

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

**LA RECUPERACIÓN BANCARIA DE LOS CHEQUES NO UTILIZADOS COMO
REQUISITO PREVIO A LA CANCELACIÓN DE UNA CUENTA CORRIENTE**

LUIS EDUARDO XOCOY CRUZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2015

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

**LA RECUPERACIÓN BANCARIA DE LOS CHEQUES NO UTILIZADOS COMO
REQUISITO PREVIO A LA CANCELACIÓN DE UNA CUENTA CORRIENTE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS EDUARDO XOCOY CRUZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2015

**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.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Gustavo Adolfo Romero Queme
Secretario:	Licda.	Jacqueline Ziomara Archila Chávez
Vocal:	Lic.	Moisés Raúl De León Catalán

Segunda Fase:

Presidente:	Licda.	Blanca María Chococho Ramos
Secretario:	Lic.	Álvaro Hugo Salguero Lemus
Vocal:	Licda.	Roxana Elizabeth Alarcón Monzón

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).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala.
 28 de octubre de 2014.

Atentamente puse al (a) Profesor(a) EDGAR IVAN MORALES CARRILLO
 para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
LUIS EDUARDO XOCOY CRUZ con carné 9610532
 titulado LA RECUPERACIÓN BANCARIA DE LOS CHEQUES NO UTILIZADOS COMO REQUISITO PREVIO A LA CANCELACION DE UNA CUENTA CORRIENTE.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante, dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción: 18 de octubre 2014

Asesoría





LIC. EDGAR IVAN MORALES CARRILLO
ABOGADO Y NOTARIO
11 Calle 9-44, Oficina 8, Zona 1 de Guatemala.

Guatemala, 9 Junio de 2015

Doctor Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la unidad de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

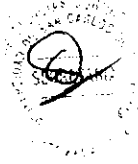
Respetable Doctor:
Bonerge Amílcar Mejía Orellana

En cumplimiento de la resolución de fecha veintiocho de octubre de dos mil catorce, por medio de la cual fui nombrado como asesor del bachiller Luis Eduardo Xocoy Cruz de su trabajo intitulado: “LA RECUPERACIÓN BANCARIA DE LOS CHEQUES NO UTILIZADOS COMO REQUISITO PREVIO A LA CANCELACIÓN DE UNA CUENTA CORRIENTE”, me complace manifestarle que dicho trabajo satisface los requerimientos siguientes:

A) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, la misma cumple con los requerimientos exigidos por el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en virtud de que se analizan aspectos mercantiles importantes y de actualidad.

B) El método utilizado para elaborar el informe final fue el deductivo, que permitió el análisis del normativo mercantil de Guatemala, la técnica utilizada en la redacción de la tesis fue la bibliográfica a la vez consultado diversidad de temas expuestos por autores nacionales.

C) La conclusión discursiva se ve la importancia en el Derecho Mercantil ya que va dirigido al análisis de la institución del título de crédito denominado cheque y la incorporación que permita tipificar una obligación y sanción para los bancos del sistema, al no recuperar los talonarios de cheques no utilizados de una cuenta



LIC. EDGAR IVAN MORALES CARRILLO
ABOGADO Y NOTARIO
11 Calle 9-44, Oficina 8, Zona 1 de Guatemala.

bancaria, vulnerando los principios de verdad sabida y buena fe guardada en que se basan las transacciones Mercantiles, en Guatemala.

D) La Bibliografía utilizada es la adecuada y expone los puntos de vista de autores nacionales, relacionados siempre con el Derecho Mercantil y su aplicación en Guatemala.

E) La redacción de la tesis es clara de modo que su lectura es de fácil comprensión para cualquier persona; habiendo el estudiante aceptado todas las sugerencias y correcciones que le hiciera para una mejor redacción del informe.

Por todo lo anterior considero que el trabajo de tesis cumple con todos los requerimientos exigidos por el normativo, razón por la que apruebo el informe final y emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo continúe su trámite para el examen público de tesis, así declaro expresamente que no soy pariente dentro de los grados de ley del bachiller que asesoro.

Sin otro particular, me suscribo de usted con muestras de consideración y respeto,

LICENCIADO EDGAR IVAN MORALES CARRILLO
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 8560

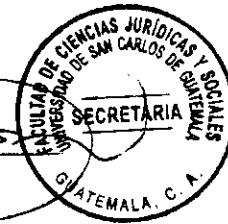




DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala. 26 de agosto de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante LUIS EDUARDO XOCOY CRUZ, titulado LA RECUPERACIÓN BANCARIA DE LOS CHEQUES NO UTILIZADOS COMO REQUISITO PREVIO A LA CANCELACIÓN DE UNA CUENTA CORRIENTE. 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.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



DEDICATORIA

A DIOS:

Ya que todo está de conformidad con tu voluntad.

A MIS PADRES:

Silverio Xocoy Ramos y Rosa Cruz Chuga de Xocoy por su apoyo incondicional y ser un gran ejemplo en mi vida, estaré eternamente agradecido.

A MI ESPOSA:

Marta Ruth por todo tu apoyo y tu amor.

A MI HIJO:

José Adrián que este triunfo que he alcanzado, le sirva de ejemplo para su vida, tal y como mi padre es para mí.

A MIS HERMANOS:

Con cariño

A MIS MAESTROS:

Con todo mi corazón, les agradezco sus sabios consejos.

**A TODOS MIS AMIGOS Y
COMPAÑEROS DE TRABAJO:**

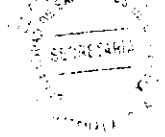
Con aprecio y cariño sincero.

A:

En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

A USTED:

Con todo respeto.



PRESENTACIÓN

El presente trabajo, pertenece a la rama del derecho mercantil, enfocándose en una investigación cualitativa, para la obtención de mayor cantidad de datos válidos, para la presentación final. Siendo necesario determinar, cuáles son las consecuencias jurídicas, sociales y económicas derivadas de la no recuperación de los cheques de cuentas canceladas, abarcando un período comprendido del año 2014 al mes de junio de 2015.

Como sujetos de estudios, el trabajo se enfoca en los cuenta habientes de los bancos del sistema guatemalteco, quienes utilizan cuentas bancarias y talonarios de cheques; como objeto de estudio el sistema bancario guatemalteco, quien proporciona los talonarios de cheques a sus usuarios, sin tener control efectivo de las cuentas canceladas y devolución de los títulos de crédito no utilizados.

El aporte de la investigación, fue demostrar que al cancelarse una cuenta por parte de un cliente de un banco del sistema, dicha entidad no exige que se devuelvan los talonarios de cheques no utilizados, así como no existe forma de informar a terceros, que una persona en particular, ya no es cuenta-habiente de un banco. La legislación actual no responde ni garantiza la institución del cheque, la cual necesita de la tutela que da la represión penal puesto que al sustituirse por medio del cheque la circulación directa del dinero, no es posible lograr su aceptación universal en el comercio, si los tomadores del documento no gozan de las garantías jurídicas suficientes tuteladoras de la buena fe de la emisión en la rápida circulación y en el exacto pago del documento.

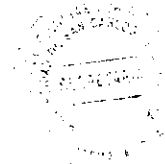


HIPÓTESIS

La presente investigación de tesis, se realizó según la variable independiente y en el presente estudio influyen instituciones como las bancarias del país, así como los cuentahabientes que utilizan como medio de pago, títulos de crédito denominados cheques.

Como estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, encaminé mi investigación, tomando como unidad de análisis la utilización de cheques como medio de pago de transacciones mercantiles o pagos de servicios, no obstante, la defraudación patrimonial que sufre aquella persona, que recibe un cheque como medio de pago y resulta que el librador ya ha cancelado la cuenta bancaria.

La hipótesis operativa utilizada en esta investigación, se realiza un análisis de la obligación legal, que deberían tener los bancos del sistema, de recuperar los talonarios de cheques no utilizados por los cuentahabientes que cierran sus cuentas bancarias, evitando con ello afectar patrimonialmente al resto de la población en general.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El método utilizado para la comprobación de la hipótesis, fue el deductivo, el cual consiste en la aplicación de este método se necesita de silogismos lógicos, en donde silogismo es el argumento que consta de tres proposiciones, es decir se comparan dos extremos denominados premisas o términos, con un tercero para descubrir la relación entre ellos.

La hipótesis planteada en el plan de investigación, fue validada al ser afirmada con la información y el análisis del trabajo final de la investigación, llegando a la conclusión que es necesario la reforma del Código de Comercio, en relación a la recuperación de los títulos de crédito denominados cheque, previo a la cancelación de una cuenta bancaria, evitará que se cometa el ilícito de estafa mediante cheque.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Los títulos de crédito.....	1
1.1. El derecho mercantil.....	3
1.1.1. Definición.....	4
1.1.2. Características.....	5
1.1.3. Principios del derecho mercantil.....	6
1.2. Los títulos de crédito y el cheque.....	7
1.2.1. El cheque.....	9
1.2.2. Los caracteres jurídicos del cheque.....	11

CAPÍTULO II

2. El sistema bancario y las cuentas bancarias.....	17
2.1. El sistema bancario.....	17
2.2. Los bancos comerciales.....	19
2.3. La garantía como causal para la emisión de un cheque.....	21
2.4. Requisitos para aperturar cuenta bancaria de cheques.....	24
2.5. Las cuentas bancarias y manejo de cuenta por medio de cheques comunes.....	25

CAPÍTULO III

3. El delito de estafa mediante cheque.....	33
3.1. El derecho penal.....	33
3.2. Definición de derecho penal.....	35
3.3. Fuente del derecho penal.....	36
3.4. La ley penal como especie.....	37
3.5. El objeto de la teoría del delito.....	38
3.6. El delito.....	41
3.7. Análisis del delito de estafa mediante cheque.....	43

CAPÍTULO IV

4. Las repercusiones jurídicas del pago con un cheque de una cuenta cancelada	51
4.1. El comercio nacional y pago con cheque.....	51
4.2. El proceso bancario para el pago de un cheque.....	54
4.3. El efecto negativo de no recuperar los talonarios de cheques.....	56
4.4. Proyecto de reforma del Código de Comercio.....	57
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	67
BIBLIOGRAFÍA	69

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, va dirigido al análisis de la institución del título de crédito denominado cheque, los cuales en Guatemala, son utilizados en la de negociaciones civiles y mercantiles, utilizados como medio de pago. La relación existente entre el girador y un banco constituye un contrato de cuenta corriente bancaria.

La problemática investigada, radica en la situación de que los bancos del sistema financiero guatemalteco, al cancelarse una cuenta bancaria, no exigen a sus cuentahabientes, la entrega de los talonarios de cheques no utilizados.

Se comprueba la hipótesis, al establecer que la persona que recibe en pago un cheque, asume que al presentarse a la institución bancaria que corresponda, se le hará efectivo el pago, sin importar la situación de la cuenta en el banco, lo cual no sucede, derivado que se le expone que el titular de la cuenta, ya la ha cancelado.

Los objetivos se centraron en reformar el Código de Comercio, incorporando el supuesto que permita tipificar una obligación y sanción para los Bancos del Sistema, al no recuperar los talonarios de cheques no utilizados de una cuenta bancaria. Se trata de delimitar los efectos negativos del mal uso del cheque como título de pago y como afecta el patrimonio del sujeto pasivo el delito.

El trabajo desarrollado se dividió en cuatro capítulos: El primero trata sobre los títulos de crédito; el segundo desarrolla lo relacionado con el sistema bancario



y las cuentas bancarias; el tercero establece lo relativo al delito de estafa mediante cheque; y el cuarto establece las repercusiones jurídicas del pago con un cheque de una cuenta cancelada.

Los métodos utilizados en el desarrollo de la presente investigación, fueron los siguientes: El analítico, con la aplicación de este método se desglosará todo el conocimiento en partes, en relación con los factores jurídicos que deben analizarse tales como leyes, fenómenos y tráfico mercantil. Se trata de determinar el uso del cheque como título de crédito y de pago, el cual necesita tener certeza jurídica; el sintético, con este método se enlaza la relación abstracta, esencial con las relaciones concretas, se construirá un tejido teórico cuyos vínculos son la ley, las mediaciones y el fenómeno concreto. Se establecerán las teorías que se relacionen con el tema no solo mercantil, sino de derecho penal, analizando la relación entre dichas leyes; el inductivo, se aplica utilizando la información recabada sobre el fenómeno que se estudia, realizando un ordenamiento lógico de la misma, orientando desde el proceso de síntesis una inducción del pensamiento; utilizando la técnica de investigación bibliográfica.

Es una realidad que los bancos del sistema, no cuentan con los procedimientos idóneos para garantizar la circulación de los cheques librados por los cuentahabientes, ni obligación de recuperar los mismos.



CAPÍTULO I

1. Los títulos de crédito

En la última etapa de la Edad Media, cuando el tráfico comercial se intensificó a través del mar Mediterráneo, se dieron una serie de atracadores que pirateaban a los comerciantes y a las naves mercantes cuando regresaban a sus ciudades con el producto de las negociaciones.

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

Desde esa misma época datan los principios que han inspirado la existencia de los títulos de crédito, los cuales se unificaron en algunos sistemas jurídicos, como por ejemplo el sistema latino; no así en el derecho inglés y norteamericano, en donde no se llegó a uniformar criterios sobre la práctica de los títulos de crédito. A finales del siglo pasado, tanto Inglaterra como los Estados Unidos principiaron a legislar sobre la materia, con una clara tendencia a seguir los patrones legislativos que han servido para crear leyes uniformes en diversas regiones del mundo.”¹

¹ Freixas, Xavier. **Economía bancaria**. Pág. 14



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

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

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

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

² Villegas Lara, Rene Arturo. *Derecho mercantil guatemalteco*. Pág. 12



1.1. El derecho mercantil

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir el desarrollo de la civilización.

“La progresiva división del trabajo, va a condicionar las relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil. Por esa división apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor.”³

Surge el profesional comerciante; y así también la riqueza que se produce adquiriendo la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que es elaborada para ser intercambiada para ser vendida.

Los satisfactores tienen entonces, un valor de cambio y se producen con ese objeto.

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

³ Vera Smith, Fernando. *Diagrama de flujo*. Pág. 49



1.1.1. Definición

“La palabra mercantil deriva de la palabra mercancía, que es cualquier cosa mueble que se hace objeto de trato o venta y mercantil es todo aquello perteneciente o relativo al mercader, a la mercancía o al comercio.”⁴

La palabra que les dio origen a todas las palabras anteriores es la de mercar, que significa adquirir algo por dinero, comprar, y de ésta última deriva la palabra mercante, el cual es la persona que comercia en géneros vendibles.

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

“El derecho mercantil, es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil.”⁵

“Es el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los comerciantes en su actividad profesional, a los negocios jurídicos mercantiles y a las cosas mercantiles.”⁶

⁴ Freixas, Xavier. *Op. Cit.* Pág. 16

⁵ Castán Tobeñas, José. *Derecho civil común español.* Pág. 8

⁶ Albaladejo García, Manuel. *Derecho civil I.* Pág. 24



1.1.2. Características

El concepto de derecho mercantil sirve ante todo para delimitar, en el conjunto de las relaciones sociales, las que se deben considerar sometidas a las normas peculiares de aquél, por eso su determinación es una cuestión eminentemente práctica, que permite obtener sus características.

El derecho mercantil nació del derecho aplicado por los tribunales que funcionaban en el seno de los gremios y corporaciones medievales de comerciantes.

La sumisión a esta jurisdicción estaba basada en la pertenencia a dichos organismos; pero, cuando se trató de determinar quiénes, cuándo y cómo debían formar parte de los mismos, fue preciso determinar la esencia del derecho mercantil.

La satisfacción de las diversas necesidades sociales requiere el mantenimiento de un orden adecuado, la regulación del cual corresponde a normas de la más distinta naturaleza. Como características se pueden establecer las siguientes:

a) Poco formalista

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



b) Adaptabilidad

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

c) Tiende a ser internacional

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

d) Rapidez

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

e) Seguridad jurídica

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

1.1.3. Principios del derecho mercantil

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir el desarrollo de la civilización.



La progresiva división del trabajo, como fenómeno histórico, va a condicionar relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil. Por esa división, apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos, llevándolos del productor al consumidor.

Surge el profesional comerciante; y así también la riqueza que se produce adquiere la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que es elaborada para ser intercambiada o para ser vendida. Los satisfactores tienen, entonces, un valor de cambio y se producen con ese objeto.

Respecto a los principios de la verdad sabida y buena fe guardada, las partes que se obligan conocen en verdad sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, para no darle una interpretación distinta a los contratos, ya que de otra manera se destruiría la seguridad del tráfico comercial. Dentro de los principios que rigen al derecho mercantil, se pueden enunciar los siguientes: La buena fe, la verdad sabida, toda prestación se presume onerosa, la intención de lucro, ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

1.2. Los títulos de crédito y el cheque

Los títulos de crédito son documentos que llevan incorporados los derechos que confieren a sus legítimos tenedores, los cuales son necesarios para ejercitar y transmitir los derechos en ellos consignados.

Son títulos valores aquellos documentos en los que se da una especial relación entre el derecho y el documento, de tal manera que haya una conexión permanente, de tal modo que no pueda invocarse el derecho sin tener el documento.

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

“La civilizaciones más caracterizadas por la historia hubieron de realizar tráfico comercial y fomentaron costumbres para regirlo. Los egipcios, los fenicios, los persas, los chinos, el mismo hombre americano, comerciaron.”⁷

Pero, el derecho que esa actividad pudo generar no pasa de ser un lejano antecedente de la materia que se estudia.

Se instituyeron figuras que aún ahora, con diferente ropaje, existen en el derecho mercantil de este tiempo. Por ejemplo, el préstamo a la ventura, como el contexto lo sugiere, un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor, a que el naviero partiera y regresara exitosamente de su destino.

⁷ Castán Tobeñas, José. *Op. Cit.* Pág. 17



En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado, si ocurría un siniestro en altamar; era un préstamo aventurado; esta institución se considera como antecedente del contrato de seguro.

1.2.1. El cheque

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

“... uno de los títulos de crédito cuyo origen se estudia dentro del derecho bancario, pues comúnmente se asocia su institucionalidad al fortalecimiento de esa actividad económica.”⁸

El cheque es un título de crédito triangular en virtud del cual una persona denominado librador, da una orden de pago a una institución bancaria denominada 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.

“... 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

⁸ Villegas Lara, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 12



cheque no tiene un crédito; se le considera más un instrumento de pago, similar al papel moneda...”⁹

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

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

- Un formulario impreso o aprobado por un Banco.
- Solamente se puede librar contra éste.
- Conteniendo una orden incondicional de pagar.
- Nombre del Banco librado.
- Pueden girarse a la orden o al portador.
- Tener Fondos el librador.
- Firma autógrafa cuando así lo convenga el Banco.
- Todos los requisitos para los documentos de crédito.

⁹ Villegas Lara, Rene Arturo. Op. Cit. Pág. 17



1.2.2. Los caracteres jurídicos del cheque

Como título de crédito, es un documento, pero un documento de naturaleza especial.

Es un documento constitutivo y dispositivo, no simplemente probatorio. Constitutivo porque sin el documento no existe el derecho.

Pero como es necesario además para la transmisión y para el ejercicio del derecho, se le califica también como documento dispositivo.

El cheque es además un documento de naturaleza esencialmente formal, en cuanto a que la ley exige para su validez, que contenga determinados requisitos y menciones, en ausencia de los cuales no producirá efectos de título de crédito.

El cheque participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito.

Como el tema corresponde a la teoría general de los títulos de crédito, porque se encuentra tan íntimamente ligado a él que sin la existencia del título no existe el derecho, ni por tanto la posibilidad de su transmisión o de su ejercicio.

El documento es lo principal y el derecho lo accesorio, el derecho no existe ni puede ejercitarse, sino es en función del documento.

El 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 una determinada suma de dinero. 2º. El nombre del Banco librado. Cuando así se convenga con el Banco librado, la firma autógrafa del librador puede ser omitida en el cheque y deberá ser sustituida por su impresión o reproducción. La legitimidad de la emisión podrá ser controlada por cualquier sistema aprobado por el Banco."

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

- 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 de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito.
- Es considerado cosa mercantil.
- Es un título estrictamente bancario.
- Se caracteriza por la exigencia de una previa provisión de fondos en poder del librado.



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

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

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

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

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

El librador ordena al librado el pago del cheque, pero, al propio tiempo, se obliga frente al tomador a que el cheque será pagado, le promete su pago.

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



puesta. La idea de plazo es, pues, inconciliable con la esencia del cheque, concebido éste como medio o instrumento de pago.


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

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

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

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

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



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

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

Fundamentalmente el cheque se utiliza como sustituto del dinero o instrumento de pago. Cumple esta función cuando el banco contra el cual se gira el documento efectúa el pago al beneficiario o tenedor.

Para que el cheque cumpla la función que le es inherente; esto es, ser sustituto del dinero, es esencial que se le conciba sólo como un documento a la vista y pagadero a su sola presentación.

Cuando el cheque es pagado por el banco librado sirve igualmente como medio de prueba, de la real efectivización del pago.

El cheque es asimismo un instrumento de pago por compensación, que se refleja en las diversas transacciones de pago que efectúan acreedores y deudores dentro de todo el sistema bancario; lo cual se consolida a través de



la compensación que efectúan entre si los bancos sobre las sumas de cada uno de los cheques depositados en ellos.



CAPÍTULO II

2. El sistema bancario y las cuentas bancarias

“El sistema financiero se define como el conjunto de instituciones cuyo objetivo es canalizar el excedente que generan las unidades económicas con superávit hacia las unidades que tienen déficit. Es captar capitales en sectores en los que este excede, para invertirlo en las áreas en las que es escaso.”¹⁰


2.1. El sistema bancario

Derivado de los cambios económicos y sociales que han sufrido los sistemas bancarios a lo largo de la historia de las economías mundiales, estos se han clasificado de la siguiente forma:

- Sistema de Banca Libre
- Sistema de Banca Central
- Sistema de Banca Nacionalizada

En el sistema de banca libre, los bancos funcionan cumpliendo con las leyes y normas técnicas que se hayan establecido pero sin sujetarse a las disposiciones de un banco determinado. En este sistema algunos bancos contaron con la respectiva autorización para emitir moneda como bancos

¹⁰ Villegas Lara, Rene Arturo. Op. Cit. Pág. 19



emisores. Este sistema bancario ya no se utiliza porque muchos bancos cometieron el abuso de emitir moneda sin el respaldo correspondiente.

En el sistema de banca nacionalizada, la característica de este sistema de bancos consiste en que los bancos que funcionan en un determinado país, pertenecen y son administrados por el Estado, de esta manera las utilidades generadas por las operaciones realizadas por estos, el Estado las utiliza para mejorar las condiciones de vida y satisfacer las necesidades de sus habitantes.

En el sistema de banca central, todos los bancos que integran el sistema bancario de un país, se establece un banco al que se le asigna la obligación de regular el volumen del dinero en circulación, el crédito y las diferentes operaciones que realizan los bancos.

En Guatemala por mandato constitucional este es el sistema bancario utilizado y el Banco de Guatemala es el banco designado para regular las operaciones descritas.

En el transcurso del tiempo, los bancos se han constituido en diferentes sistemas bancarios dependiendo del país donde se constituyen; sin embargo, comúnmente los bancos se han organizado en el sistema de Banca Central, el cual también es conocido como sistema de Banca Inglés y se conforma por tres partes:

- Banco Central



- Bancos Comerciales

- Otras instituciones auxiliares de crédito.

2.2. Los bancos comerciales

Los bancos comerciales persiguen obtener utilidades y se relacionan directamente con el público en general, pues todas sus operaciones las realizan generalmente con el sector privado.

Los bancos comerciales persiguen obtener utilidades de sus operaciones por lo tanto no les interesa el efecto que se produzca en la economía de un país. Los bancos comerciales son varios y se constituyen en sociedades anónimas.

Los bancos comerciales pueden realizar pocos o muchos negocios con el público general y estar constituidos en sociedades anónimas, por lo tanto tienen accionistas a quienes deberán satisfacer de la mejor manera posible.

Actualmente existen 21 bancos legalmente autorizados para operar en el país, como se puede observar siendo los siguientes:

1. El Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala.

2. Banco Inmobiliario, S. A.

3. Banco de los Trabajadores.



4. Banco Industrial, S. A.
5. Banco de Desarrollo Rural, S. A.
6. Banco Internacional, S. A.
7. Banco del Quetzal, S. A.
8. Banco Reformador, S. A.
9. Citi bank.
10. Banco Uno, S. A.
11. Primer Banco de Ahorro y Préstamo Para la Vivienda Familiar, S. A.
(VIVIBANCO)
12. Banco de la Republica, S. A.
13. Banco Americano, S. A.
14. Banco Privado para el Desarrollo, S. A. (BANCASOL)
15. Banco de Antigua, S. A.
16. Banco de América Central, S. A.
17. Banco Cuscatlán de Guatemala, S. A.



18. Banco Agromercantil de Guatemala, S. A.
19. Banco G&T Continental, S. A.
20. Banco de Crédito, S. A.
21. Banco Azteca de Guatemala, S. A.

El sector financiero guatemalteco está conformado por instituciones que están sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, este sector abarca un sistema bancario y uno no bancario. El primero incluye a los bancos comerciales y a las sociedades financieras, estas últimas, definidas por ley como instituciones especializadas en operaciones de banca de inversión.

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

“Garantía en derecho civil y comercial, es un mecanismo jurídico para proteger o asegurar el compromiso de que una determinada obligación será cumplida en tiempo y forma. Por encima de cualquier otra garantía, el Derecho conoce la llamada garantía patrimonial universal: todo acreedor, sea el que sea el origen de la deuda, sabe que el obligado al pago responde del cumplimiento de su obligación con todos sus bienes presentes y hasta con los que pueda llegar a tener si mejora de fortuna bienes futuros del deudor...”¹¹

¹¹ Villegas Lara, Rene Arturo. *Op.Cit.* Pág. 27

“Garantía es el afianzamiento, fianza. Prenda, caución. Protección contra peligro o riesgo.”¹²

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

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

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

Normalmente en las actividades civiles y mercantiles cuando se debe garantizar el pago de un negocio jurídico, las personas solicitan la comparecencia de otra persona que garantice la transacción debiendo comparecer como fiador.

¹² Giraldi, Pedro Mario. **Cuenta corriente bancaria y cheque**. Pág. 34

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

Es necesario determinar la intencionalidad de exigir un cheque en garantía a la persona que adeuda una cantidad de dinero o asume una obligación civil o mercantil, puesto que el objeto del cheque jamás será la obligación de pago en ese momento, debido a que la persona que recibe el cheque, sabe perfectamente que el mismo no tiene fondos y se le ha entregado de buena fe.

Surge la pregunta inmediata de que existe delito de estafa mediante cheque, si el mismo no tuviera fondos?, tal interrogante lleva a retomar la teoría del delito, en cuanto a la culpabilidad, puesto que no se puede concluir por sí, que existe intención es decir el dolo, que es supuesto principal de la norma penal.

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

La institución del cheque como se encuentra regulado actualmente, no contempla la figura del cheque en garantía, por el contrario, por esa razón la



persona que exige la entrega de un cheque sabiendo que el librador no posee fondos en su cuenta para cubrir el mismo, lo hace con la intención no de garantizar su pago, sino de tener la opción de utilizar la vía penal como alternativa para el cobro del monto total del cheque y el temor de la persona que extendió el mismo de ser perseguida y sancionada penalmente, incluso con prisión.

2.4. Requisitos para aperturar cuenta bancaria de cheques

La cuenta corriente bancaria es un contrato entre una persona o empresa y un Banco, mediante la cual el primero deposita dinero. La cuenta corriente permite depositar dinero en el banco para girarlo mediante cheques.

La cuenta corriente permite depositar dinero en el banco para girarlo mediante cheques.

El dinero de la cuenta corriente puede ser girado posteriormente a través de cheques, o bien puede sacarlo mediante un cajero automático y también hacer pagos mediante una tarjeta de débito, pagos automáticos de cuentas de servicios o pagar o girar dinero hacia otras cuentas a través del sitio web del banco.

Para cada una de estas transacciones, el contrato obliga al banco a hacer los pagos correspondientes, mientras haya dinero en la cuenta o mientras exista una cantidad de dinero disponible en una línea de crédito asociada a la cuenta.

El contrato obliga al cliente a mantener dinero en la cuenta o bien pagar la línea de crédito cuando haya sido ocupada. Y obliga al banco a entregar una chequera, tarjeta de cajero automático que al mismo tiempo puede ser una tarjeta de débito, dar acceso seguro a un sitio web e incluso otorgar una línea de crédito, cuyo monto dependerá de las características del cliente.

2.5. Las cuentas bancarias y manejo de cuenta por medio de cheques comunes

Se parte de la base de que para poder crear cheques, es necesario que el librador haya celebrado previamente un contrato con el banco que será su librado. Este contrato se le llama -Contrato de giro- o -Contrato de cheque-, que genera una cuenta de depósitos abiertos, cuyos fondos son retirables mediante el título de crédito llamado cheque. El banco es el depositario del dinero que su cuenta hab ente le va entregando y debe devolverlo conforme aquél se lo vaya ordenando. Estas órdenes se datan en los cheques y el pago se hace a favor de persona determinada o al portador, con cargo a los depósitos efectuados.

"Para ser más apegado a las condiciones que la mayoría de los Bancos requiere podemos concretizar de la manera siguiente:

- Formulario en Papel moneda diseñado por garantías de seguridad.
- Requiere descripción del número de Cuenta nombre del Cuenta habiente.



- Número de cheque en relación al talonario autorizado;
- Lugar y fecha.
- Orden de pagar al Portador o a una persona específica del cheque.¹³

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

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

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

- Cantidad en números.
- Cantidad en letras.
- Firma registrada del librador o cuenta habiente.

¹³ Giraldi, Pedro Mario. *Op.cit.* Pág. 35



- Eventualmente algún espacio para referencia de su emisión.

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

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

El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de creación, o sin fecha, es pagadero el día de la vista.

Los cheques deberán presentarse para su pago dentro de los 15 días calendarios de su creación. La presentación de un cheque en cámara de compensación surtirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado.

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

Si los fondos disponibles no fueren suficientes para cubrir el importe total del cheque, el librado deberá ofrecer al tenedor el pago parcial hasta el saldo disponible.

Si el acepta el pago parcial, el librado le entregará una fotocopia u otra constancia en el que figuren los elementos fundamentales del cheque y el monto del pago efectuado. El tenedor podrá rechazar el pago parcial.

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

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

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

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

a) Cheque con provisión garantizada

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

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

b) Cheque cruzado

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

c) Cheque certificado

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

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

Es aquel en que el librador pide antes de la emisión, que el librado certifique que existen fondos.

La certificación no puede ser parcial, ni extenderse en cheques al portador, así como no es negociable.

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.

d) Cheques con talón para recibos y causales

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

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

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

Al entregar el cheque de viajero el librador al beneficiario, éste estampará su firma en lugar adecuado del título.

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

f) Cheque de caja o de gerencia

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

g) Cheque para abono en cuenta

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

El borrado o alteración de la expresión o de cualquier agregado a la misma, se tendrán por no puestos.

Se corta la circulación del cheque si se pone que para abonar en cuenta. El librado que pague en forma diversa a la prescrita en los artículos anteriores, responderá por el pago irregular.

CAPÍTULO III

3. El delito de estafa mediante cheque

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

Es importante definir lo que es la estafa común, determinando la conducta que está calificada en la ley sustantiva y las variantes conocidas como elementos típicos.

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

3.1. El derecho penal

“Las ciencias eminentemente jurídicas, es sin lugar a dudas el derecho penal la disciplina cuya misión siempre ha sido filosóficamente, proteger valores fundamentales del hombre, tales como su patrimonio, su dignidad, su honra, su seguridad, su libertad, su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás, hasta llegar a la protección del Estado y de la

¹⁴ Ossorio Manuel, Manuel. *Diccionario jurídico de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 297

Sociedad en la medida en que se tutele y se garantice la convivencia humana.”¹⁵

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

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

“El 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 consumo necesario de la comunidad y empieza a acumularse una reserva, la cual es apropiada por los más fuertes o de mayor preeminencia, dando lugar entonces a las actividades de intercambio comercial, a la existencia de sujetos que dejan de ser productores y consumidores como al principio lo eran todos, para transformarse en intermediarios que se aprovechan de unos y otros. Entonces principian las desigualdades de orden socio-económico en el seno de la comunidad, creando las consiguientes divisiones y conflictos, pues se diferencia claramente un grupo de individuos que no trabaja ni en el cultivo de la tierra, ni en la caza, pesca y pastoreo, sino que se consagra al cambio e

¹⁵ De León Velasco, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 5

incremento de los bienes sobrantes en la colectividad y de los cuales se han apropiado; este grupo se enriquece y a la par de esa superioridad económica, afirma una jerarquía social por encima de los demás, se aprovechan de ello y los domina, poniéndolos pronto a su servicio.¹⁶

3.2. Definición de derecho penal

“Derecho Penal. Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así la responsabilidad del sujeto activo y asociado a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”¹⁷

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

Es el conjunto de normas jurídicas que regulan los delitos, las faltas, las sanciones y las medidas de seguridad creadas por el Estado.

“Tradicionalmente se ha definido el derecho penal en forma bipartita desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo... en suma podemos definir el Derecho Penal Sustantivo Material (como también se le llama), como parte del derecho, compuesto por un conjunto de normas establecidas por el

¹⁶ Alvarado Polanco, Romeo. *Introducción al derecho I*. Pág. 21

¹⁷ Ossorio, Manuel. *Op. Cit.* Pág. 238

Estado, que determinan los delitos, las penas y/o medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen”¹⁸

3.3. Fuente del derecho penal

Respecto al derecho penal existen diferentes fuentes, las cuales se desarrollan a continuación:

a) Fuentes formales

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

b) Fuentes directas de producción

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

c) Fuentes 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.

¹⁸ De León Velasco, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. *Op. Cit.* Pág. 5



La Ley es la única fuente directa del derecho penal, por cuanto que sólo esta puede tener el privilegio y la virtud necesaria para crear figuras delictivas y las penas o medidas de seguridad correspondientes.

d) Fuentes reales o materiales

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

3.4. La ley penal como especie

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

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

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

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



- Imperatividad. Las leyes penales contienen generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir, no dejado a la voluntad de las personas su cumplimiento.
- Sancionadora. Es siempre sancionadora de lo contrario seria una ley penal sin pena.
- Constitucional. Se fundamenta en la Constitución Política.
- Generalidad, obligatoriedad e igualdad. La Ley Penal se dirige a todas las personas que habitan 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.

3.5. El objeto de la teoria del delito

La teoría del delito es un proceso mediante el cual se determina los elementos de una conducta, su finalidad y en consecuencia la reciprocidad con lo que califica la ley penal.

Dentro de todo el contexto de teorizar una norma y una conducta, se lleva a cabo un proceso penal, con cada una de sus incidencias para llegar a una

etapa final de condena o absolución, para lo que es necesario previamente situar esta conducta bajo el imperio de la hipótesis normativa.

“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.”¹⁹

Razonar sobre premisas y consideraciones que lleven a una acepción, teniendo en cuenta que las pretensiones sociales llevan a visualizar la posibilidad de la comisión delictiva, generar un procedimiento mental en el cual encontremos definiciones, es situarse en momentos hipotéticos, sujetos a la eventualidad de que se podrán realizar, lo mismo ocurre en el delito, la ley sustantiva penal que conceptualiza, describe y pena la acción, está delimitada como una hipótesis normativa, la posibilidad de que se pueda o no dar efectivamente la comisión de ese delito.

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

La individualización de los actos humanos, al situarse en una norma bajo la lupa de los elementos del tipo penal, es la acción de encuadrar una conducta,

¹⁹ Bacigalupo, Enrique. **Manual de derecho penal general**. Pág. 67

tipificando lo realizado con lo sustentado en la norma, por ello al ser el primer paso.

Se está frente a una teoría, algo que no está plenamente comprobado y que está sujeta a esta comprobación, busca determinar la autenticidad de la acción y refutarle su comisión, dentro de la descripción típica para su análisis jurídico.

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

La teoría del delito es una construcción dogmática, que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto. La dogmática jurídico-penal establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal en forma segura y previsible y lo substraer de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación.

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

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

3.6. El delito

Desde un punto de vista formal, el delito es todo aquello que la ley describe como tal. Toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

Desde un punto de vista sustancial, es el comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las relaciones sociales y que frente a ello exige una sanción penal.

Definir al delito desde un punto de vista legal, es necesario definir al delito en la forma que se expone el Código Penal, tal como el delito doloso, culposo y consumado. El Artículo 11 del Código Penal establece respecto al delito doloso que: "... es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto."

Desde un punto de vista dogmático, es decir del deber ser, es la acción típica, antijurídica y culpable.

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

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

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

Es necesario tener en cuenta que el delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal denominado tipo, que revela su prohibición, que por no estar permitida por ningún precepto jurídico causa de justificación, es contraria al orden jurídico y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable.

El injusto revela el desvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma en tanto que la culpabilidad es una característica que la conducta adhiere por una especial condición del autor.

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

3.7. Análisis del delito de estafa mediante cheque

“La esencia de los fraudes punibles (estafas) 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 al dominio del activo, el bien ajeno... La estafa en sí, es una especie del fraude genérico...”²⁰

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

“Las legislaciones modernas ante lo arduo de encontrar una definición que comprenda integrante en reducidos termino la complejidad del fraude, prefieren hacer una lista detallada de los casos de incriminación, previstos cada uno de constitutivas especiales pero comprendido todo ellos bajo la denominación común de fraude.”²¹

Se hace necesario determinar que el concepto que maneja el Código Penal, Decreto del Congreso de la Republica, 17-73, agrega el complemento

²⁰ De león Velasco, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. *Op. Cit.* Pág. 531

²¹ *Ibid.* Pág. 531

nominativo propia, 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.

La protección al valor que socialmente se da a un derecho, se tutela mediante la norma, se garantiza su ejercicio ante la colectividad.

“Los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico. Surgen de la base de la relación social y constituyen una superación, en la síntesis de la confrontación social. De esta forma los bienes jurídicos con relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno.”²²

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

“Será el bien jurídico colocado como referente en la base misma de la teoría del delito el que le dará contenido material al injusto. La tipicidad y la antijuridicidad se constituye en dos momentos valorativos y diferentes de un mismo hecho. Este hecho, estando ya definida la tipicidad y la antijuridicidad, dará lugar a una unidad: el injusto. Será por este injusto concreto, realización

²² Hormonozabal Malarre, Herman. **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho.** Pág. 152

personal de un sujeto dotada de sentida y significación social, que deberá establecerse si dicho sujeto debe o no responder penalmente por el....”²³

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

La estafa es una defraudación que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino a la protección del patrimonio; después de un hurto, el patrimonio puede verse disminuido y aun puede haberse aumentado; esa disminución se produce por el error de una persona que dispone del bien detrayéndolo del patrimonio afectado, acción que realiza.

“La secuencia 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 prestación que resulta perjudicial para un patrimonio.”

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

²³ *Ibid.* Pág. 171

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

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

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

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

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

Como elementos del tipo de la figura del delito de estafa mediante cheque encierra los siguientes elementos: Como elemento material, la acción de librar un cheque en pago y que el mismo no tenga fondos para su pago por parte del banco librado. Como elemento interno, la culpabilidad, el dolo que es la intención de girar cheque defraudando en su patrimonio a aquel que lo recibió.

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

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

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

Últimamente algunos Bancos al momento de utilizar la Cámara de Compensación, solamente extienden una boleta impresa por computadora, razonando el rechazo por falta de fondos.

En muchos casos se deben a diversas circunstancias el rechazo de un cheque por lo que sería necesario analizar los siguientes elementos fácticos que podría determinar una efectiva calificación.

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

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

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

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

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

CAPÍTULO IV

4. Las repercusiones jurídicas del pago con un cheque de una cuenta cancelada

“En nuestra opinión, lo que debe tratarse es de encontrar en la sencillez del tráfico comercial...”²⁴

Lo expuesto se entiende que la cuestión, de comprar y vender, en todo caso de recibir bienes y entregar su valor en dinero mediante el cheque, por ello se manifiesta la obligación de tener fondos, ya que una de las partes en la contratación ya ha entregado los bienes valorados.

Si el documento de crédito no posee fondos, entonces una de las partes, quien recibió los bienes, se verá afectada en su patrimonio, para ello era necesario que existiera confianza en la persona que compra y el documento de crédito.

4.1. El comercio nacional y pago con cheque

Las actividades comerciales que en su mayoría justifican el tráfico del cheque, conllevan la necesidad de utilizar y se justifique la emisión de un cheque, se debe entregar el mismo, si efectivamente se dispone de los fondos necesarios para su pago.

²⁴ Hormonozabal Malarre, Herman. *Op. Cit.* Pág. 172

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

Derivado de las acciones penales y civiles que se derivan del uso de cheques sin provisión de fondos, consideran que es una garantía mayor, que los deudores emitan a su favor cheques que perfectamente saben que no pueden ser cubiertos por la persona que los emite.

En caso de que no se cumpla con el compromiso establecido o acordado, simplemente se iniciaran acciones por el delito de estafa mediante cheque, aun cuando se conoce que jamás existió la intención de que dicho documento circulara, por el contrario se desnaturaliza la institución del cheque, puesto que en la legislación no existe la nominación del cheque en garantía.

La importancia y trascendencia de las funciones económicas del cheque, derivan de su consideración de medio o instrumento de pago.

El empleo del cheque en los pagos implica importantes ventajas en los aspectos particular y general.

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

El pago mediante cheque no produce los mismos efectos jurídicos que el pago realizado en moneda del curso legal.

“En efecto, el que paga una deuda con un cheque en vez de hacerlo con moneda circulante no se libera frente a su acreedor. El pago con cheque no es pro soluto sino pro solvendo.”

Eso 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.

El empleo del cheque como medio de pago, produce la concentración de grandes sumas de dinero en los bancos, los cuales a través del ejercicio de las funciones intermediarias propias de su objeto, mediante el ejercicio del crédito, convierten en productos considerables recursos económicos, que de otra forma permanecerían aislados e improductivos.

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

Para lograr una mayor difusión del empleo del cheque en los pagos, por las importantes ventajas que del mismo se derivan en los ámbitos particular y general, las leyes de casi todos los países han dotado al cheque de un

régimen legal privilegiado, eximiéndolo del pago de impuestos u otorgándole beneficios fiscales de otra índole, y concediendo una enérgica protección al derecho del tenedor, y consecuentemente a la circulación de este documento a través inclusive de sanciones de carácter penal.

4.2. El proceso bancario para el pago de un cheque

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

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

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

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

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

- Asegúrese que tenga fondos disponibles.
- Asegúrese que no haya suspensión de pago contra el cheque.

Se desnaturaliza la institución del cheque, como actualmente se encuentra regulado, cuando una persona acepta que se le entregue un cheque denominado en garantía, toda vez que el mismo se instituye como un medio de pago y no de garantía.

4.3. El efecto negativo de no recuperar los talonarios de cheques

Cuando el titular de una cuenta bancaria de depósitos monetarios, en el cual se le ha permitido extender cheques, decide por diversas circunstancias cancelar la cuenta, el Banco, no obliga a dicha persona a devolver los talonarios de cheques del cuentahabiente.

La persona que recibe un cheque de una cuenta ya cancelada, se verá afectada en su patrimonio, porque en ningún momento tiene certeza de la cuenta se encuentra vigente, confiará en la persona que le extiende el cheque.

Lamentablemente el tenedor del cheque incobrable, está frente a la posibilidad también de desestimar una acción penal en contra del librador por el delito de estafa mediante cheque, sino por el delito de estafa, por no encuadrarse el tipo penal en esa figura. Es decir, una cuenta cancelada, no es lo mismo que la falta de provisión de fondos.

Como justificación para nominar la responsabilidad de los Bancos del sistema, se parte de que el derecho debe regular las conductas de los habitantes de un lugar, por lo que al existir en la práctica civil y comercial, el uso de título de crédito como lo es el cheque, derivado de la apertura de cuenta corriente en una institución bancaria, obliga a dicha institución a recuperar los talonarios no utilizados por un cuentahabiente, puesto que la no recuperación de los mismos, causa efectos en el mundo jurídico.

Los legisladores deben tomar en cuenta que, la recuperación de los talonarios de cheques, evitará que su uso sea con fines de defraudación patrimonial con efectos penales, tal como sucede en la actualidad puesto que la persona que recibe dicho título, lo hace con el fin de accionar en la vía penal por el delito de estafa mediante cheque, cuando los presupuestos procesales y la descripción jurídica del delito, la conducta del librador se encuadra en ella, puesto que existe la intención de defraudar al tenedor del cheque.

4.4. Proyecto de reforma del Código de Comercio

La fragilidad bancaria es un concepto relacionado con la capacidad de una entidad de hacer frente a un choque adverso.

En ese sentido, las entidades bancarias con una posición frágil, como resultado de una cartera con problemas de impago, una excesiva toma de riesgos o una mala gestión administrativa, denotan una alta probabilidad de quebrar si se presenta un choque adverso.

Lo anterior dificulta la conducción de la política macroeconómica, así como representa no solo problemas para sus cuenta habientes, sino para terceras personas que se ven afectadas, en la presente investigación por no existir un verdadero control de los usuarios que cancelaron sus cuentas y conservan los talonarios de cheques.

Las crisis bancarias, se han vuelto más frecuentes durante los últimos años, por lo general, han significado tanto una severa contracción de la producción como cuantiosas pérdidas fiscales y financieras para las economías que las han experimentado.

La teoría sugiere que los factores que desencadenan las crisis son potencialmente numerosos, éstos pueden ser factores tanto de tipo macroeconómico como microeconómico.

La magnitud de una crisis bancaria va a depender principalmente de la fragilidad de las instituciones, así como de la calidad de la regulación y supervisión existentes.

“Un banco es una institución cuyas operaciones habituales consisten en conceder préstamos y recibir depósitos del público.”²⁵

Esta es la definición que emplean los responsables de regular las instituciones financieras cuando tienen que decidir si un intermediario financiero ha de

²⁵ Albaladejo García, Manuel. Op. Cit. Pág. 34

someterse o no a las reglamentaciones cautelares vigentes a las que están sujetas los bancos, asimismo tiene la ventaja de insistir en las actividades fundamentales de los bancos, a saber, los depósitos y los préstamos.

“La existencia de los bancos está justificada por el papel que desempeñan en el proceso de asignación de los recursos financieros, por lo tanto, un sistema bancario puede definirse como el conjunto de intermediarios, instituciones, mercados, activos y técnicas a través de las cuales se potencia el ahorro, canalizándolo hacia la inversión y consiguiendo un equilibrio entre ambos.”²⁶

Un sistema bancario perfectamente desarrollado, que funcione fluidamente, facilita la asignación eficiente del consumo de los hogares a lo largo de toda su vida y la asignación eficiente del capital físico a sus usos más productivos en el sector empresarial.

El mal funcionamiento en el sistema bancario tendrá consecuencias multiplicadoras importantes de manera negativa sobre el sistema de pagos, sobre el sector real de la economía y sobre el poder adquisitivo de los depositantes.

En Guatemala, las instituciones bancarias, deben asumir su responsabilidad de no tener un control eficiente sobre sus cuentahabientes y la recuperación de los talonarios de cheques no utilizados.

²⁶ Ibid. Pág. 48

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

El sistema bancario del país, debe procurar sanear el flagelo que existe y se deriva de la no recuperación de los talonarios de cheques en poder de usuarios, que por diversas razones cancelan su cuenta, no tienen movimiento respecto a los depósitos o bien la institución bancaria resuelve cancelar la misma por anomalías.

Siendo el bien jurídico tutelado es el patrimonio económico de las personas, pero es necesario aclarar que la protección al valor que socialmente se da a un derecho, se tutela mediante la norma, se garantiza su ejercicio ante la colectividad, incluyendo a los bancos del sistema.

En Guatemala, existen diferentes formas de defraudar a una persona, no sólo redunda en la estafa mediante cheque, cuando no hay provisión de fondos, sino en una estafa común cuando la cuenta se encuentra cancelada, es decir, que no es solo una defraudación que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino al patrimonio.

Las personas que inescrupulosamente cancelan su cuenta bancaria, para luego seguir utilizando los cheques como medio de pago, produce la concentración de grandes sumas de dinero en los bancos, los cuales a través del ejercicio de

las funciones intermediarias propias de su objeto, mediante el ejercicio del crédito, convierten en productos considerables recursos económicos, que de otra forma permanecerían aislados e improductivos, por lo que deben procurar tener el control pleno de los talonario de cheques en poder de sus cuenta habientes, para evitar sorprender a las personas que de buena fe reciben el pago en cheque.

Los fondos depositados en las instituciones bancarias, 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.

No existe un registro bancario de personas que siendo cuenta habientes, han tenido problemas de tipo bancario administrativo o judicial.

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, se recibe el título de buena fe y se da por bien pagado, hasta el momento de que se niega el pago.

Para regular de mejor forma la institución del cheque, debe involucrarse al principal actor, que es la institución bancaria, la que no se ve afectada por este tipo de problemas.

Los legisladores deben tomar en cuenta que, al relacionarse la institución del cheque en el Código Penal y su relación con el Código de Comercio, no es suficiente, por el contrario la norma debe abarcar los supuestos jurídicos que hagan positivo la regulación de dicho título de crédito.

La persona que es cuentahabiente de un banco, al no devolver el talonario de cheques entregado por esta Institución al momento de cancelar su cuenta, los podrá utilizar para defraudar a otro, su intención no varía y se manifiesta en mayor medida la intención de defraudar al tenedor del título, lo cual es una deficiencia en la regulación de la institución de lo que se conoce como cheque.

El Congreso de la República de Guatemala, puede paliar dicha deficiencia funcional de la cuenta corriente y utilización de cheques, al reformar el Código de Comercio.

Los congresistas, pueden establecer la obligatoriedad de que los Bancos, al momento de solicitar un cuentahabiente, la cancelación de una cuenta corriente que utilice chequeras, previo a realizar el cierre de cuenta, requerirá por escrito a los cuenta habientes los talonarios de cheques no utilizados, por haber cancelado las cuentas en forma voluntaria o por decisión de la institución bancaria, declarando bajo juramento de ley, el no retener título alguno en su poder.

Dicha reforma legal al Código de Comercio, permitirá que las instituciones bancarias, salvaguarden la institución del cheque y la protección patrimonial de los ciudadanos guatemaltecos.

Se reducirá en gran manera, las estafas comunes o mediante cheque, si se coacciona al cuentahabientes a declarar que no posee talonarios de cheques en su poder.

DECRETO NUMERO ___ -2015

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

El sistema bancario del país, es responsable del buen funcionamiento de las cuentas corrientes y la utilización de los títulos de crédito denominados cheques.

CONSIDERANDO:

Es obligación de la institución bancaria, la recuperación de los talonarios de cheques no utilizados por los cuenta habientes, así como la necesidad de implementar sanciones más drásticas, para las personas que ilícitamente, obtienen bienes o servicios y pagan con un cheque, pero con la intención de estafar o defraudar a otros en su patrimonio.

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 AL DECRETO AL 2-70 DEL CONGRESO DE REPÚBLICA.
CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA**

Artículo 1. Se adiciona el Artículo 494 “bis”, el cual queda así:

ARTÍCULO 494 “bis”. TALONARIOS DE CHEQUES. Los cuentahabientes del sistema bancario de Guatemala, al momento de solicitar la cancelación de una cuenta corriente, deberán devolver los talonarios de cheques no utilizados como requisito esencial para cancelar la cuenta. En caso de pérdida o extravío, deberán presentar declaración jurada de no poseer ya talonarios de cheques de las cuentas a cancelar.

Los bancos del sistema, velarán por el estricto cumplimiento de lo dispuesto en este Artículo.

Artículo 2. El presente decreto entrará en vigencia el día siguiente de su publicación íntegra en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU PUBLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A __ DÍAS DEL MES DE ABRIL DE 2015.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La apertura de cuentas bancarias, con uso de cheques, es utilizado para agilizar actividades de comercio y pago de servicios y mercancías. La falta de certeza de que el librador, efectivamente posea una cuenta vigente en el banco librado, crea su manejo de forma fraudulenta al momento de girar un cheque. Los principios de la verdad sabida y en la buena fe guardada, en los que se basan las transacciones mercantiles, son vulnerables ante la falta de mecanismos legales, para la recuperación de los talonarios de cheques de cuentas canceladas.

El Congreso de la República de Guatemala, debe regular que como requisito previo al cierre de una cuenta bancaria corriente, la institución bancaria, requerirá la entrega de los talonarios de cheques no utilizados.

El signatario de un título de crédito queda obligado en su cumplimiento y debe responder de los daños y perjuicios que se causen al tenedor en caso de negativa de pago del título, no obstante, no existe determinada una responsabilidad para la entidad bancaria, que no tenga control de los talonarios de cheques, que el titular de una cuenta bancaria conserve en su poder, lo que permite su utilización en forma anómala para defraudar a terceros en su patrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. **Derecho civil I.** España: Ed. Bosh. 2004.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y Ricardo Levene. **Derecho procesal penal.** Argentina: (s.e.). 1945.
- ALVARADO POLANCO, Romeo. **Introducción al derecho I.** Guatemala: (s.e.) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1985.
- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito.** Argentina: Ed. Januraby R.L. 1989.
- BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco.** Guatemala. Ed. Magna Terra Editores. 1995.
- BARRIENTOS PELLECCER, César. **Los poderes judiciales talón de Aquiles de la democracia.** Guatemala: Ed. Magna Terra Editores. 1996
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Argentina: Ed. Heliasta. 1976.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil común español.** España: Ed. Madrid. 1982.
- DEVIS ECHENDIA, Hernando. **Teoría general del proceso.** Argentina: (s.e.). Universidad de Buenos Aires Argentina. 1984.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Llerena y Cía. Ltda. 1996.
- FREIXAS, Xavier. **Economía bancaria.** España: Ed. Antoni Bosch, Sociedad Anónima. 1997.
- GIRALDI, Pedro Mario. **Cuenta corriente bancaria y cheque.** Argentina: Ed. De palma. 1973.

HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal**. Guatemala: Ed. José de Pineda Ibarra, Guatemala. 1978.

HORMONAZABAL MALARRE, Herman. **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho**. Argentina: (s.e.) 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Colombia: Ed. Temis. 1990.

NÚÑEZ, Ricardo C. **Derecho penal argentino**. Argentina: Ed. Bibliográfica Argentina Lavallo. 1985.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta. 1981.

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

VERA SMITH, Fernando. **Diagrama de flujo**. España: Ed. Trillas. 2004.

VILLEGAS LARA, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria. 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Argentina: Ed. Ediar S.A. 1990.

Legislación

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

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

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

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

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

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