisladores en el país, el cual busca prevenir la comisión del hecho delictivo de estafa mediante cheque y colaborar en la persecución eficaz del mismo.



## CAPÍTULO I

### 1. El surgimiento del derecho mercantil

Históricamente, el derecho mercantil ha evolucionado del comercio y el trueque fue su primera manifestación primitiva de pago; sin embargo, el desarrollo social y económico varió las relaciones comerciales, transformándolas constantemente y haciéndolas cada vez más efectivas.

Existen diferentes sucesos históricos que reflejan los primeros intentos de la humanidad por regular las transacciones mercantiles. Entre éstos se pueden mencionar al derecho romano, a través del cual se sentaron las bases de la aceptación de la contabilidad bancaria rudimentaria. Sin embargo durante el dominio del Imperio Romano, el derecho mercantil no fue una rama independiente del derecho civil.

La progresiva división del trabajo, condicionó las relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil. Con la aparición del mercader, quien sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hizo circular productos llevándolos al consumidor; posteriormente surge el comerciante, cuya función específica era la circulación de bienes o de moneda, en sociedades que ya contaban con este avance.

Es en la Edad Media cuando el derecho mercantil cobra independencia del derecho civil. El comercio tiene una fuerte evolución al surgir las diversas asociaciones y



gremios de mercaderes de las ciudades medievales. Durante la alta edad media, se destacan algunos tratados, siempre relacionados con leyes comerciales marítimas, como pueden ser las famosas leyes de Wisby asentadas sobre Escandinavia, o también la obra conocida como Guidon de la mer, de origen francés y autor desconocido, que concretaba numerosas reglamentaciones en torno al comercio marino.

“Posteriormente surgirían diferentes legislaciones repartidas por toda la geografía europea, destacando la de Burgos del año 1538, o las de Sevilla de 1554 o la de Bilbao en 1737 varios siglos después. Todas estas regulaciones trataban de mantener un orden sobre el comercio justo, pero no tenían valor vinculante ni eran perseguidos sus infractores por los gobiernos”.<sup>1</sup>

La riqueza que se produce y adquiere la categoría de mercancía, en la medida en que es intercambiada, da el comienzo a las actividades de tipo comercial, sin adentrarse en una normativa. Es así como crece la afluencia de los comerciantes, los clientes y los productos transformando a la humanidad en sociedades industriales y de consumo, ante lo cual el comerciante y su quehacer cobra vital importancia.

Con el desarrollo de la sociedad se generaron necesidades más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir la evolución de la civilización.

---

<sup>1</sup> Antecedentes.net. **Antecedentes del derecho mercantil.** Disponible en. <http://www.antecedentes.net/antecedentes-derecho-mercantil.html>. (15/12/2013)



## 1.1. El derecho mercantil y su naturaleza jurídica

El derecho mercantil, como rama del derecho general, es de reciente creación si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas, siendo de naturaleza privada.

La venta de mercancías que satisfacen las necesidades de la población, tiene un valor de cambio y se producen con ese objetivo. En principio, ese intercambio de producto por producto se realizó por trueque.

Con el surgimiento de la moneda como representativa de un valor, se consideraron las bases para el ulterior desarrollo del comercio y como toda actividad de la vida humana, no puede dejar de ser regulada por el derecho.

La ley mercantil ya no se refería exclusivamente a los sujetos, sino a una serie de relaciones jurídicas tipificadas por códigos mercantiles, cualquiera fuera el sujeto que resultaba dentro de las mismas. los actos o negocios, que la ley califica como mercantiles venían a ser la materia jurídica mercantil. <sup>2</sup>

El derecho romano no generó el derecho mercantil autónomo, ellos crearon el *Ius Civile*, que era un derecho destinado a normar la actividad privada de los ciudadanos, fuera o no de carácter mercantil. En Roma no existió la división entre derecho civil y

---

<sup>2</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 30.

derecho mercantil sino que el ius civile se encargaba de regular cualquier aspecto que se diera entre los ciudadanos romanos. En este punto es importante considerar que el derecho romano separaba el derecho aplicable a los ciudadanos romanos (ius civile), del derecho que se aplicaba los extranjeros (ius gentium).

Desde una concepción subjetiva, René Arturo Villegas Lara expone respecto al derecho mercantil: “el derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional. Se le conoce como subjetivo porque el elemento principal a tomar en cuenta es el sujeto que interviene en el movimiento comercial. Desde una concepción objetiva, el derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios que rigen los actos objetivos de comercio.”<sup>3</sup>

Es en la Edad Media cuando surge la diferencia de las dos ramas de derecho privado, en esa época surge la burguesía comerciante como un nuevo estrato social relevante en las culturas europeas y surge la profesión del mercader, quien transforma profundamente la organización económica de los países.

La irrupción de esta clase social en la composición de la sociedad, marca una etapa transformadora en todo lo que rodea a su poder de inducir cambios radicales en la riqueza comercial.

---

<sup>3</sup> **ibid.**



Es la monarquía quien estimula a los comerciantes en su actividad, de allí es donde nace el derecho mercantil. Los aportes importantes de esa etapa son:

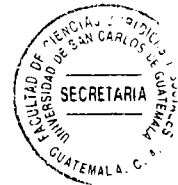
- Letra de cambio
- La consolidación de diversos tipos de sociedades mercantiles
- Fomento del contrato de seguro
- Registro del registro mercantil, entre otras.

Lo más importante es que el derecho mercantil se transformó en un derecho autónomo del derecho civil, separándose de una vez por todas, tomando sus propios matices fundamentándose en la buena fe, en el tráfico comercial seguro, en la facilidad y poco formalismo de sus transacciones.

El derecho mercantil es un derecho relativamente nuevo y se destaca por las siguientes características:

- a. Seguridad jurídica

Basados en la observación estricta de que la negociación mercantil tiene como fundamento, la verdad sabida y la buena fe guardada.



b. Tiende a ser internacional

Porque en el desarrollo de las actividades comerciales, es decir que la producción de bienes y servicios es para el mercado interno o internacional.

c. Poco formalista

Se establece que es poco formalista, debido a que los negocios mercantiles se concreta con simples formalidades y no son contratos solemnes, con algunas excepciones tales como las sociedades y los fideicomisos.

d. Adaptabilidad

La actividad jurídica comercial en que se desenvuelve el ser humano cambia día a día, es por ese motivo que las formas de comerciar se desenvuelven progresivamente debiendo adaptarse a las condiciones reales.

e. Rapidez

Esta característica, destaca que la actividad desarrollada por el comerciante, debe ser realizada en el menor tiempo posible. Es menester que ningún acto posterior pueda desvincular lo que las partes han querido al momento de obligarse en una negociación mercantil.



## 1.2. Fuentes principales del derecho mercantil:

Dentro de las fuentes del derecho mercantil se encuentran:

- La costumbre, que se le conoce como usos mercantiles. La costumbre interpretativa que sirve para clarificar o interpretar el sentido de una norma contractual o de derecho vigente, pero no produce derecho.
- Seguramente se encuentra la jurisprudencia, cuya función es adecuar correctamente la norma al caso concreto, es interpretar el derecho vigente preexistente.
- Como fuente principal se encuentra la ley, puesto que es necesario regular cada una de las instrucciones del derecho mercantil y especialmente en Guatemala donde nuestro sistema legal es eminentemente positivista.
- La doctrina, es una fuente coadyuvante en la interpretación del contexto legal, lo cual se encuentra contemplado en la Ley del Organismo Judicial.
- El contrato es fuente del derecho mercantil en la medida en que recoge convenciones de los particulares, provenientes de la esfera de la autonomía de la voluntad. El contrato es ley entre las partes.



El derecho mercantil se encuentra fundado en varios principios, dentro de los cuales se encuentran:

- Toda prestación se presume onerosa
- La intención de lucro
- La buena fe
- La verdad sabida.
- Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más seguras la circulación.

Debe destacarse que los principios de la verdad sabida y buena fe guardada, son fundamentales en el desarrollo de actividades comerciales, puesto que es allí donde las partes que se obligan tácitamente conocen la verdad, sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar. Para no darle una interpretación distinta a los contratos, ya que de otra manera se destruiría la seguridad del tráfico de relaciones comerciales.

### 1.3. La separación entre el derecho civil y mercantil

Dentro de los factores que ayudaron a la separación del derecho civil y el derecho mercantil, pueden enunciarse los siguientes:



- El derecho mercantil tiende a ser internacional, ya que ésta es una característica propia del comercio.
- La existencia de los llamados títulos de crédito solo pueden funcionar dentro de un derecho flexible, rápido y poco formalista como el derecho mercantil.
- El origen de la codificación varía del derecho civil al mercantil.
- La ley mercantil siempre deviene de lo empírico, de lo factico, de las prácticas comerciales que preceden al concepto teórico. El derecho civil postula exigencias de una profunda cohesión en la sistematización de los conceptos más generales.
- Los negocios a distancia provocan problemas que en el derecho civil no se resuelven de una forma rápida, mientras que por la naturaleza del derecho mercantil es necesario regular prontas soluciones.
- Los negocios mercantiles se desarrollan en masa, a diferencia de los civiles que generalmente son aislados. Ello por la tendiente característica del comercio a la producción y consumo en masa.

#### 1.4. La relación mercantil

La relación mercantil no es más que aquella que surge entre al menos un comerciante y otro comerciante o bien una persona cualquiera, o bien la relación que surge entre dos personas ordinarias cuyo objeto tiene carácter mercantil y no civil.

Para comprender este tipo de relación en primer lugar se debe definir y analizar a los sujetos del derecho mercantil, en los que encontramos:





Comerciante Individual: son aquellas personas que teniendo capacitada legal para ejercer el comercio, hacen de el su ocupación ordinaria.

El comerciante como profesión implica que esta actividad comercial no sea eventual sino que los actos comerciales sean realizados de un modo habitual, reiterado y repetitivo. No importando si ello lo realiza de manera independiente o asociado con otro tipo de personas también dedicadas al mismo tipo de actividades.

El artículo 2 del Código de Comercio establece: son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividad que se refiere a lo siguiente:

1. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y prestaciones de servicios.
2. La intermediación en la circulación de bienes y la prestación de servicios.
3. La banca, seguros y fianzas.
4. Los auxiliares de los anteriores.

Si bien es cierto que enumeran las actividades propias del comercio, básicamente en Guatemala la definición de comerciante es lo suficientemente amplia para incluir a cualquier persona que mediante el ejercicio de actividades legales se provea de algún tipo de lucro, siendo un requisito que la persona sea capaz para obligarse y contratar.

Para ello, el Código de Comercio regula las formas de constitución de los comerciantes colectivos mediante la creación sociedades comerciales. Esta siempre es una opción para el comerciante y es requisito si la ley así lo establece, como las actividades de banca, para lo cual la ley requiere que este tipo de comerciantes se constituyan como Sociedades Anónimas.

El Artículo seis del Código de Comercio preceptúa: “Tiene capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse”.

El artículo hace referencia a las personas mayores de edad que se encuentren en el libre ejercicio de sus derechos civiles. Ésta es la llamada capacidad de derecho, la cual se adquiere con la mayoría de edad y su único impedimento consiste en las causales que para el efecto prevé el Código Civil.

El mismo texto legal en el en su Artículo siete establece: “Cuando un incapaz adquiera por herencia o donación una empresa mercantil o cuando se declare en interdicción a un comerciante individual, el juez decidirá con informe de un experto, si la negociación ha de continuar o liquidarse y en qué forma, a no ser que el causante hubiera dispuesto algo sobre ello, en cuyo caso se respetara la voluntad en cuanto no ofrezca grave inconveniente a juicio del juez”.



Cualquier guatemalteco o cualquier persona con nacionalidad comerciante, siempre que tenga capacidad para obligarse y contratar, respecto a esto el Artículo ocho establece: Los extranjeros podrán ejercer el comercio y representar a las personas jurídicas, cuando hayan obtenidos su inscripción de conformidad con las disposiciones del presente Código. En estos casos, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los guatemaltecos, salvos los casos determinados en las leyes especiales.

Se puede observar que la nacionalidad no es un requisito ni impedimento para ejercer el comercio. Al respecto cabe recordar que el derecho mercantil tiende a ser internacional y debido a la globalización es común que comerciantes internacionales tengan sus sedes comerciales en varios países. Al respecto la ley no les impone mayores restricciones que las establecidas en la misma ley. En Guatemala se pueden asentar comerciantes extranjeros individuales o bien pueden tener sedes comerciales personas jurídicas que hayan sido constituidas en otros países siendo los únicos requisitos los que establece el mismo Código de Comercio, tales como tener un mandatario asentado en el país.

El Estado, sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, las municipalidades y en general, cualesquiera instituciones o entidades públicas, no son comerciantes, pero pueden ejercer actividades comerciales, sujetándose a las disposiciones de este código, salvo lo ordenado en leyes especiales.



## CAPÍTULO II

### 2. La institución del cheque en Guatemala

La figura del cheque tiene diversos antecedentes históricos, pero es con los peligros que afrontaba el transporte de moneda y mercadería que surge la necesidad entre la sociedad de facilitar el comercio mediante documentos, que sin ser dinero ni mercancías incorpora por sí un valor real y canjeable a su presentación.

Cuando el tráfico comercial se intensificó a través del mar Mediterráneo, es decir a finales de la Edad Media, se originaron una serie de atracadores que pirateaban a los comerciantes y a las naves mercantes cuando regresaban a sus ciudades con el producto de las negociaciones.

En esa época, el transporte de dinero en efectivo resultaba inseguro por esas circunstancias. Surgió entonces la necesidad de transportar dinero a través de documentos que representaran esos valores, sin que se diera el hecho material de portar la moneda en efectivo.

Toda vez que es en este período de la historia que el comercio y sus modalidades sufren una fuerte evolución, acontecen una serie de sucesos que conducen a la creación de entidades cuyo fin específico sea la facilitación del comercio mediante transferencias y procesos que proyecten seguridad y certeza entre sus participantes.

En este sentido, las entidades bancarias comenzaron a utilizar títulos de crédito, los cuales llenaban esas necesidades, encontrando los comerciantes una forma mas segura para la realización de transacciones comerciales de plaza a plaza.

Desde esa 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 en el sistema latino; no así en el derecho inglés o norteamericano.

En Inglaterra como los Estados Unidos, legislaron con una clara tendencia a seguir los patrones que han servido de base para la creación de leyes uniformes en diversas regiones del mundo.

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

En el derecho guatemalteco se conocen como títulos de crédito aquellos documentos que llevan incorporados un valor que confieren a sus legítimos tenedores.

Se enuncian como títulos valores porque existe una especial relación entre el derecho y el documento, de tal manera que hay una conexión permanente y no puede invocarse el derecho sin tener el documento, puesto que está inmerso en el título.

En Guatemala, desde las Ordenanzas del Bilbao, pasando por el Código de Comercio de 1877, el de 1942 y el último de 1970, ha existido legislación sobre título de crédito y la base de su utilización.

En 1912 rigió el Reglamento Uniforme de la Haya de 1912, que pretendía normar la letra de cambio a nivel internacional y que mas tarde se concreto en la ley uniforme aprobada en conferencia de Ginebra en 1930, la cual fue ratificada por Guatemala.

## 2.1. Los títulos de crédito

Previo a analizar y determinar las características propias del cheque, es necesario definir su posición en el Derecho Mercantil, por ello se torna necesario definir los títulos de crédito y comprender sus características y efectos.

Un título de crédito, también llamado título valor, es aquel documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo expresado en el mismo. De la anterior definición se entiende que los títulos de crédito se componen de dos partes principales: el valor que consignan y el título, derecho o soporte material que lo contiene, resultando de esta combinación una unidad inseparable.<sup>4</sup>

Su naturaleza jurídica es la de ser cosas o bienes muebles, que por sí mismos incorporan un valor real y efectivo ante su presentación.

---

<sup>4</sup>Wikipedia la enciclopedia libre. **Título de crédito.** Disponible en.: [http://es.wikipedia.org/wiki/T%C3%ADtulo\\_de\\_cr%C3%A9dito](http://es.wikipedia.org/wiki/T%C3%ADtulo_de_cr%C3%A9dito) (10/12/2013)

### 2.1.1. Teorías de los títulos de crédito

Con respecto a su etimología, es la doctrina italiana la que le da el nombre de títulos de crédito, sin embargo otras doctrinas, como la alemana, difieren de tal acepción, toda vez, que no todos los títulos incorporan en sí un crédito sino más bien, un valor equiparable en moneda o mercancía.

### 2.1.2. Características de los títulos de crédito

Los títulos de crédito tienen en común ciertas características, que a continuación se desarrollan:

#### a. Formulismo:

El título de crédito es un documento sujeto a una fórmula especial de redacción y debe contener los elementos generales de todo título y los especiales de cada uno en particular. Esta fórmula si bien es cierto se ha establecido mediante la costumbre, ya ha quedado plasmado en la ley los requisitos esenciales de ésta fórmula específica. Estos requisitos pueden ser generales o bien propios de cada tipo de título de crédito en particular.

La forma, es aquí esencial para que el negocio jurídico surja, así también en el aspecto procesal, pues el documento es eficaz en medida en que contenga los



requisitos que exige la ley, de lo contrario, los efectos procesales de cualquier título de crédito se ven menguados.

b. Incorporación

Quiere decir que el derecho que incorpora o que posee no es algo accesorio al documento, sino que existe de manera real en el documento, está incorporado y forma parte de él, de manera que al transferir el documento se transfiere también el derecho.

El derecho se transforma de hecho, en algo corporal y deja de ser incorpóreo al quedar plasmado en el título. Si un título se destruye, desaparece el derecho que en él se había incorporado, pero no desaparece la relación causal que generó la creación del título de crédito, la cual se puede hacer valer por otros procedimientos; pero el derecho incorporado al título desaparece junto al documento sin perjuicio del derecho a pretender su reposición.

c. Literalidad

En el título de crédito se encuentra incorporado un derecho, pero los alcances de este derecho se rigen por lo que el documento dice. En contra de ello no es posible oponer prueba, siendo esta la regla general.





#### d. Autonomía

Cuando la ley estipula que el derecho incorporado es literal y autónomo, se le está dando una existencia independiente de cualquier vínculo subjetivo, precisamente por su incorporación.

Un sujeto que se obliga mediante un título de crédito o el que lo adquiere, tiene obligaciones o derechos autónomos, independiente de la persona anterior que se ha enrolado en la circulación del título.

La autonomía también se refiere a que el título de crédito y su derecho incorporado son independientes y autónomos de la relación causal que antecede. Ello quiere decir que al momento de reclamar un derecho contenido en un título de crédito no hay que demostrar la preexistencia de la relación causal. Ahora bien, la relación causal si necesita ser probada en caso de la inexistencia del título por cualquier motivo.

#### e. Legitimidad

Es el derecho que asiste al beneficiario o propietario de un título de crédito para exigir su cumplimiento por la vía judicial o extrajudicial. Para ello, la ley establece los procedimientos legales para la exigencia de esta legitimidad, los cuales por lo general son mas abreviados que los comunes.



f. Circulación

Los títulos valores nacen a la vida jurídica y económica para circular, lo cual garantiza su cumplimiento de pago al vincularse a otras personas. Generalmente un título de crédito se emite para que pueda ser transmitido entre personas mediante el tráfico comercial. Ello tiene sus excepciones, ya que el Código de Comercio prevé formas en que un título de crédito solo puede ser cobrado por la persona a favor de quien fue emitido.

g. Abstracción

Consiste en que todo acto de transmisión, aval, garantía o gravamen en el título valor, debe hacerse al principio del cuerpo del documento.

h. Necesidad

El deudor que cancele o haga efectivo el derecho incorporado en el título, requiere que el propietario o beneficiario le exhiba el documento y haga entrega del mismo al momento de hacerse efectivo.



i. Ejecutividad

Que un documento de crédito o título valor contiene una cantidad líquida y exigible y en tal sentido debe requerirse su pago por la vía ejecutiva.

2.1.3. Requisitos generales

- a. Los títulos de crédito deben de llenar ciertos requisitos tales como:
- b. Nombre del título de que se trate;
- c. Fecha y lugar de creación;
- d. Los derechos que el título incorpora;
- e. El lugar y fecha del cumplimiento o ejercicio de tales derechos;
- f. La firma de quien lo crea;

Los requisitos de las literales a, c y d son considerados esenciales.

Si en el título de crédito no se menciona el lugar de creación, se tiene como tal el del domicilio del creador, si son varios los lugares, el tenedor puede elegir.

Si no se consignó la fecha u otro requisito no esencial, cualquier tenedor puede llenarla.

Si faltan los requisitos esenciales hacen ineficaz o inexistente el título.



#### 2.1.4. Creación de un título de crédito

El signatario de un título de crédito queda obligado en su cumplimiento, aunque el título haya entrado en circulación contra su voluntad.

El título es existente desde el momento en que fue creado, independientemente de que de que haya o no voluntad para que circule. Las leyes que siguen la teoría de la emisión, asientan que el documento nace cuando entra en circulación; en cambio, las que se basan en la teoría de la creación insisten en que el documento surge cuando se suscribe.

La forma en que circulan los títulos de crédito son:

##### a. Nominativos

En el cual el título se emite a nombre de persona determinada y el creador posee un registro de los títulos.

Circula mediante endoso, entrega del documento y cambio en el registro del creador.

Los títulos a la orden están emitidos a nombre de persona determinada. Circula mediante endoso y entrega del documento.



b. Al portador

Son los títulos que no están emitidos a nombre de persona determinada, y pueden ser cobrados por cualquier tenedor. Circula por la simple entrega material del mismo.

Es en este punto cabe mencionar la relación causal de los títulos de crédito y como se explica en la siguiente cita: “Tratándose de títulos de crédito, se sostiene que la autonomía del título opera a partir de que entra en circulación, mediante el correspondiente endoso en propiedad que realiza el beneficiario a favor del nuevo tenedor y/o propietario del documento. Por eso, se dice que la autonomía nace en el momento en que el título circula, ya que a partir de ese momento opera a favor de los terceros que hayan adquirido el título de buena fe, por ello el tenedor que adquiere del endosante el título, obtiene un derecho autónomo y propio, el cual se desvincula de la situación jurídica que tenía el beneficiario con el suscriptor del título.”<sup>5</sup>

Sin embargo, cada nuevo tenedor se desvincula de la situación que existía entre el beneficiario y el librador, esto quiere decir que la relación deje de existir o queda anulada por la simple emisión del título, sino que prevalece ante la ineficacia del título cuando la relación es directa entre las partes sin mediar terceros.

No obstante, cuando el título en sí adolezca de defectos o errores, la relación jurídica preexistente que le dio origen subsiste no obstante la nulidad o ineficacia del título, sin

---

<sup>5</sup> Ruiz, Yorliny. **Guía marcol legal**. Disponible en: [\(30/11/21013\)](http://www.milenio.com/cdb/doc/impreso/7129286).



embargo la variante se producirá en el vehículo procesal que se utilizará para la declaración de ambos derechos.

La relación causal no se extingue por la creación ni por la transmisión del título. El propietario de un título valor tiene dos derechos a la vez: el emergente de la relación fundamental que lo liga al creador o al endosante que lo transmitió y el derecho incorporado al título valor.

En este sentido surge la denominada acción causal y la acción cambiaria. La primera se refiere a la relación preexistente entre librador y beneficiario (pudiendo ésta ser o no ser mercantil), la segunda es el derecho autónomo que incorpora el título. Ambos derechos tienen un lapso de tiempo distinto de prescripción y es por ello que si alguno no fue reclamado en su momento, el otro conserva su derecho.

Es necesario aclarar que ninguna persona puede reclamar ambos derechos de manera simultánea, ya que fuese así estaríamos ante un caso típico de enriquecimiento ilícito, además, ambas acciones son excluyentes una de la otra.

La legislación internacional regula lo referente a la acción causal y la acción cambiaria, estableciendo claramente las diferencias procedimentales entre una y otra, así como la diferencia entre los sujetos que pueden intervenir, lo cual también se contempla en nuestro Código de Comercio, siendo la acción cambiaria la que tiene un procedimiento ejecutivo específico, mientras que la acción causal se tramita en juicio sumario.



## 2.2. El protesto

Es el acto que tiene por objeto la comprobación fehaciente de la falta de pago o de aceptación, a su vencimiento, de un título de crédito presentado en tiempo. Puede dispensarse de este acto, mediante la inserción de la cláusula: sin protesto o libre protesto.

El protesto debe constar en acta notarial; salvo los actos que por disposición de la ley lo suplen, tales como la razón puesta por un banco sobre el título en el que se hace constar la negativa de pago, o la razón o sello que pone la cámara de compensación, en el caso de los cheques que se cobran por medio de esa dependencia.

## 2.3. Clasificación de los títulos de crédito

Los títulos de crédito se clasifican en:

- Letra de Cambio.
- Pagaré.
- Cheque.
- Debentures.
- Vale como título de crédito.
- Factura cambiaria.
- Certificado de depósito.



- Bono de prenda

#### 2.4. La institución del cheque

La etimología de la palabra cheque es de origen y uso moderno, aunque han existido debates con respecto al origen de esta palabra, finalmente se ha coincidido que se deriva de la voz inglesa check, siendo para los ingleses en su momento una variedad de la letra de cambio y fue adoptada por varios idiomas como el francés, el alemán y el español. Su etimología se encuentra relacionada al verbo to check que se refiere a marcar, registrar, facturar etc.<sup>6</sup>

Con respecto a la institución del cheque no existe uniformidad en relación con su origen histórico. Algunos estudiosos afirman que su uso comienza con los fenicios, quienes lo empleaban de manera rudimentaria, para implementar el reconocimiento de valores sin que ello implicara el transporte de mercaderías o moneda. Varios autores coinciden que el desarrollo se dio a partir del siglo XVIII, cuando la figura del banco cobra mayor auge en Europa. El cheque más antiguo del que se tiene conocimiento data de 1683 en Inglaterra.

La historia y antecedentes del cheque se encuentran estrechamente relacionada con la figura de la letra de cambio, al punto que no se ha podido distinguir con certeza si una o la otra es la que dio origen a éstos títulos.

---

<sup>6</sup> Vásquez Méndez, Guillermo. **Tratado sobre el cheque**: Pág. 78



La figura del cheque podrá tener muchos antecedentes a lo largo de la historia, pero tal y como lo conocemos hoy no cabe duda que su origen es inglés, ya que fue en este país donde proliferaron las instituciones bancarias, las cuales permitieron el uso de cheques debidamente diferenciados de las letras de cambio.

René Arturo Villegas Lara, define el cheque como “uno de los títulos de crédito cuyo origen se estudia dentro del derecho bancario, pues comúnmente se asocia su institucionalidad al fortalecimiento de esa actividad económica”.<sup>7</sup>

El cheque es una orden escrita, rodeada de determinados requisitos formales, dirigida a un banco, entendida equiparable, o persona legalmente capacitada, en los cuales la persona que lo emite tiene fondos depositados a su orden o crédito a su favor, a fin de que se pague al portador o persona indicada en la orden, o se ponga a disposición de ésta, una suma de dinero, indicada en el documento.<sup>8</sup>

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

---

<sup>7</sup> Villegas Lara. **Op. Cit.** Pág. 79

<sup>8</sup> Eudoro Balsa Antelo, Carlos A. **Técnica jurídica del cheque.** Pág. 18



La característica esencial del cheque es que contiene en sí mismo el mandato de pagar determinada suma de dinero a su portador o a persona en específico. Siendo este mandato ejecutable a través de alguna institución bancaria autorizada para ello.

Lo expuesto anteriormente, genera controversia al considerar efectivamente que el cheque es un equivalente al papel moneda, ya que se obtienen ventajas y desventajas de su uso.

Es ante estas consideraciones que diversos autores coinciden en afirmar que la naturaleza jurídica del cheque es la de ser un "mandato de pago". También hay quienes afirman que su naturaleza se encuentra enmarcada dentro de los contratos bancarios, ya que al momento de emitirse un cheque pueden llegar a surgir dos relaciones jurídicas, por un lado la existente entre el librador y el librado (contrato de cuenta corriente) y la existente entre el librador y el beneficiario (relación causal).

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

- Todos los requisitos para los documentos de crédito.
- Un formulario impreso o aprobado por un banco.
- Contiene una orden incondicional de pago.
- Nombre del banco librado.
- Pueden girarse a la orden o al portador.



- Tener fondos el librador.
- Firma autógrafa cuando así lo convenga el banco.
- Solamente se puede librar contra este.

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

El Artículo 494 del Código de Comercio lo define como: “el cheque solo puede ser librado contra un Banco, en formularios impresos suministrados, aprobados, por el mismo.

El título que en forma de cheques se libre en contravención a este artículo, no producirá efectos de títulos de crédito.

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

---

<sup>9</sup> *Ibid.* Pág. 80



a. Estipulación a cargo de un tercero

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

b. De la cesión

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

Para otros autores, lo que se cede es un derecho de crédito que el cuenta habiente tiene frente al banco, pero si fuera así, no se podría explicar cómo es posible revocar un cheque, si la cesión es una transmisión del dominio y como se podrían explicar los cheques en el librador es el mismo tenedor beneficiario.

El doctor Villegas Lara establece que: "El cheque no puede desligarse de los usos bancarios, que dan a las instituciones de crédito facultades para escoger sus clientes.



Si el cheque fuera un medio de sustituir la clientela, el banco podría rehusar el pago del cheque, porque tiene libertad de contratar con quien más le convenga”.<sup>10</sup>

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

c. Del contrato a favor de un tercero

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

La estipulación a favor de terceros es una institución conocida en el derecho civil como fuente de obligaciones, siendo obvio que en ningún momento puede considerarse al cheque como una estipulación a favor de un tercero.

El Doctor Villegas Lara, opina que: “el banco no está vinculado jurídicamente al tenedor del cheque, es que este no tiene acción contra la institución que le niega el pago del título, la que sí tendría si se tratara de una estipulación en su favor. En resumen el negocio bancario del cual se pueden originar los cheques es un vínculo exclusivo

---

<sup>10</sup> **Ibid.** Pág. 81



entre depositante y bancos, por tal razón, no hay ninguna estipulación que pueda generarse de tal relación”.<sup>11</sup>

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

d. Del demandante

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

No obstante, esta inclinación doctrinaria ha sido criticada con bases sólidas, sobre todo porque para que se dé el mandato debe existir un contrato de tal naturaleza. El Doctor Villegas Lara, afirma que: “no hay mandato sin que previamente se celebre un contrato”.<sup>12</sup>

Para sustentar tal teoría es necesario acatar que no existe mandato tal como lo contempla la ley civil entre el cuenta habiente y el Banco.

---

<sup>11</sup> **Ibid.** Pág. 81

<sup>12</sup> **Ibid.** Pág. 80

En los casos de que el mismo titular de la cuenta, se gire un cheque, no había mandato, tal como lo manifiesta el citado autor, simple y sencillamente es una orden de pago.

## 2.5. Análisis legal del cheque

Para que el cheque debe existir una relación contractual entre librador y librado que se materializa con el contrato de apertura de cuenta.

- El librado es una entidad bancaria, únicamente realiza la función de intermediador.
- El librador tiene que entregar fondos suficientes al librado para que este pague.

El cheque puede ser librado contra un banco. Además de los requisitos generales el cheque deberá contener los siguientes:

- La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero.
- Nombre del banco librado.

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

cheque y deberá ser sustituida por su impresión o reproducción. La legitimidad de la emisión podrá ser controlada por cualquier sistema aprobado por el Banco.

Dentro de los caracteres jurídicos que respaldan el título de crédito denominado cheque, se pueden encontrar los siguientes:

- Es un título estrictamente bancario.
- Se caracteriza por la existencia de una previa provisión de fondos en poder del librado.
- El pago a la vista y la necesidad de la previa provisión de fondos en poder del librado, hacen que a institución de la aceptación sea inconciliable con la naturaleza del cheque.
- El cheque es un título de crédito, esto es, el documento necesario para ejecutar el derecho literal consignado en el mismo.
- Es un documento constitutivo- dispositivo y formal.
- Participa en los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad, autonomía, propios del título de crédito.
- Es considerado cosa mercantil.

Como título de crédito, el cheque es un documento de naturaleza especial, constitutivo y dispositivo, no simplemente probatorio. Se le considera constitutivo porque sin el documento no existe el derecho, calificándosele también como dispositivo.





El cheque es además un documento de naturaleza esencialmente formal, ya que la ley exige para que sea válido que contenga determinados requisitos y menciones, en ausencia de los cuales no producirá efectos de título de crédito. Participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito.

Corresponde a la teoría general de los títulos de crédito, porque se encuentran tan íntimamente ligados a él que sin la existencia del título no existe el derecho, y por ende tampoco existe la posibilidad de su transmisión o de un ejercicio.

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

Es un título de crédito abstracto porque se le atribuye eficacia obligatoria a la pura y simple declaración cartular, prescindiendo de la causa jurídica que determinó su emisión o transmisión e independientemente de la relación de provisión, que debe mediar entre el librador y el librado. Pertenece a la categoría de títulos cambiarios, llamados así porque su prototipo es la letra de cambio.

El cheque en la relación librador-librado, se presenta como una orden de pago, pero a la vez, en la relación librador-tomador, contiene una promesa de pago. El librador

ordena al librado el pago del cheque, pero al mismo tiempo, se obliga frente al tomador a que el cheque será pagado (le promete su pago).

El cheque es un documento de vencimiento a la vista. Eso es, en el acto de su presentación al librado y cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta.

La idea de plazo es, pues, inconciliable con la esencia del cheque, concebido este como medio o instrumento de pago. Ante la existencia o vida útil de un cheque girado, subsisten necesariamente dos relaciones jurídicas: una entre el girador y el banco, y a otra entre el girador y el beneficiario del cheque.

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

El que gira un cheque por su parte está vinculado con la persona o tenedor a favor de quien se extendió el documento.

Esta relación surge o se origina por lo general en virtud de la existencia de un contrato que obliga a pagar determinada suma de dinero; sustituyendo por lo general el cheque a la moneda para que el pago de cualquier obligación.



En el contrato de cuenta corriente existe en si una relación intrínseca que se cumple cuando el cheque es pagado al beneficiario o tenedor y también una relación intrínseca que se produce así mismo con la obligación de pagar la suma de dinero consignada en el cheque.

Si el banco contra el cual se gira el cheque no paga este porque no se cumple con algunas de las condiciones o requisitos de la relación intrínseca (falta de provisión de fondos por ejemplo), igualmente no resultará satisfecha la relación extrínseca.

El hecho de que no se produzca el pago, entre otras, por la circunstancias, ante la referida, no implica que el cheque deje de tener eficacia o validez respecto a su girador, quien necesariamente quedará obligado a honrar la obligación de pago.

El cheque se utiliza como sustituto del dinero, cumple esa función cuando el banco contra el cual se gira el documento a la vista y pagadero a su sola presentación, cuando el cheque es pagado por el banco librado sirve igualmente como medio de prueba, de la real efectivización del pago.

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



- Para determinar la funcionalidad del cheque, como medio de pago es necesario resaltar los siguientes puntos:
- Requiere descripción del número de cuenta a nombre del cuenta habiente.
- Número de cheque en relación al talonario autorizado.
- Lugar y fecha.
- Es un formulario en papel moneda diseñado por garantías de seguridad.
- Es una orden de pagar al portador o a una persona específica el monto del cheque.

Es necesario que el librador haya celebrado previamente un contrato con el banco que será su librado. Este contrato se le llama “Contrato de giro” o “Contrato de cheque”, que genera una cuenta de depósitos abiertos, cuyos fondos serán retirables mediante el título de crédito llamado cheque.

La institución bancaria será la depositaria del dinero que su cuenta habiente le va entregando y debe devolverlo conforme aquel se lo vaya ordenando.

Estas órdenes se datan en los cheques y el pago se hace a favor de persona determinada o al portador, con cargo a los depósitos efectuados.

De esta manera el cheque se considera como un instrumento de pago y se circunscribe a determinar los siguientes aspectos:



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

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

Asimismo la doctrina legal regula varios tipos de cheques siendo éstos los siguientes:

- a. Cheque cruzado.

Si un cheque está cruzado diagonalmente en el anverso por dos líneas paralelas, el dinero no se podrá retirar en efectivo, sino que tendrá que ser ingresado en una cuenta bancaria. Esto se hace a veces para “seguir la pista” al dinero pagado.

---

<sup>13</sup> **Ibid.** Pág. 82

b. Cheque de caja.

Es un cheque expedido por una institución de crédito a sus propias dependencias. Representa una garantía y no suele tener fecha de caducidad. En la práctica funciona como dinero líquido, ya que el valor se retira de la cuenta del pagador en la fecha de expedición en lugar de la de cobro y el librador es el director de la oficina bancaria. En España y otros países se le denomina cheque bancario, impropriamente ya que todos los cheques son de algún modo bancarios y suele provocar ambigüedades y errores.

c. Cheques de viajero.

Son los expedidos por instituciones de crédito a su propio cargo y pagaderos por otro de sus establecimientos dentro del país o en el extranjero. Se suelen llamar traveller's check, conforme su forma en inglés.

d. Cheque cancelatorio.

Según la ley de Anti evasión fiscal de la República Argentina, todos los pagos superiores a \$1000 se debían realizar por cualquier otro medio que no fuera directamente en efectivo.

Ante esta situación, se crea la figura jurídica del cheque cancelatorio para que todas las personas que no posean cuentas corrientes y no dispongan del pacto de cheques para



emitirlos, puedan realizar sus pagos por este medio bancario, recurriendo a una entidad financiera o un banco y adquirir este pago. A diferencia del cheque de pago diferido, este tipo de cheques tiene efecto pro-soluvo.

e. Cheque de pago diferido.

Es una orden de pago que se libra contra un banco en el cual el librador, a la fecha de presentación estipulada en el cheque, debe tener fondos suficientes depositados a su orden en la cuenta corriente bancaria.



## CAPÍTULO III

### 3. El delito en el derecho penal guatemalteco

El derecho penal es tan antiguo como la humanidad misma y son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina, de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad.

En la interrelación humana se manifiesta la conducta que realiza acciones u omisiones según su voluntad, pero cuando estas dañan un interés jurídicamente tutelado son reprobados por el derecho penal en nombre del Estado.

#### 3.1. El derecho penal

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





Entonces principian de las desigualdades de orden socio-económico en el seno de la comunidad, creando las consiguientes divisiones y conflictos, pues se diferencia claramente de un grupo de individuos que no trabaja ni el cultivo de la tierra, ni en la caza, pesca y pastoreo, sino que se consagra al cambio e incremento de los bienes sobrantes de la colectividad y de los cuales se han apropiado; este grupo se enriquece y a la par de esa superioridad económica, afirma una jerarquía social por encima de los demás, se aprovechan de ello y los domina, poniéndolos pronto a su servicio”.<sup>14</sup>

El estudio de la historia del derecho penal es tan amplio y profundo como la historia de la humanidad misma, ya que el crimen nace con el humano, aún cuando éste no se encontraba organizado socialmente y en resumen se podría indicar que ha tenido las siguientes etapas:

### 3.1.1. Venganza

En esta etapa el derecho penal se contemplaba únicamente como una venganza privada, familiar, divina o pública que recaía sobre un hombre que violaba las normas y atentaba contra los derechos de otro, de allí el conocido refran “ojo por ojo y diente por diente

---

<sup>14</sup> Alvarado Polanco, Romeo. **Introducción al derecho I.** Pág. 21



### 3.1.2. Etapa Humanitaria

Se pretende reducir la naturaleza severa de los castigos y se empieza a proteger al ser humano no obstante su condición.

### 3.1.3. Etapa Científica

Sin contravenir los principios protectores de la etapa humanitaria, empieza a considerar el estudio formal de las ciencias sociales en materia penal, creándose en esta etapa varias escuelas del derecho como la clásica, la positiva y la ecléctica

Estas etapas han moldeado el derecho penal moderno tal y como se le conoce hoy en día en el cual ha existido el reconocimiento de los Derechos Humanos, sin abandonar la característica punitiva propia de esta rama del derecho.

Los autores de León Velasco y de Mata Vela, indican que: "... de las ciencias eminentemente jurídicas, es sin lugar a dudas el derecho penal la disciplina cuya misión siempre ha sido filosóficamente, proteger valores fundamentales del hombre, tales como su patrimonio, dignidad, honra, seguridad, libertad, vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás, hasta llegar a la protección del Estado y de la Sociedad en la medida en que se tutele y se garantice la convivencia humana".<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> **Ibid.** Pág. 24.



En el derecho penal se denomina fuente al manantial de donde brota algo, el lugar donde se origina, de donde se emana o se produce el derecho, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

a. Reales o materiales

Tienen su fundamento en la realidad y por ende de los hombres, entonces son expresiones humanas, los hechos naturales o los actos sociales que determinan el contenido de la norma jurídico penal.

Las expresiones y manifestaciones socio naturales previas a la formalización de una ley penal, provienen del hombre mismo y de su naturaleza, historia y organización social.

b. Formales

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

c. Directas

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



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

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

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

Es preciso establecer que la única fuente directa del derecho penal es la ley, de conformidad con el Artículo uno del Código Penal que establece: "Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley".

Las fuentes indirectas, son aquellas que solo pueden coadyuvar en la proyección de nuevas normas jurídico penales e incluso pueden ser útiles tanto en la interpretación



como en la sanción de la ley penal, pero no pueden ser fuente de derecho penal, ya que por sí solas carecen de eficacia para obligar.

Entre ellas se enuncia la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

Los autores guatemaltecos de León Velasco y de Mata Vela exponen: "... se ha definido el derecho penal en forma bipartita desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo... en suma podemos definir al Derecho Penal Sustantivo Material (como también se le llama), como parte del derecho compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas y/o medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen".<sup>16</sup>

La definición anterior sigue siendo válida ya que permite la ubicación del derecho penal como medio de protección social contra el delito, siendo el conjunto de normas jurídicas que regulan delitos, faltas, sanciones y medidas de seguridad creadas por el Estado para el tratamiento de los delitos.

El autor Manuel Ossorio define al derecho penal como el conjunto de "normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así

---

<sup>16</sup> **Ibid.** Pág. 5.

la responsabilidad del sujeto activo y asociado a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”<sup>17</sup>

Griselda Amuchategui Requena indica que la noción del derecho penal consiste en: “conjunto normativo perteneciente al derecho público interno, que tiene por objeto al delito, al delincuente y la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley.”<sup>18</sup>

### 3.2. La ley penal como disposición estatal

Se identifica con el derecho penal, aunque hay que establecer que el derecho penal es el género y la ley penal es la especie. La ley penal es aquella disposición por virtud de la cual el Estado crea derecho con carácter de generalidad estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define.

En su estrictu sensu es una norma de carácter general que asocia una sanción a una conducta prohibida por ella. Se puede definir la ley penal como “la norma que se refiere a los delitos y las penas o a las medidas de seguridad. Siendo errado establecer que la norma penal la integran el conjunto de normas contenidas en el Código Penal, ya que existen diversas leyes que contienen artículos referentes a delitos y penas”.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 238

<sup>18</sup> Amuchategui Requena, Griselda. **Derecho penal**. Pág. 13

<sup>19</sup> **Ibid.** Pág. 21.



Características de la ley penal:

-Generalidad, obligatoriedad e igualdad

La ley penal se dirige a todas las personas que habitan en un país. Todos están obligados a acatarlas.

-Exclusividad

Solo la ley puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad.

- Permanencia e inelubilidad

Se refiere a que la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que sea derogada.

-Imperatividad

Las leyes penales contienen generalmente prohibiciones o mandatos que lo deben cumplir, no dejando a la voluntad de las personas su cumplimiento.

-Sancionadora

Es siempre sancionadora de lo contrario sería una ley penalista sin pena.

-Constitucional

Se fundamenta en la Constitución Política de la República de Guatemala.

### 3.3. La teoría del delito como instrumento conceptual

El término teoría del delito, lleva una visualización mucho más apegado a la descripción de los elementos que lo integran. Así, durante mucho tiempo la definición llevaba implícitos los elementos enumerados, de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, con los cuales se instauró el contenido de la nominación delito.

Para la definición de las normas penales, el legislador se plantea pretensiones sociales que le llevan a visualizar la posibilidad de comisión delictiva, generando un procedimiento mental en el cual logra situarse en momentos hipotéticos, sujetos a la eventualidad de que se podrán realizar..

El tratadista Enrique Bacigalupo define: "la teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley."<sup>20</sup>

La ley sustantiva penal que conceptualiza, describe y pena la acción, está delimitada como una hipótesis normativa ante la posibilidad de que cometa efectivamente la comisión de ese delito.

En esta etapa del pensamiento humano, surge la teoría del delito, teorizar la conducta humana frente a la posibilidad de la responsabilidad penal, para llegar a determinar la

---

<sup>20</sup> Bacigalupo, Enrique. **Manual de derecho penal general**. Pág. 67.



posibilidad de que existe la comisión de un delito, es presupuesto que de inicio de la etapa mental de búsqueda de reciprocidad de una acción descrita en la ley y una acción ejecutada por un ser humano.

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

Todo este proceso es parte integrante de la política estatal, en cuanto al ejercicio del ius puniendi, con esta facultad el ente público, delega a órganos específicos el ejercicio de esa facultad instaurada en la intención de la sociedad que representa, con ello se busca afianzar un verdadero estado de derecho y en consecuencia la vida social armoniosa, otorgando los derechos inherentes a las personas en el principio del bien común.

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



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

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

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

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

Esta teoría es importante para determinar cuál es el fundamento de su aplicación, lo que radica en la protección del bien jurídico tutelado, que no es más que el bien o valor que socialmente se justiprecia para encontrar el parámetro del desvalor jurídico. Respecto a la política criminal, la misma es el conjunto sistematizado de principios conforme a los cuales debe el Estado organizar la lucha contra la criminalidad, en protección de sus habitantes.



Esta no es una ciencia sino un criterio directivo de la reforma penal que debe fundamentarse sobre el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y demás medidas de defensa social, contra el delito; sobre esta base ha de examinarse el derecho en vigor, apreciando su adaptación al momento presente, su idoneidad como medio de protección social contra los criminales, por los ilícitos que cometen en contra de los miembros de una sociedad.

#### 3.4. El delito

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

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

Y el Artículo 13 establece que el delito se considera consumado cuando concurren todos los elementos de su tipificación.

Para definir al delito, es necesario tener en cuenta que nos referimos al comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las relaciones sociales y que frente a ello exige una sanción penal.



Dogmáticamente, Es la relación típica, antijurídica y culpable.

Formalmente, el delito es todo aquello que la ley describe como tal. Toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

Legalmente, es necesario definir al delito en la forma que se expone el Código Penal, tal como el delito doloso, culposo o consumado.

El delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal tipo que revela su prohibición típica, que por no estar permitida por ningún precepto jurídico causa de justificación es contraria al orden jurídico antijurídica y que, por ser exigible el autor que actuase de otra manera es esa circunstancia, le es reprochable culpable.

El injusto, conducta típica y antijurídica, revela el desvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma; en tanto que la culpabilidad es una característica de la conducta y se adhiere por la especial condición del autor y por la reprochabilidad que del injusto se hace al autor.

A través del iter criminis, se reconoce la vida del delito desde que nace en la mente del autor hasta la consumación, está constituido por una serie de etapas desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el criminal logra conseguir lo que se ha propuesto.

Dentro de las etapas del iter criminis, pueden tener o no repercusiones jurídico penales y se divide en fase interna y fase externa.

Respecto a la fase interna, dentro de ella encontramos las llamadas “voliciones criminales que no son más que las ideas delictivas nacidas en la mente del sujeto activo, mientras no se manifiesten o exterioricen de manera objetiva no implica responsabilidad penal, ya que la resolución de delinquir no constituye delito. El estudio del iter criminis se basa en el principio de que el pensamiento no delinque.

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

Es importante distinguir el momento de la fase interna y externa o de materialización del delito, cabe señalar que si se lleva a cabo la meditación del delito y se inician los actos propios de su consumación pero por motivos ajenos a la voluntad del autor no se consuma, ello recibe el nombre de tentativa.

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

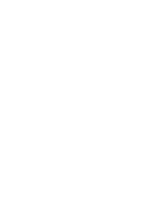


provocación, la instigación y la inducción para cometer un delito, solo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente.

Respecto a este punto es importante indicar que ha cobrado especial relevancia en los últimos años el sancionar penalmente el hecho de la existencia de grupos de personas que se dedican a idear y cometer de manera conjunta hechos delictivos. Tal es el caso del delito de Asociaciones Ilícitas regulado en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

La ley penal establece situaciones agravantes o atenuantes al delito, las cuales regulan una serie de circunstancias que afectan la mayor o menor intensidad del daño que puede causar un delito sobre el bien jurídico tutelado.

El Código Penal regula los delitos atendiendo al bien jurídico tutelado, existiendo delitos regulados en otras leyes diferentes al Código Penal.





## CAPÍTULO IV

### **4. Análisis jurídico de los elementos que debe incluir la ampliación del delito de estafa mediante cheque**

En Guatemala, tanto en las actividades de tipo civil o mercantil, el cheque se utiliza en la realización de negociaciones, no como un título de garantía, sino como un medio de pago, ya que quien lo recibe, asume que al presentarse a la institución bancaria que corresponda, se le hará efectivo el pago del cheque.

La institución del cheque es la relación librador-librado, que se presenta como una orden de pago, pero a la vez, en la relación librador-tomador a que el cheque será pagado, contiene una promesa de pago. Esto es, mediante las dos relaciones jurídicas que subjetivamente se dan con la emisión del cheque.

El librador ordena al librado el pago del cheque, pero, al mismo tiempo, se obliga frente al tomador a que el cheque será pagado, es decir que se presume la existencia de la cuenta en el banco.

El cheque en el derecho guatemalteco, es un título mercantil e instrumental por medio del cual se retiran depósitos dinerarios existentes en las cuentas abiertas que se negocian con los bancos, ya sea por el mismo el depositante o por terceras personas;





este instrumento le sirven al banco para determinar el saldos de la cuenta y la cuantía de su obligación como depositario.

#### 4.1. La relación tripartita en el uso del cheque

La relación principal existente entre el girador y un banco, constituyendo un contrato de cuenta corriente bancaria, pero al poner en circulación un título como el cheque se convierte en tripartita.

Este contrato obliga al banco a cumplir cabalmente las órdenes de pago contenidas en el cheque o cheques girados, siempre y cuando el librado disponga de los fondos para hacerlo efectivo, de lo contrario el banco informará al tenedor del cheque que no puede pagarlo por falta de fondos o fondos insuficientes.

En Guatemala ha sido común que las personas que han sido dueña de cuentas bancarias, giren cheques cuando estas cuentas han sido canceladas, debido a que aún tienen en su poder los títulos, con los cuales perjudicando en su patrimonio a terceras personas, lo cual es el objeto de la presente investigación.

#### 4.2. Las diferentes formas de creación del título

En el derecho guatemalteco se conocen y manejan las siguientes modalidades del cheque:



#### 4.2.1. Cheque cruzado

Si un cheque está cruzado diagonalmente en el anverso por dos líneas paralelas, el dinero no se podrá retirar en efectivo, sino que tendrá que ser ingresado en una cuenta bancaria. Esto se hace para seguir la pista al dinero pagado.

##### 4.2.1.1. Cruzamiento especial

Entre las líneas de cruzamiento aparece el nombre del banco que debe cobrarlo.

##### 4.2.1.2. Cruzamiento borrado

El cruzado especial es cuando entre las barras se escribe un banco determinado. Un cheque sólo puede contener dos cruzados especiales, el de un banco y el de una cámara de compensación, aunque habitualmente sólo el primero.

Un cheque con un cruzado general puede transformarse en un cheque con cruzado especial, pero no a la inversa, de tal modo que no se puede invalidar un cruzado especial.



a. Cheque para abono en cuenta

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

El borrado o alteración de la expresión o de cualquier agregado a la misma, se tendrán por no puesto. Se corta la circulación del cheque si se escribe o anota "para abonar en la cuenta".

El librado que pague en forma diversa a la prescrita en el Código de Comercio, responderá por el pago irregular.

b. Cheque certificado

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

Es una operación contable en el cual el banco congela una parte (igual a la del título) por quince días que tiene de presentación del cheque.



La certificación hará responsable al librado frente al tenedor de que, durante el periodo de presentación tendrá fondos suficientes para pagar el cheque.

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

c. Cheque con provisión garantizada

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

El librado tiene que hacer un depósito de fondos y luego el banco le da el talonario especial. Estos cheques no pueden ser al portador.

La garantía se extiende, si los cheques se emiten después de tres meses de la fecha de entrega de formularios, y si el título no se presenta al cobro durante el plazo de presentación.

d. Cheque de caja o de gerencia

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



e. Cheque de viajero

Son librados por el librador a su propio cargo y serán pagados por su establecimiento principal o por sus sucursales.

Para su circulación y cobro necesitan de tres firmas, una de la institución creadora y dos del tomador o beneficiario, prescriben en 2 años.

Al entregar el cheque de viajero el librador al beneficiario, este estampara su firma en lugar adecuado del título, debiendo verificarse su autenticidad.

El que pague o reciba el cheque deberá verificar la autenticidad de la segunda firma del tenedor, cotejándola con la firma puesta ante el librador.

La falta injustificada de pago del cheque de viajero dará la acción al tenedor para exigir, además de la devolución de su importe, el pago de daños y perjuicios sin necesidad de protesto.

f. Cheques con talón para recibos y causales

Este tipo de cheques llevaran adherido un talón separable que deberá ser firmado por el titular al recibir el cheque y servirá de comprobante de pago.



Los cheques causales expresaran el motivo del cheque y servirán de comprobante del pago hecho, cuando lleven el endoso del titular original.

#### 4.3. El delito de estafa y el delito de estafa mediante cheque

Partiendo de lo que legalmente establecido como estafa en forma genérica, se ha determinado la conducta que está calificada en la ley sustantiva y las variantes conocidas como elementos típicos.

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

En la legislación penal de otros países se le conoce como fraude, pero los elementos de la conducta típica son comunes.

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

Según el Diccionario Jurídico, la estafa es definida como: “Delito genérico de defraudación que se configura por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño; tales como el uso de nombre supuesto, de



calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o ficción de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación”.<sup>21</sup>

Los tratadistas De León Velasco y De Mata Vela señalan que: “...las legislaciones modernas ante lo arduo de encontrar una definición que comprenda integralmente y en reducidos términos la complejidad del fraude, prefieren hacer una lista detallada de los casos de incriminación, previstos cada uno de constitutivas especiales pero comprendiendo todos ellos bajo la denominación común de fraude.”<sup>22</sup>

El concepto que maneja el Código Penal guatemalteco, agrega el complemento normativo propio, o dicho de otro modo, la estafa la clasifica tácitamente en propia e impropia, por lo que se interpreta que se refiere a la estafa que propiamente se denomina como tal.

Los tratadistas De León Velasco y De Mata Vela señalan que: “la esencia de los fraudes punibles (estafa) reside en el elemento interno: el engaño, que es la mutación o alteración de la verdad para defraudar el patrimonio ajeno. Mediante una manipulación o ardid, se procura hacer llegar el dominio del activo, el bien ajeno. La estafa en sí, es una especie del fraude genérico.”<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Ossorio, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 297

<sup>22</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco.** Pág. 531

<sup>23</sup> **Ibid.**

En el delito de estafa, es el patrimonio económico de las personas, la protección al valor que socialmente se da a un derecho y tutela, mediante la norma, se garantiza su ejercicio ante la colectividad.

El autor Hormazabal indica que: “los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico que surge de la base de la relación social y constituyen una superación, en la síntesis de la confrontación social. De esta forma los bienes jurídico con relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialectico que tiene lugar en su seno”.<sup>24</sup>

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

El autor mencionado establece: “Sera el bien jurídico colocado como referente en base misma de la teoría del delito el que le dará contenido material al injusto. La tipicidad y la antijuricidad se constituyen en dos momentos valorativos y diferentes de un mismo hecho. Este hecho, estando ya definida la tipicidad y antijuricidad, dará lugar a una unidad: el injusto. Será por este injusto concreto, que se materialice la realización personal de un sujeto dotada de sentida y significación social, debiendo establecerse si dicho sujeto debe o no responder penalmente por él”.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Hormazabal Malarre, Hermán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. Pág. 152

<sup>25</sup> Hormazabal **Op. Cit.** Pág. 171





La sociedad protege el derecho a la propiedad privada, por lo que habiendo ejecutado o realizado alguna acción previamente calificada en la ley sustantiva penal, en contra dicha protección, se inicia la teoría del delito que se aplicará a ese caso.

La consecuencia causal en la estafa -como en toda defraudación por fraude- es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una presentación que resulta perjudicial para un patrimonio.

La defraudación comprende dos especies básicas, la estafa y el abuso de confianza. La diferencia entre ambos reside en el momento en que el sujeto obra dolosamente. En la estafa, el dolo es anterior a la obtención de la cosa y en el abuso de confianza, por el contrario, el dolo es posterior.

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

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



Se puede concluir entonces que existen dos elementos comunes en la conducta típica al referirse a la estafa o bien el fraude:

a. Engaño o ardid

Básicamente, el engaño implica dar una apariencia de algo que no es cierto, valiéndose para ello de una maquinación mental que al ser transmitida a otra persona le provoca una falsa concepción de algo.

El ardid implica artificio, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento. De estas definiciones se aprecia que este tipo de conducta conlleva una necesaria planeación, surgiendo así en la mente del sujeto activo una ideación para crear este artificio, valiéndose de un mecanismo psicológico habilidoso para que el sujeto pasivo caiga en una idea errada.

b. Defraudación en el patrimonio:

El simple engaño por sí mismo, si bien es cierto sería una conducta reprochable moralmente, no tendría carácter delictivo a no ser que ello implicará un daño real. En este caso el daño real se constituye por un detrimento en el patrimonio de alguna persona y es por ello que tiene carácter de delito patrimonial.



Al respecto también es importante mencionar que la culpabilidad, en este delito es dolosa, ya que surge en la mente del sujeto activo a través la maquinación del artificio el cual es manifestado mediante un mecanismo psicológico. Algunos juristas han creído que en el caso específico de la estafa mediante cheque, en algunas oportunidades el delito podría producirse de manera culposa, al haber alguien que sin pretender engañar emita y haga circular un cheque creyendo que tiene fondos, pero que por su negligencia y descuido carezca de éstos. Sin embargo dicha concepción no ha tenido cabida en la legislación vigente del país.

La consumación del delito se alcanza cuando se da la defraudación al patrimonio, ya que, como se ha mencionado, el simple engaño por sí mismo no constituye la figura penal. Es la defraudación en el patrimonio donde se lleva a cabo la consumación del delito.

Bajo determinadas circunstancias podría existir la comisión del delito de estafa en grado de tentativa, ya que dependería de los hechos mismos que integran la comisión de este delito y del motivo por el cual no se lleva a cabo su consumación para que el juez tuviera suficientes medios de convicción para condenar este tipo de tentativa.

En la legislación penal guatemalteca se contempla la estafa como un genérico de este tipo de conductas delictivas, pero además se regula el delito denominado estafa mediante cheque, el cual es un delito independiente que tiene matiz propio dada su naturaleza y que su objeto tiene necesariamente que ver con un documento mercantil.



El Artículo 268 del Código Penal guatemalteco, establece: "Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos antes de que expire el plazo para la presentación, será sancionado de prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales. Igual sanción se aplicara a quien endosare un cheque con conocimiento de la falta de fondos del librador".

El cheque necesita de una tutela que da la representación penal puesto que al sustituirse por medio del cheque la circulación directa del dinero, no es posible lograr su aceptación universal. Ello tiene que ver con la necesaria seguridad jurídica que debe existir en la circulación de documentos cambiarios.

En el comercio, si los tomadores del documento no gozan de las garantías jurídicas suficientes de buena fe en la emisión del documento y en su exacto pago, no existiría la certeza en el giro de los mismos, por lo que su uso se desvirtuaría, dificultándose así el comercio y afectándose la economía en general, ya que el uso de títulos de crédito permite el crecimiento comercial al facilitar el tránsito de mercancías y su pago.

En cuanto a la pena establecida a este delito, la ley penal establece que el culpable del delito de estafa será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a diez mil quetzales; y el delito de estafa mediante cheque será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales.

Por su naturaleza, ambos delitos poseen el beneficio de la conmuta de la pena y otros regulados en el Código Procesal Penal, ya que usualmente el tipo de personas que cometen este delito no representan un alto grado de peligrosidad para la sociedad.

#### 4.4. Análisis de los elementos del delito de estafa mediante cheque

La estafa mediante cheque consta de los siguientes elementos:

##### a. Elemento material

La acción de librar un cheque en pago y que el mismo no tenga fondos al momento de presentar por parte del banco librado.

##### b. Elemento interno

La culpabilidad, conocida como el dolo, que es la intención de girar cheque defraudando en su patrimonio a aquel que lo recibió.

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

El empleo de cheque como medio de pago, produce la concentración de grandes sumas de dinero en los bancos, los cuales a través del ejercicio del crédito, convierten



en productos considerables los recursos económicos, que de otra forma pertenecerían aislados e improductivos.

El cheque es un instrumento o medio que substituye al pago en dinero. El destino del cheque consiste en ser usado como instrumento de circulación de dinero, como medio de pago, en lugar de la moneda legal, por lo que es necesario tener en cuenta los siguientes elementos:

- El pago con cheque no es pro soluto sino pro solvendo. Esto es, la entrega del cheque no libera jurídicamente al deudor, ni consecuentemente extingue su débito. Esto sucede hasta que el título es cubierto por el librado.
- El pago mediante cheque no produce los mismos efectos jurídicos que el pago realizado en moneda del curso legal.
- El que paga una deuda con un cheque en vez de hacerlo con moneda circulante no se libera frente a su acreedor solo por la entrega del título.
- La estafa mediante cheque es una defraudación que no ataca simplemente a la tenencia de las cosa, sino al patrimonio.
- El tomador recibe el cheque de buena fe, dándose por bien pagados por la compra o por un servicio prestado.
- La defraudación se conoce hasta el momento de presentarse a cobrar el cheque y no es pagado.



#### 4.5. Algunos aspectos de las acciones procesales a seguir ante la incobrabilidad de un cheque

En cuanto al delito de estafa mediante cheque convergen aspectos doctrinarios de dos ramas del derecho, el derecho penal, porque la falta de provisión de fondos de un cheque girado y presentado en tiempo para su pago constituye un delito regulado; y el derecho mercantil, que regula el título de crédito denominado cheque y en ese sentido establece su naturaleza, requisitos y demás aspectos.

Es en el hecho procedimental que cabe hacer hincapié, ya que una persona que comparece a una institución bancaria librada a cambiar un cheque que por algún motivo no puede cobrar tiene básicamente tres opciones:

##### a. Acción cambiaria

La cual se ejerce según lo regulado en el Código de Comercio en los artículos 615 al 630. El Artículo 630 establece: Procedimiento ejecutivo. El cobro de un título de crédito dará lugar al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito, salvo que el protesto fuere legalmente necesario. Para los efectos del procedimiento, se tendrá como domicilio del deudor el que aparezca en el título.

En este punto es importante indicar que si bien la legislación regula un procedimiento de carácter mercantil, ello no es excluyente para que un tribunal del orden penal



establezca o no la comisión de un hecho delictivo. Al respecto la Corte de Constitucionalidad se pronunció sobre este aspecto en la sentencia del expediente de apelación de amparo número 1187-2012 de fecha veintiocho de junio de dos mil doce, en la cual en su parte conducente estipula:

“Es importante resaltar, que si bien la legislación civil y mercantil contemplan vías procesales propias ante la falta de pago de documentos de crédito como el cheque, en la que la pretensión radica en el cobro del valor económico que el título representa o bien de la relación jurídica causal del referido título de crédito; la acción penal busca, entre otros fines, la sanción a un comportamiento criminalmente relevante que, en el presente caso, surge por la emisión de cheques que, supuestamente, fueron emitidos sin provisión de fondos, supuesto fáctico tipificado en el Artículo 268 del Código Penal, siendo el proceso penal la vía idónea para su juzgamiento.”<sup>26</sup>

- b. Ejercer la acción del delito de estafa mediante cheque, únicamente si éste careciere de fondos:

Atendiendo al principio de legalidad, la estafa mediante cheque únicamente puede penalizarse si se dan los elementos de su tipificación. En ese sentido, el único motivo por el cual se puede accionar este delito es porque un cheque presentado para su cobro carezca de fondos.

---

<sup>26</sup> Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. **Sentencia del expediente de apelación de amparo número 1187-2012**. Disponible en. <http://www.cc.gob.gt/sjc/frmConsultaW.aspx> (30/11/2013)





El procedimiento a seguir de conformidad con el Artículo 24 quater del Código Procesal Penal, se encuentra regulado en los Artículos 474 al 483 del mismo cuerpo legal, siendo un delito de acción privada.

El Artículo 474 del Código Procesal Penal establece: “Quien pretenda perseguir por un delito de acción privada, siempre que no produzca impacto social, formulará acusación, por si o por mandatario especial, directamente ante el tribunal de sentencia competente para el juicio, indicando el nombre y domicilio o residencia del querellado y cumpliendo con las formalidades requeridas.

Es importante mencionar que el Artículo 475 del mismo cuerpo legal regula la facultad que tienen los jueces para desestimar las querellas en donde el hecho no constituya delito, cuando no se pueda proceder o cuando faltará algunos de los requisitos previstos.

- c. Ejercer la acción del delito de estafa si el cheque no fuere pagado por cualquier otro motivo que no fuera la carencia de fondos.

Existen casos en los cuales un cheque no puede ser cobrado, no porque carezca de fondos, sino que a razón de cualquier otro artificio, engaño o ardid utilizado por el sujeto activo del delito su cobro no es posible. Ello no permite que se inicie una acción por el delito de estafa mediante cheque ante lo cual el afectado únicamente puede instar a la persecución penal por el delito de estafa.



#### 4.6. Importancia de una reforma relativa a la tipificación de delito de estafa mediante cheque.

Los supuestos jurídicos del tipo penal descrito en la norma que contempla la estafa mediante cheque, no regula la hipótesis de una cuenta cancelada, por tal razón la persona que se ve perjudicada con recibir el título, simplemente no puede accionar por el delito de estafa mediante cheque, sino por el delito de estafa propia.

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

Los fondos depositados en las instituciones de crédito, con la potencialidad económica que les presta su concentración, se canalizan hacia el comercio y la industria, favoreciendo la creación de nuevas fuentes de riqueza en beneficio de la economía general y de la prosperidad del país.

Para lograr una mayor difusión del empleo del cheque en los pagos, por las importantes ventajas que del mismo se derivan en los ámbitos particular y general, las leyes de casi todos los países han dotado al cheque de un régimen legal privilegiado, eximiéndolo del pago de impuestos u otorgándole beneficios fiscales de otra índole, concediendo una



enérgica protección al derecho del tenedor, y consecuentemente a la circulación de este documento a través inclusive de sanciones de carácter penal.

Las constantes frustraciones de las personas que han sido estafadas por haber recibido un cheque de una cuenta cancelada, no tienen obligación legal, ni el alcance de suponer que se les está estafando.

Es necesario determinar cuáles son los efectos económicos y jurídicos que afectan las relaciones civiles y mercantiles, de la población del municipio de Guatemala, derivado de la ineficacia en la regulación del delito de estafa mediante cheque, cuando el Artículo 268 del Código Penal, no contempla que dicho delito se realiza al librar un cheque de una cuenta cancelada.

Es evidente que la persona que recibe un cheque desconoce la situación en la que se encuentra la cuenta del girador en la institución bancaria, ya que recibe el título de buena fe y se da por bien pagado, hasta el momento de que el Banco niega el pago. En la práctica de los órganos jurisdiccionales, al iniciarse el proceso penal, rechaza para su trámite las querellas que se presentan por el delito de estafa mediante cheque, si el rechazo se debió a que la cuenta estaba cancelada y con justa razón, puesto que la norma penal no contempla ese supuesto.

Como justificación para regular en mejor forma el delito de estafa mediante cheque, se debe partir de que el derecho debe regular las conductas de los habitantes de un lugar,

por lo que al existir en la práctica civil y comercial, el uso de títulos de crédito como lo es el cheque como un medio de pago de una obligación, es un acto humano que debe ser regulado, puesto que causa efectos en el mundo jurídico, si por cualquier circunstancia no llegare a efectuarse su pago.

Como sucede en la actualidad, muchas personas cancelan sus cuentas bancarias y se quedan en posesión de los talonarios de cheques, lo cual les permite girarlos con intención de defraudar a otra persona.

Es práctica común que las personas que reciben cheques en calidad de pago de alguna obligación, o pago inmediato de alguna compra, confía en que de no ser posible el cobro podrá accionar en la vía penal, por el delito de estafa mediante cheque. Sin embargo al momento de presentarse a la institución bancaria por el no pago título-cheque, por estar la cuenta cancelada, accionan ante los órganos jurisdiccionales, recibiendo una frustración más, al indicárseles que la acción no puede ser estafa mediante cheque, sino por el delito de estafa.

Debe quedar claro que el cheque que es rechazado para su pago por que la cuenta esta cancelada, no varía la intención del sujeto activo del delito, por el contrario, se manifiesta en mayor medida la intención de defraudar al tenedor del título, lo cual es una deficiencia en la regulación de la institución del cheque.

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

Fundamentalmente es un instrumento o medio de pago que substituye económicamente al pago en dinero. El destino del cheque consiste en ser usado como instrumento de circulación de dinero, como medio de pago, en lugar de la moneda legal. El pago mediante cheque no produce los mismos efectos jurídicos que el pago realizando en moneda del curso legal. En efecto, quien paga una deuda con un cheque en vez de hacerlo con moneda circulante no se libera frente a su acreedor.

El pago con cheque no es pro soluto vendo. Esto es la entrega del cheque no libera jurídicamente al deudor ni, consecuentemente extingue su débito. Sino que esto sucede hasta que el título es cubierto por el librado.

Por lo anteriormente expuesto, es recomendable realizar la reforma en el Código de Comercio, permitiendo así iniciar la acción penal por el delito de estafa mediante cheque cuando la cuenta se encuentre cancelada.

En tal sentido, se propone un proyecto de reforma, que permita tener clara la redacción para facilitar proteger a los sujetos pasivos el delito de estafa mediante cheque, debiendo tener en cuenta la redacción que el Código de Comercio establece en su Artículo 496, que establece:



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

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

#### 4.7. Reforma del Artículo 496 del Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

Al Congreso de la República de Guatemala le corresponde proponer, crear y aprobar las leyes. Dentro de sus funciones puede impulsar una iniciativa de ley que en buena medida resuelva el problema manifestado en la presente investigación, ya que los

juzgadores por sí mismos se encuentran sujetos y limitados por el texto legal y es en materia penal donde ello cobra importancia ya que de acuerdo al principio de legalidad los jueces no pueden juzgar y condenar sino es por una conducta tipo, descrita claramente en ley.

Es en este sentido que existe una interrelación entre la normativa penal y mercantil, analizada en la presente investigación, ya que la tipificación del delito de estafa mediante cheque tiene sus fundamentos en una figura de comercio como lo es el cheque y es por ello que debe existir concordancia entre lo que regula y protege el Código de Comercio y lo que tipifica el Código Penal. De lo contrario estaríamos frente a normas escritas con aplicaciones escuetas.

Los legisladores deben tomar en cuenta que, al relacionarse la institución del cheque con el Código Penal y su vinculación con el Código de Comercio, deberán realizarse cambios no en la legislación penal, sino en la legislación mercantil; es decir, el Código de Comercio. A través de una reforma legal, se permitirá distinguir en forma clara cuales son los elementos del delito y las circunstancias que permiten tipificarlo, evitando con ello que el patrimonio de las personas sufra un detrimento por la comisión de un acto delictivo.

Las personas que reciben un cheque, lo hacen de buena fe, sabiendo que es un pago que salvo su buen cobro, tiene carácter de efectivo, puesto que confían que al llegar a la institución bancaria se les pagara en forma inmediata.



La seguridad del tráfico mercantil efectivo y responsable, fomenta el desarrollo económico del país y es a través de la creación y aplicación de legislación coherente y efectiva como se logran este tipo de aspiraciones. Ya que ello creará beneficios no solo para las personas que reciben los cheques sino también para todos los guatemaltecos

#### 4.7.1. Propuesta de reforma

### DECRETO NÚMERO

### EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

#### CONSIDERANDO:

Que el Estado debe proteger a los sujetos de toda actividad comercial en el país, así como el desarrollo y seguridad jurídica de las personas que se encuentran en el territorio nacional, en las relaciones jurídico comerciales que realice, determinado a través de normas jurídicas, el uso del tráfico mercantil de los cheques como títulos de crédito y medio de pago de obligaciones y transacciones mercantiles en forma ágil.

#### POR TANTO

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.





DECRETA:

LA REFORMA DEL ARTÍCULO 496 DEL DECRETO 2-70 DEL CONGRESO DE LA  
REPUBLICA. CODIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA

Artículo 1. Se adiciona al Artículo 496 el siguiente párrafo, que quedará redactado así:

“También comete el delito de estafa mediante cheque, la persona que conservando los títulos de crédito de una cuenta cancelada en una institución bancaria, ponga en circulación los mismos, defraudando a otros al entregar en pago, cheques que carecen de validez legal”.

Artículo 2. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

REMÍTASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y  
PUBLICACIÓN.

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE  
GUATEMALA, EL \_\_\_\_ DE \_\_\_\_\_ DE DOS MIL \_\_\_\_\_



## CONCLUSIONES

1. El signatario de un título de crédito queda obligado en su cumplimiento, y es responsable de los daños y perjuicios que se causen al tenedor, en caso de negativa de pago del título.
2. El bien jurídico tutelado, tanto en los delitos relativos a la Estafa, es el patrimonio; sin embargo, se debe tomar en cuenta que en el caso del delito de estafa mediante cheque, además de atentar contra el patrimonio de una persona, se está atentando contra la seguridad jurídica del tráfico comercial.
3. El uso de cheques de cuentas que han sido canceladas, para el pago de deudas, facilita la defraudación de personas, sin que estas puedan acceder al sistema de justicia, para acusar a sus defraudadores por el delito de estafa mediante cheque, debido a que esta acción no forma parte del tipo penal.





## RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe legislar como delito, el dolo del sujeto que tiene la intención de defraudar a la otra persona en su patrimonio, con el simple hecho de poner en circulación un cheque de una cuenta bancaria que se encuentra cancelada, tomando en cuenta que, al relacionarse la institución del cheque en el Código Penal y su relación con el Código de Comercio, éste debe ser concreto y claro para que su interpretación quede completamente clara y acorde entre sí ambas normativas.
2. Las instituciones del sistema bancario nacional, deben accionar penalmente, en forma solidaria en contra de aquellos sujetos que con el ánimo de defraudar a terceros, ponen en circulación cheques que han sido proporcionados por estas instituciones, en virtud de que se pone en duda la honorabilidad del ente bancario.
3. El Estado debe proteger a las personas que reciben en pago un cheque común, regulando su uso dando certeza de que podrán accionar por el delito de estafa mediante cheque, cuando el título librado sea de una cuenta bancaria cancelada.





## BIBLIOGRAFÍA

- AMUCHATEGUI Requena, Griselda. **Derecho penal**. México. 2da ed.; (s.l.i.) Oxford University Press, 2001.
- Antecedentes.net. **Antecedentes del derecho mercantil**. Disponible en. <http://www.antecedentes.net/antecedentes-derecho-mercantil.html>. (15/12/2013)
- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. 1ra ed; Argentina: Editorial Hammurabi. R.L. 1994.
- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general. Tercera reimpresión. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A., 1996.
- Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. "Sentencia del expediente de apelación de amparo número 1187-2012", 2012, <http://www.cc.gob.gt/sjc/frmConsultaW.aspx> (30 de noviembre de 2013)
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco**; parte general y parte especial. 20va ed; Guatemala, Guatemala: Magna Terra Editores, 2010.
- EUDORO Balsa ANTELO, Carlos A. **Técnica jurídica del cheque**. (s.l.i.), Editorial Depalma.. 1977.
- HORMAZABAL MALARRE, Hermán. **Bien Jurídico y estado social y democrático de derecho**. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica ConoSur. 1991.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, política y sociales**. 1ra. edición electrónica. Guatemala, Guatemala: Datascan, S.A. (s.f.). <http://derecho.upla.edu.pe/pdf/diccionariosorio.pdf> (12 de diciembre de 2013).
- RUIZ, Yorliny. "Guía marco legal". <http://www.milenio.com/cdb/doc/impreso/7129286> (30 de noviembre de 2013).
- VASQUEZ MÉNDEZ, Guillermo. **Tratado sobre el cheque: historia, legislación, doctrina y jurisprudencia**. 1ra ed; Santiago de Chile, Chile: Editorial jurídica de Chile, 2000.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala, Guatemala; Editorial Universitaria; 1989.
- Wikipedia la enciclopedia libre. "Título de crédito". [http://es.wikipedia.org/wiki/T%C3%ADtulo\\_de\\_cr%C3%A9dito](http://es.wikipedia.org/wiki/T%C3%ADtulo_de_cr%C3%A9dito) (10 de diciembre de 2013).



## **Legislación:**

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

**Código Civil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley 106, 1973.

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

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

**Código Procesal Civil y Mercantil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1973.

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