

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

**UNIVERSIDAD DE LA HABANA, CUBA
FACULTAD DE DERECHO**

**LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DELITO DE
ESTAFA MEDIANTE CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Coordinación de la Maestría en Criminología

de la

Escuela de Estudios de Postgrado

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la

LICENCIADA

YAQUELIN ALEJANDRA AZMITIA POROJ

Previo a conferírsele el grado académico de

**MAESTRA EN CRIMINOLOGÍA
(MAGISTER SCIENTIAE)**

Guatemala, agosto de 2016

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: M.A. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Msc. Ronaldo Porta España

**HONORABLE CONSEJO ACADÉMICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE LA HABANA, CUBA**

PRESIDENTE: Dr. Arnel Medina Cuenca
VICE DECANA: Dra. Mayda Goite Pierre
MIEMBROS: Dr. Rodolfo Fernández Romo
Dr. Juan Mendoza Díaz
Dr. Ernesto Pérez González

TRIBUNAL ANTE EL QUE SE DEFENDERÁ TESIS

PRESIDENTE: Dra. Mayda Goite Pierre
SECRETARIA: Dra. Teresa Delgado Vergara
OPONENTE: Dr. Rodolfo Fernández Romo

Razón: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis Sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).



LA COORDINACIÓN DE LA MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA, DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO, DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, DE LA UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA Y LA COORDINACIÓN DE LA MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA DE LA FACULTAD DE DERECHO, DE LA UNIVERSIDAD DE LA HABANA, CUBA. Guatemala, 01 de agosto de 2016.-----

Habiéndose tenido a la vista el expediente de la aspirante: **LICENCIADA YAQUELIN AZMITIA POROJ**, en el que se hace constar que se han cumplido y aprobado todos los requisitos legales, de ambas universidades, **SE RESUELVE AUTORIZAR LA IMPRESIÓN de la tesis titulada: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS EN GUATEMALA.** Previo a realizar el acto de defensa de tesis, de conformidad con lo establecido en el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis de Maestría o informe final de seminario.-

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dra. Mayda Goite Pierre
Coordinadora Académica del Programa
Vicedecana de postgrado
Universidad de La Habana, Cuba



Dr. César Landelino Franco López
Coordinador Maestría en Criminología
Universidad de San Carlos de Guatemala





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
COORDINACIÓN POSGRADOS INTERNACIONALES
Guatemala, C.A

Guatemala, 01 de agosto de 2016.

Doctor:
César Landelino Franco López
Director del Sistema de Posgrados Internacionales
Maestría en Criminología

Distinguido doctor Franco López:

Con base, en el Artículo 7 del Manual Específico para la Elaboración de Tesis o Informe Final de Seminario de los Programas de Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Maestría en Criminología. Asimismo, lo establecido para la impresión de los trabajos de investigación, en el Instructivo General para la Elaboración y Presentación del Informe de Seminario o Tesis de Maestría.

Le informo que la licenciada: **YAQUELIN ALEJANDRA AZMITIA POROJ**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS EN GUATEMALA.**

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene todas las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta todas las partes requeridas en los instrumentos legales supra anotados, según lo establece el Sistema de Posgrados Internacionales. De esta forma, la sustentante, ha referido las necesarias fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
COORDINACIÓN POSGRADOS INTERNACIONALES
Guatemala, C.A

La metodología, técnicas y doctrinas que la sustentante y su tutor, presentaron fueron respetadas en su totalidad y, ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento.

De esta manera, se procedió con la revisión y corrección, exclusivamente en lo que corresponde a la ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular guarda todos los requerimientos y extensión mínimos requeridos; con ello, se adecuó la diagramación y cotejó las referencias del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria, las conclusiones y recomendaciones pertinentes, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: DICTAMEN FAVORABLE, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Redacción y Estilo

DEDICATORIA

- A DIOS:** Por su gracia, amor y misericordia y por haberme permitido alcanzar una meta más en mi vida.
- A MI FAMILIA:** Por ser un pilar fundamental en mi vida, gracias por su cariño y amor.
- A MIS CATEDRÁTICOS:** Por ser quienes forjaron en mí el conocimiento en criminología.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Alma Mater que me mostró el sendero del conocimiento y preparó sabiamente para el campo profesional.
- A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:** Por haberme instruido en los caminos del Derecho.
- A LA UNIVERSIDAD DE LA HABANA, CUBA:** Por permitir que tan prestigiosos profesionales puedan compartir en Guatemala sus conocimientos.



ÍNDICE

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. La tutela judicial efectiva y seguridad jurídica en relación con la protección del querellante exclusivo insolvente en delito de estafa de cheque sin provisión de fondos en el proceso penal guatemalteco	1
1.1. Tutela judicial efectiva	1
1.2. Querellante exclusivo insolvente en delito de estafa de cheque sin provisión de fondos.....	4
1.3. Posturas que tratan sobre el delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos.....	6
1.3.1. La protección de la libertad y el patrimonio.....	6
1.3.2. La violación de las reglas de la buena fe	7
1.3.3. La protección es la verdad.....	10
1.4. El bien jurídico tutelado en el tipo delictivo de estafa mediante cheque sin provisión de fondos.....	10
1.5. El detrimento patrimonial	13
1.6. El perjuicio de la estafa.....	14
1.7. La tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica para el querellante exclusivo insolvente	16

CAPÍTULO II

2. Delito de estafa mediante cheque si provisión de fondos en el derecho penal guatemalteco.....	19
2.1. Concepto de cheque	19
2.2. Naturaleza jurídica	22
2.3. Requisitos del cheque	28
2.4. Concepto de protesto	32



2.5. Requisitos del protesto.....	
2.6. Concepto de estafa	
2.7. Análisis técnico jurídico del delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos.....	48

CAPÍTULO III

3. Marco teórico normativo para el diligenciamiento del proceso penal por delitos de acción privada, en relación con el querellante exclusivo insolvente en el delito de estafa de cheque sin provisión de fondos.....	57
3.1. Procedimiento penal en el delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos y requisitos previos para iniciar demandas o querellas.....	57
3.2. Delito consumado, autoría, participación, culpabilidad	58
3.3. Fundamentos teóricos que sustentan la presencia del querellante exclusivo en el procedimiento penal de Guatemala	61
3.4. Revictimización en el trámite del delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos, al querellante	69
3.5. Propuesta a una reacción punitiva en los delitos de estafa mediante cheque sin provisión de fondos	70
3.6. Análisis comparativo de la regulación del delito de estafa mediante cheque entre la legislación guatemalteca y otras legislaciones (España, Argentina, México, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica)	72
CONCLUSIONES	103
RECOMENDACIONES	105
BIBLIOGRAFÍA	107



INTRODUCCIÓN

La estafa mediante cheque sin provisión de fondos, es un delito de acción privada según el Artículo 24 *quater* del Código Procesal Penal guatemalteco. En la teoría, es un procedimiento de “**desjudicialización**” porque se simplifica el proceso y no se sigue el procedimiento común, pero en la práctica, se puede determinar que existe una falta de tutela judicial efectiva para la persona agraviada insolvente, lo cual le limita el acceso a una justicia pronta.

El Artículo 539 del Código Procesal Penal guatemalteco preceptúa que: “Quien pretenda querrellarse y acredite carecer de medios económicos para hacerlo, podrá solicitar el patrocinio del Ministerio Público. Este precepto rige especialmente para casos de delito de acción privada”.

A la lectura del párrafo anterior surge el presente tema: “La tutela judicial efectiva y seguridad jurídica en el delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos en Guatemala”.

Las insuficiencias procesales que se observan en los delitos de acción privada dificultan una tutela judicial efectiva, principalmente porque no existen los lineamientos que indiquen cuál es el trámite para llevar a cabo las solicitudes para constitución de querellante exclusivo insolvente. Aunado a lo anterior, no existe una unidad específica en el Ministerio Público a la cual dirigirse y realizar las gestiones que el caso amerite.

Hay que considerar que debe darse una reformulación al Artículo 539 del Código Procesal Penal guatemalteco y en la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el sentido de incorporar lineamientos claros y concretos del trámite que debe realizar la víctima, que pretende constituirse como querellante exclusivo, para acreditar que carecer de medios económicos, que se indique que unidad específica del Ministerio Público debe atender las peticiones respectivas, así como también fijar un plazo de atención a la víctima para que exista una atención y una debida diligencia.



El objetivo general de este estudio, es determinar el grado de tutela judicial de carácter jurídico; patrimonio para el querellante exclusivo insolvente en el juzgamiento del delito de cheque sin provisión de fondos, porque de esta forma, se podrá verificar el resarcimiento de daños y perjuicios a las víctimas e identificando los factores que inciden en esa tutela y con base en la investigación realizada, hacer recomendaciones que contribuyan a mejorar este problema.

Como objetivos específicos, se busca caracterizar los rasgos que determinan una tutela judicial efectiva en el debido proceso y analizar los fundamentos teóricos que sustentan la presencia del querellante exclusivo en el procedimiento penal de Guatemala, así como analizar y criticar las regulaciones procesales penales y administrativas que prevén un tratamiento y protección efectiva a las víctimas de los delitos de estafa mediante cheque sin provisión de fondos e identificar las soluciones que en cada caso corresponden.

Para lograr los objetivos de este trabajo investigativo los métodos utilizados en su desarrollo incluyen el método analítico (análisis –síntesis) con el que se analizó cada uno de los elementos que integran el estudio, para luego integrarlos nuevamente y destacar el sistema de relaciones que existe entre ellas y de ellas a un todo; el método inductivo– deductivo se aplicó llevando la investigación de lo particular a lo general, en el sentido de que a partir del conocimiento de cuestiones concretas o particulares, se inducen regularidades válidas o aplicables a casos semejantes. Posterior se pasó de lo general a lo particular, lo que implica sistematizar y establecer inferencias válidas que se aplican a un conjunto de situaciones y casos pertenecientes a un mismo conjunto; con el método del derecho comparado se cotejó con las legislaciones de Centroamérica y otros países, a efecto de coadyuvar y servir en un instrumento de entendimiento que ayuda a comprender el punto de vista ajeno.

El presente trabajo consta de tres capítulos. El primero desarrolla la tutela judicial efectiva, así como el querellante exclusivo insolvente en el delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos. El segundo capítulo aborda el concepto, naturaleza y requisitos del cheque, y además un análisis técnico jurídico del delito de estafa

mediante cheque sin provisión de fondos. El tercero desarrolla el procedimiento en el delito de estafa mediante cheque y requisitos previos para iniciar demandas querrela y un análisis jurídico comparado.







CAPÍTULO I

1. La tutela judicial efectiva y seguridad jurídica en relación con la protección del querellante exclusivo insolvente en delito de estafa de cheque sin provisión de fondos en el proceso penal guatemalteco

1.1. Tutela judicial efectiva

De Bernardis define la tutela jurisdiccional efectiva como: “la manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad”.¹

Ante la presencia de un conflicto, en todo Estado Constitucional (de derecho, democrático y social) virtualmente ha desaparecido la posibilidad de autotutela o autodefensa (“justicia por mano propia”), quedando la autocomposición y la heterocomposición como mecanismos válidos y pacíficamente admitidos para solucionarlos.

Pese a la modernidad de los ordenamientos procesales, el servicio de justicia guatemalteco todavía no goza de aceptación social mayoritaria, lo que lleva a concluir que es necesario continuar con la búsqueda, creación y regulación legal de nuevas herramientas procesales que coadyuven a mejorar el servicio.

¹ De Bernardis, Luis Marcelo. **La garantía procesal del debido proceso**. Págs. 108-111



En la moderna perspectiva constitucional de promover los medios pacíficos de solución de conflictos, para evitar la “justicia por propia mano”, el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional, supone no desatender la efectividad de los derechos que sus textos reconocen.

La justa paz de la sociedad únicamente será posible, en la medida en que el Estado sea capaz de crear instrumentos adecuados y efectivos de defensa jurídica, para satisfacer las pretensiones que ante él se formulan.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es aquel por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización.² No es suficiente que un derecho esté reconocido expresamente en los textos constitucionales, pues la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste en su protección procesal, para lo que es preciso distinguir entre los derechos y las garantías de tales derechos.

Es por ello que se reclaman nuevas formas procesales que aseguren, fundamentalmente, una tutela jurisdiccional pronta y eficiente; es deber del Estado promover la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional, que no solo se limita al aspecto procesal, sino, fundamentalmente, al aspecto material.

La sola efectividad, en último análisis, permite medir y verificar el grado variable de la protección concreta que reviste la garantía tanto desde el punto de vista formal (o extrínseco) cuanto de contenido (intrínseco) que es capaz de asegurar a la situación subjetiva que abstractamente la norma procura proteger.

² González Pérez, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**. Pág. 27



La efectividad en un doble plano concurrente. Por una parte, la idoneidad específica del remedio técnico (garantía) a utilizar, y, en segundo lugar, la materialización que a través de la jurisdicción se debería alcanzar como manifestación de concreción de la tutela recabada".³

En cuanto a su naturaleza, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es de carácter público y subjetivo, por cuanto toda persona, sea natural o jurídica, nacional o extranjera, capaz o incapaz, de derecho público o privado; aún el concebido tiene capacidad de goce.

Este derecho, se manifiesta procesalmente de dos maneras: el derecho de acción y el derecho de contradicción. Actualmente, se sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende: ⁴

- “Acceso a la justicia: la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, ya sea como demandante o demandado, con el propósito de que se reconozca un interés legítimo.
- El derecho a un proceso con todas las garantías mínimas: que sería, precisamente, el derecho al debido proceso.
- Sentencia de fondo: los jueces deben dictar, por regla general, una sentencia sobre el fondo del asunto materia del petitorio para solucionar el conflicto intersubjetivo de intereses o eliminar la incertidumbre, ambas con relevancia jurídica; empero, en el caso de no poder entrar al fondo, porque no concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, dictarán una resolución fundada en derecho.

³ Monroy Gálvez, Juan. **Introducción al Proceso Civil**. Págs. 245 y 246

⁴ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. Pág. 51



- Doble instancia: es la posibilidad que tienen las partes de impugnar la sentencia que consideren contraria a derecho, con el propósito de que sea exhaustivamente revisada por el superior jerárquico y, de ser el caso, se expida una nueva sentencia adecuada.
- Ejecución: es el derecho a solicitar y obtener el cumplimiento material efectivo de la sentencia definitiva, pues resulta insuficiente la declaración de que la pretensión es fundada o infundada (aún cuando se sustente en sólidos fundamentos doctrinarios).⁵

La efectividad de las sentencias exige, también, que esta se cumpla (pese a la negativa del obligado) y que quien recurre sea repuesto en su derecho violado y compensado, si hubiera lugar a ello, por los daños y perjuicios irrogados; de lo contrario, se convertirían en meras declaraciones de intenciones.

En este sentido, Jesús González Pérez ha señalado que: “El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia”.⁵

1.2. Querellante exclusivo insolvente en delito de estafa de cheque sin provisión de fondos

A continuación, se presenta una definición de querellante exclusivo, que puede darse en sentido amplio, y es la siguiente: “Instituto jurídico del derecho procesal penal, por virtud del cual una persona, endereza una acción penal exclusiva la que posee un

⁵ González Pérez, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**. Pág. 30



procedimiento específico para determinados tipos penales, en contra de otra persona que legalmente es denominada querrelado o acusado, cuyo fin es obtener una sentencia”.⁶

Se le atribuye el carácter de exclusivo, por la categoría que la ley le otorga a la persona agraviada, es decir la persona afectada por la comisión del delito; puesto que el único que puede promover la persecución penal es el titular de la acción penal, lo que significa que no hay intervención del ente acusador (Ministerio Público).

De conformidad con el Artículo 24 del Código Procesal Penal, “se clasifican como acción privada, lo que significa de que para que esta clase de juicios se desarrolle, es necesaria la rogación al órgano jurisdiccional, para que se inicie proceso penal en contra de la persona que se persigue sea sancionada”.⁷

En el Código Procesal Penal Guatemalteco (Decreto 51-92), los delitos que puede promover el querrelante exclusivo son los siguientes:

- a) Los relativos al honor.
- b) Daños.
- c) Alteración de programas: reproducción de instrucciones o programas de computación, uso de información.
- d) Violación y revelación de secretos.
- e) Estafa mediante cheque.

⁶ Calamandrei, P. **Instituciones**. Pág. 393

⁷ **Código Procesal Penal**. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 51-92, 1992. Pág. 8



Los delitos de acción privada son aquellos en que, si bien están calificados como delitos en el Código Penal porque lesionan bienes jurídicos que interesa tutelar a la sociedad, su persecución solo procede mediante querrela penal planteada por la víctima o agraviado, o su representante, reduciéndose la participación del Ministerio Público a los casos en que se requiera su apoyo, para identificar al imputado, o para practicar un elemento de prueba, y cuando el titular de la acción carezca de medios idóneos para ejercer la acción.

La querrela deberá presentarse directamente al tribunal de sentencia; será tramitada mediante un procedimiento específico, caracterizado por la oralidad y el contradictorio, en el que no hay etapas preparatoria ni intermedia.

El debate habrá de practicarse si fracasa una junta conciliatoria previa, convocada inmediatamente a la recepción del escrito de acusación.

El tribunal de sentencia, revisará el hecho criminal que se imputa al acusado en la querrela y, si este es constitutivo de delito y de la prueba acompañada y ofrecida se establece sospecha fundada, deberá darle trámite a la solicitud. El hecho se formula bajo la responsabilidad del querellante en su solicitud.

1.3. Posturas que tratan sobre el delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos

1.3.1. La protección de la libertad y el patrimonio

Por un lado, en el delito de estafa, el bien jurídico tutelado es la libertad de consentimiento de la víctima y por otro lado el bien jurídico tutelado, es el patrimonio. Si bien es cierto, en el delito de estafa, existe un consentimiento de la víctima, y este consentimiento es libre, pues en ningún momento se está tratando de despojar del patrimonio de la víctima con violencia o con algún tipo de fuerza, la forma como se trata



de despojar el patrimonio, es a través del error por medio del ardid o engaño, y es totalmente desconocido por la víctima.

En el Código Penal guatemalteco, el delito de estafa propia se encuentra regulado en el Título Cuarto y este está titulado como *De los Delitos contra el Patrimonio*, por lo tanto la protección que otorga el Código Penal es al patrimonio y no a la libertad del consentimiento como trata de explicar la presente postura.

La presente postura no tiene cabida en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco debido a que, en Guatemala, el bien jurídico tutelado en el delito de estafa es el patrimonio de la víctima y no la libertad de consentimiento, la libertad de consentimiento en Guatemala tendría cabida en la contratación civil y mercantil y no en materia penal en el delito de estafa.

1.3.2. La violación de las reglas de la buena fe

Existe diversidad de criterios en relación a definir el concepto jurídico de la buena fe de las partes durante la sustanciación de un proceso. Aunque la doctrina en general mantiene cierta uniformidad en los elementos básicos que conforman el concepto. Jiménez destaca que se entiende por “(...) aquel conjunto de reglas, standards o criterios de conducta, de carácter ético, social y deontológico, al que deben adaptar su comportamiento los sujetos procesales en el curso del proceso y todo acto procesalmente relevante”.⁸

Para Jiménez, la buena fe es “una herramienta que permite originar deberes al interior del proceso, exigiendo directamente una conducta acorde a ella”.⁹

Mientras Jiménez, alega que la defensa de una parte no puede basarse en perjudicar el derecho a defensa de la otra. En consecuencia, estima que tampoco podrá inducir a

⁸ Jiménez De Asúa, Luis. **Tratado de derecho penal**. Pág.78

⁹ **Ibid.**



error al órgano jurisdiccional, impidiendo o entorpeciendo que pueda procurarse una efectiva tutela de los intereses en conflicto.

Para Scarselli,¹⁰ el proceso no puede desprenderse de la cláusula general de actuación conforme a la buena fe procesal y el deber de veracidad en las alegaciones fácticas. De igual forma, reseña que el deber de colaboración, cuya manifestación más evidente es la de acompañar al proceso todos los medios de prueba al alcance de la parte, tiene un claro fundamento en el compromiso de actuar conforme a la buena fe procesal.

Decir la verdad, según Cervantes Ahumada, sin omitir detalles relevantes, “es una conducta que en el marco de un conflicto judicial es considerada como social y éticamente correcta. Actúa lealmente quien narra los hechos de modo verídico y completo, así como el litigante que introduce al proceso todos los elementos de convicción necesarios para la dictación de una sentencia justa y, colabora con el fin del proceso”.¹¹

Hunter Ampuero se opone a lo anterior, al precisar que los deberes de veracidad y completitud en las alegaciones, así como el de colaboración, no pueden tener cabida en un proceso que se considere respetuoso de los derechos e intereses legítimos del ciudadano y de las garantías de que viene revestida la actividad jurisdiccional.¹²

De acuerdo con lo anterior, estas características colocan la buena fe en una constante contradicción con la seguridad jurídica poniéndola en peligro. La libertad de la conducta de las partes, al plantear y defender su posición, no puede extenderse al extremo de lesionar la buena fe y la ética procesal, dado que si bien el proceso es una lucha entre contrarios, este ha de ser leal y guiado por la verdad.

¹⁰ Scarselli, G. **Lealtà e probità degli atti processuali**, en Revista Trimestral de Derecho y Procedimiento Civil, no. 1, Italia 1998, Pág. 114

¹¹ Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y Operaciones de Crédito**. Pág. 422

¹² Hunter Ampuero, Iván. **No hay buena fe sin interés, la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración**. En Revista de derecho versión On-line, volumen 21, no. 2, Valdivia, Chile. Diciembre 2008.



El deber de completitud consiste en alegar todos los hechos notables para la correcta resolución del conflicto sin omitir dato cierto que corresponda al dominio de la parte. Este deber se viola al omitir cualquier hecho integrante del patrimonio cognoscitivo del litigante en los procesos civiles, administrativos, económicos y, en los penales, al excluir elementos calificativos de los hechos delictivos imputados. Ambos deberes no son divisibles.

Decir la verdad no constituye desistir del deber de completitud, cuando la reticencia y la reserva mental, equivalen a la mentira. Si uno de los litigantes narra de manera parcial los hechos, omitiendo elementos incompatibles con su posición, falta a la verdad. Sin mentir crea el mismo efecto que si las dijera.

Los deberes de veracidad y completitud se relacionan con la socialización del proceso, sea civil o penal. Los relatos de las partes raramente coinciden, por lo general son antagónicos. Al estar en posiciones contrapuestas, ven las cosas desde su particular punto de vista.

“En los procesos civiles, laborales, administrativos y económicos, cada abogado narra una historia desde la perspectiva que favorece a los intereses de su cliente, destacando lo que les favorece. El tribunal dictará sentencia expresando a quien le asiste razón, de conformidad con las pruebas practicadas”.¹³

Decir o no la verdad de forma íntegra será irrelevante, en la medida que cada parte se cree dueña de la suya. Si no comparten sus narraciones por ser contadas desde posiciones contrapuestas, sobre ángulos distintos y adaptadas al cuadro que propone su estrategia, será la prueba la que revele la falsedad o verdad de los hechos.

¹³ Larios Lara, José Gamaliel. **Análisis del pago de cheque en casos de estafa mediante cheque en la Legislación penal Guatemalteca.** Pág. 23



1.3.3. La protección es la verdad

En esta postura, se afirma que el objeto principal de protección del delito de estafa, es el derecho de la víctima a la verdad, que está obligado a decir la contraparte en las relaciones comerciales. Se basa en otro principio mercantil que es la verdad en las negociaciones.

“Al reparar en los elementos para tipificar el delito de estafa, aparece el ardid o engaño y al darse estos elementos, la verdad deja de existir, por lo tanto es casi imposible que el bien jurídico tutelado sea la verdad, pues se debe hacer mención, como en la postura anterior, al mencionar que lo que se busca proteger es el patrimonio y no se debe de confundir el bien jurídico tutelado con los medios que se vale el estafador, para lesionar el patrimonio”.¹⁴

1.4. El bien jurídico tutelado en el tipo delictivo de estafa mediante cheque sin provisión de fondos

El bien jurídico, es definido como “Un interés, particular o colectivo, especialmente valioso para la sociedad y cuya conservación la garantiza el Estado”.¹⁵

El bien jurídico tutelado sirve para brindar un orden y clasificación de los delitos y brinda un mejor conocimiento de la ley penal y para encontrar el sentido de la misma.

Doctrinariamente, existen tres posiciones respecto de cuál es el bien jurídico tutelado en el delito de estafa mediante cheque y estas son:

1º. Delito contra la fe pública.

2º. Delito que atenta contra la confianza de la comunidad.

¹⁴ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho Penal Guatemalteco Parte General y Especial** Pág. 52

¹⁵ Castillo González, Francisco. **El delito de estafa**. Pág. 30



3°. Delito contra el patrimonio.

A continuación, se analizará cada una de estas teorías y determinar cuál es la que más se adecua al ordenamiento penal guatemalteco.

- Delito contra la fe pública:

La comisión del delito de estafa mediante cheque, introduce la desconfianza entre los banqueros y pone una serie de obstáculos a su aceptación en el ámbito mercantil.

La emisión del cheque sin provisión de fondos, es un delito que lesiona la fe pública, porque afectando un instrumento del tráfico económico, vulnera la idea de autenticidad y de veracidad en cuya conservación tiene interés la sociedad.

Esta teoría confunde la fe pública con la confianza y la verdad en las negociaciones, es por ello que en Guatemala no se puede aceptar la presente teoría, pues el cheque no tiene fe pública, ya que la fe pública la tienen los notarios y los documentos que realizan, los jueces a través de las resoluciones que emiten, los miembros del Organismo Legislativo con una fe pública legislativa y por lo tanto no se puede aceptar esta teoría, pues en Guatemala no tiene fundamento jurídico.

-Delito que atenta contra la confianza de la comunidad:

En esta teoría, se dice que el bien jurídico tutelado es la confianza de la comunidad en el cheque y en las negociaciones. Con esta teoría, se vuelve a aquellas sobre el delito de estafa, pues como se ha mencionado, el delito de estafa mediante cheque, es subsidiario al delito de estafa. La protección que otorga la ley va dirigida a la confianza pública y se inspira en evitar perjuicios patrimoniales, si entrara en circulación un cheque sin la debida provisión de fondos, pues como se analizó anteriormente el



cheque puede circular por varias personas y todas pueden resultar afectadas de una forma u otra, pero esta afectación sería en su patrimonio.

“Lo anterior no tiene cabida en Guatemala porque el bien jurídico tutelado es el patrimonio, y no se está defendiendo la confianza en los negocios, pero una pequeña parte de esta teoría sí tiene cabida, pues al final se afirma que existe un deterioro patrimonial en la víctima o víctimas del delito”.¹⁶

-Es un delito contra el patrimonio:

El patrimonio se define como: “La representación de una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciadas en dinero”.

En el caso que con el cheque se busque liquidar una obligación monetaria adquirida por el girador, y al momento de que se presenta el cheque para su pago este no tenga la debida provisión de fondos, el pago no se tiene por hecho y por lo tanto, la obligación no será cumplida; no se puede decir que se haya defraudado un patrimonio, pues aún no se ha liberado de la obligación, pero en otros casos, se entregan mercaderías, servicios, etc., y estos son pagados con un cheque sin provisión de fondos, en ese caso, sí se está defraudando un patrimonio pues se ha disminuido de una forma u otra el patrimonio de la víctima pues ha entregado servicios o mercaderías y le fueron pagadas con un cheque sin fondos.

Esta teoría es la que más se adecua al ordenamiento penal guatemalteco, pues el patrimonio es el bien jurídico tutelado en el Código Penal.

¹⁶ Damianovich de Cerredo, Laura. **Delitos contra la propiedad**. Págs. 189-190



1.5. El detrimento patrimonial

En el Artículo 268 del Código Penal de Guatemala se establece: “Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos antes de que expire el plazo para su 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”. Anteriormente se ha analizado el delito de estafa propiamente dicho, en el delito de estafa se necesita el ardid o el engaño para provocar un error en el sujeto pasivo del delito de estafa, además se necesita un detrimento patrimonial.

Al analizar detenidamente el delito de estafa mediante cheque, puede afirmarse que la palabra defraudar se debe entender como el ardid o engaño que se da a través del cheque; de la lectura del Artículo 268 del Código Penal Guatemalteco no aparece un detrimento patrimonial, pero se debe ir un poco más allá y regresar en la doctrina para hallar el bien jurídico tutelado, y el bien jurídico tutelado en las estafas en cualquiera de estas es el patrimonio, por lo tanto, lo que busca proteger la legislación guatemalteca, es el patrimonio de la víctima y si no existe un detrimento en el patrimonio de la víctima, no se puede tipificar el delito de estafa mediante cheque, pues no se ha lesionado ningún bien jurídico.

Por lo tanto, al regular la legislación penal guatemalteca el delito de estafa mediante cheque, no se olvidó del ardid o engaño y lo describe como una defraudación y así debe de entenderse, pero el ardid o engaño se da a través del cheque; el delito se configurará en el momento en el que el cheque sea protestado y para esto se debe hacer dentro del plazo legal, pero en el caso que sean retirados los fondos antes de que transcurra el plazo legal, se estaría ante la defraudación (ardid o engaño) que se daría al retirar lo fondos y no solo con la entrega del cheque, pues el cheque al momento de entregarse tenía fondos, pero estos fueron retirados posteriormente al libramiento.



En el caso que del endoso de cheques sin provisión de fondos, la defraudación (a través del engaño) proviene de la transmisión de un cheque que no ha sido entregado directamente por el librador a cuyo nombre se encuentra la cuenta bancaria, en este caso el Código Penal de Guatemala dice que sancionará de igual forma si se endosa un cheque con el conocimiento que este carece de fondos. En este caso se pueden ver afectados varios patrimonios con la transmisión de los cheques a través de los endosos y cada una de las víctimas si son varios los endosos se deben iniciar las acciones penales para recuperar el monto del cheque.

1.6. El perjuicio de la estafa

El perjuicio es definido como: “Ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos, o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro y que este debe indemnizar, a más de daño o detrimento material causado por modo directo. Para algunos autores, el concepto de perjuicio se encuentra subsumido en el daño; o sea que el perjuicio no es sino una modalidad del concepto más amplio de daño”.¹⁷

En este momento se debe diferenciar cómo se ha hecho el delito de estafa propiamente dicho con el delito de estafa mediante cheque. En el delito de estafa el perjuicio consiste en el valor del bien que dispusiera la víctima a causa del ardid o engaño, desde este punto de vista en el delito de estafa el perjuicio debe ser el valor del bien, por lo tanto, al ser incluida en la acción penal, la acción civil reparadora en el delito de estafa se debe de reclamar el valor de los bienes que dispuso la víctima.¹⁸

En el delito de estafa mediante cheque, el perjuicio está determinado por la falta de ingreso de la suma adecuada en el término convenido. En este delito, el perjuicio como se ha dicho, es la falta de los ingresos monetarios en el patrimonio de la víctima; este es el reclamo que debe hacer la víctima. “Por lo tanto la diferenciación entre el delito de

¹⁷ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco. Volumen II.** Pág. 273

¹⁸ **Ibid.**



estafa y el delito de estafa mediante cheque no es el perjuicio sino la diversa naturaleza de la lesión patrimonial”.

El detrimento patrimonial tal como se concluyó anteriormente, es un elemento esencial e incluso, es el bien jurídico tutelado en el delito de estafa mediante cheque, por lo tanto el perjuicio patrimonial es consecuencia inmediata del acto dispositivo del ofendido.

Existe una diferencia sustancial entre el daño patrimonial de la estafa mediante cheque, propio del derecho penal, y los daños y perjuicios del derecho civil. En materia civil, es posible que se produzca una obligación de reparar daños y perjuicios provenientes de la lesión a un bien jurídico personal, como la vida o la integridad corporal o el honor. Pero esa obligación, que tiene contenido patrimonial es mediata, en tanto que deriva de la violación a un bien jurídico distinto al patrimonio. En la estafa mediante cheque, el daño patrimonial debe derivar directamente de la violación al bien jurídico tutelado, que es el patrimonio.

“Un daño patrimonial ocurre cuando el patrimonio, a consecuencia inmediata del acto dispositivo, disminuye en su valor económico. Para establecer si esa disminución ocurrió debe de compararse la situación del patrimonio antes y después del acto dispositivo; en esa comparación deben de tomarse en cuenta y compararse todos los activos y pasivos de que componían el patrimonio antes y después del acto dispositivo. Esta forma de valorar el perjuicio patrimonial se denomina teoría de los saldos totales”.¹⁹

Si después de comparada la situación del patrimonio, antes y después del acto dispositivo, hay una situación económica negativa sin que haya, también consecuencias del acto dispositivo, una situación económica positiva que compense la desventaja patrimonial sufrida, existe un perjuicio patrimonial. Si esta compensación se da, no existe perjuicio patrimonial. Es así como se hace necesario diferenciar el perjuicio

¹⁹ Vásquez Matínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 79



patrimonial (detrimento patrimonial), que proviene del acto dispositivo en el de estafa mediante cheque, de los daños y perjuicios civiles que derivan de la comisión del delito de estafa mediante cheque. Los daños y perjuicios civiles, se deben de reclamar al constituirse la víctima como actora civil, dentro del acto que le da comienzo a la persecución penal y cuantificar los daños y perjuicios civiles.

1.7. La tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica para el querellante exclusivo insolvente

Tutela judicial: “es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”.²⁰

Querellante Exclusivo: “Instituto jurídico del derecho procesal penal, por virtud del cual una persona, endereza una acción penal exclusiva la que posee un procedimiento específico para determinados tipos penales, en contra de otra persona que legalmente es denominada querellado o acusado, cuyo fin es obtener una sentencia”.²¹

Sin embargo, no es suficiente que un derecho esté reconocido expresamente en los textos constitucionales, pues la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste en su protección procesal, para lo que es preciso distinguir entre los derechos y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios o mecanismos procesales a través de los cuales es posible su realización y eficacia. Es por ello que, muchas veces, se reclaman nuevas formas procesales que aseguren, fundamentalmente, una tutela jurisdiccional pronta y eficiente.

Se le atribuye el carácter de exclusivo, por la categoría que la ley le otorga a la persona agraviada, es decir la persona afectada por la comisión del delito; puesto que el único que puede promover la persecución penal es el titular de la acción penal, lo que significa que no hay intervención del ente acusador, en nuestro medio entiéndase

²⁰ Figueruelo Burrieza, Ángela. **El derecho a la tutela judicial efectiva**. Pág. 50

²¹ Couture Echeverry, Eduardo. **Fundamentos de derecho procesal civil, tomo V**. Pág. 124



Ministerio Público, puesto que de conformidad con el Artículo 24 del Código Penal los clasifica como acción privada, lo que significa de que para que esta clase de juicios se desarrolle es necesaria la rogación al órgano jurisdiccional, para que se inicie proceso penal en contra de la persona que se persigue sea sancionada.

Los delitos de acción privada son aquellos en que, si bien están calificados como tales en el Código Penal, se lesionan bienes jurídicos que interesa tutelar a la sociedad, su persecución solo procede mediante querrela penal planteada por la víctima o agraviado, o su representante, reduciéndose la participación del Ministerio Público a los casos en que se requiera su apoyo para identificar al imputado, o para practicar un elemento de prueba; y cuando el titular de la acción carezca de medios idóneos para ejercer la acción. La acción que se deriva de estos delitos pertenece a la víctima, quien puede desistir, renunciar a su derecho, perdonar o llegar a cualquier clase de convenio, siempre que no viole el orden público ni afecte derechos irrenunciables así como constitucionales.

La querrela deberá presentarse directamente al tribunal de sentencia; será tramitada mediante un procedimiento específico, caracterizado por la oralidad y el contradictorio, en el que no hay etapas preparatoria ni intermedia. El debate habrá de practicarse si fracasa una junta conciliatoria previa, convocada inmediatamente a la recepción del escrito de acusación. El tribunal de sentencia, revisará el hecho criminal que se imputa al acusado en la querrela y, si este es constitutivo de delito y de la prueba acompañada y ofrecida se establece sospecha fundada, deberá darle trámite a la solicitud. El hecho se formula bajo la responsabilidad del querellante en su solicitud.





CAPÍTULO II

2. Delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos en el derecho penal guatemalteco

2.1. Concepto de cheque

“Los títulos de crédito son bienes muebles en los que se incorpora un derecho literal y autónomo que no puede separarse del documento físico y que da a su legítimo portador, el poder de ejercitar este derecho en las condiciones, plazos y formas que de manera explícita se hayan plasmado en los mismos y cuyo deudor deberá solventar ante su sola presentación”.²²

Estos bienes pueden clasificarse en diferentes categorías, tales como de representación, participación y de pago; a esta última clasificación pertenece el cheque, ya que implica como beneficio para el tenedor, la entrega de un valor dinerario.

Por definición, este título de valor también denominado de crédito o cambiario, consiste en una declaración unilateral de voluntad por medio de la cual, una parte se obliga a pagar una determinada cantidad hacia otro sujeto legitimado en el documento.

Dicho título a la orden o al portador, literal, formal, autónomo y abstracto permite al librador ordenar a la entidad bancaria el pago incondicional a la vista o a cierto tiempo vista de una suma o cantidad de dinero determinada a favor de un beneficiario.

De conformidad con los Artículos 385 y 494 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el cheque puede definirse como: “El título de crédito que incorpora el derecho literal y autónomo de pagar una suma de dinero, cuyo ejercicio o transferencia es imposible independientemente del título, se libra contra un banco, en formularios impresos y suministrados o aprobados

²² **Código de Comercio**. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-70, Guatemala 1970. Pág. 99



por el mismo”.²³ Así pues, de las definiciones anteriores, se puede establecer que los tres elementos personales del cheque:²⁴

- El **librador** o emisor del cheque, es decir, la persona que ordena el pago a la institución de crédito mediante formularios preestablecidos, por el monto consignado en él, en virtud de contar con una disponibilidad de fondos para cubrir el monto consignado en el título. Cabe resaltar que el librador “es el eje central de las obligaciones que se generan por el cheque”. Por una parte, está obligado cambiariamente con el beneficiario y, por otra, lo está, pero contractualmente, con el banco.
- El **librado** es el sujeto a quien se le ordena efectuar el pago de la cantidad consignada en el título, en este caso la institución que tiene la obligación de pagar al momento de presentar el cheque **únicamente puede ser un banco del sistema** de conformidad con el Artículo 494 del Código de Comercio 26 vigente en el país, en virtud de que al momento de hacer efectivo el pago del título, dicha entidad, lo realiza con los fondos disponibles que el librador posee en ella.
- Y el **beneficiario**, tomador o tenedor quien cobra el cheque y a favor de quien se libra el cheque, por lo que le asiste el derecho cambiario por excelencia: el cobro, que debido a su estructura triangular no se le exige al emisor, es decir no se le cobra al deudor sino al banco.

Como ya se ha mencionado en los párrafos anteriores, y siguiendo lo comentado por Raúl Cervantes Ahumada,²⁵ dentro de las características particulares del cheque se destaca que este siempre va ser librado contra un banco del sistema, con base en un contrato celebrado previamente entre el cuentahabiente y el banco, mediante el cual el

²³ **Código de Comercio.** Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-70, 1970. Pág. 83

²⁴ Dávalos Mejía, L. Carlos Felipe. **Títulos y operaciones de crédito, análisis teórico práctico de la ley general de títulos y operaciones de crédito y temas afines.** Pág. 274

²⁵ Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito.** Pág.110



cuentahabiente, a través de formularios, suministrados y aprobados por el banco librar una orden de pago, a favor de un tercero, la cual el banco está obligado a pagar. A lo anterior puede agregarse las siguientes características del título de valor que es objeto de estudio en el presente trabajo:

- Pagadero a la vista o a cierto tiempo vista es exigible desde el momento de su creación; a partir de entonces el librador no tiene derecho a disponer en su cuenta de esa cantidad porque ya dispuso de ella al librar el cheque.²⁶
- Al momento en que el beneficiario o tenedor lo presente al banco librado. Expresado en otras palabras, el simple hecho de la creación del título, es suficiente para su exigibilidad y hacer valer el derecho incorporado en él. Conforme a la legislación actual, debe presentarse para su pago dentro de los quince días calendario de su emisión. Debe pagarse aún cuando el librador ya haya fallecido o resulte incapaz.
- El pago extemporáneo se realiza siempre y cuando los fondos estuvieran disponibles y la orden de pago no hay sido revocada.
- En caso de negarse el Banco injustificadamente a pagar el cheque, deberá responder de los daños y perjuicios que le ocasione al librador.
- La revocación de la orden de pago del cheque solamente surtirá efectos después de transcurrido el plazo legal para la presentación. Antes de dicho plazo la orden de pago solamente puede revocarse alegando extravío, sustracción del cheque o la adquisición por un tercero como consecuencia de un acto ilícito.

²⁶ Dávalos Mejía, Luis Carlos. **Títulos y contratos de crédito, quiebras**. Pág. 243



- Los signatarios de un cheque se obligan en forma solidaria: esto es, el tenedor puede exigir de cualquiera de ellos íntegramente la prestación consignada en el título. El último tenedor puede ejercitar la acción cambiaria contra todos los obligados a la vez, o contra algunos de ellos, sin perder en este caso la acción sobre los otros, y sin obligación de seguir el orden que guarden sus firmas.

2.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del cheque, consiste en la fisonomía del papel que le corresponda en la regulación de las relaciones sociales del Estado y por el Estado.

“La condición jurídica del cheque es doble. Una es de carácter especial: su condición jurídico comercial; dentro de este campo, el cheque ha sido clasificado como un documento de carácter económico, llamados títulos a causa del derecho económico subjetivo que le es inherente; estos se asemejan a la moneda, por eso han sido llamados “moneda escritural”, pero los documentos de esta naturaleza no participan en el mismo grado del carácter comercial. El cheque, precisamente, coincide solo bajo ciertos puntos de vista con los llamados efectos de comercio, títulos negociables, títulos crédito, etc.”²⁷

La otra condición es general, el cheque, a diferencia de otros documentos económicos, tiene su aspecto civil, ya que no es exclusiva del comercio profesional ni ha sido creado para favorecer tan solo relaciones comerciales.

Ahora bien, el cheque como título de crédito es el documento necesario para ejecutar el derecho literal consignado en el mismo y para determinar su naturaleza jurídica se pueden tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

²⁷ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco. Volumen 2.** Pág. 273



- Es un documento constitutivo, dispositivo y formal; 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. Y 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.
- Participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito ya 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 ni existe ni puede ejercitarse, si no es en función del documento.
- 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.
- Es un título ejecutivo: la acción cambiaria contra cualquiera de los signatarios de un cheque es ejecutiva por el importe de este, y por el de sus intereses y gastos accesorios, sin necesidad de que el demandado reconozca previamente su firma.
- Asimismo 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.
- El cheque constituye una cesión, por parte del girador, de la provisión de fondos disponibles que poseen en su cuenta corriente.



- Origina tanto para el tenedor como para el librado una función de mandato primero al realizar un mandato de cobro encomendado por el propio librador y librado al momento de pagar el cheque lo hace en calidad de mandatario del propio girador efectuando un mandato de cobro.
- En su carácter de acción ejecutiva, se le otorga al cheque un carácter contractual fundamentalmente entre el librador y el librado, a través del cual este último tiene la obligación de cumplir con la orden incondicional de pagar una suma de dinero determinada, a favor de un tercero.
- 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 este como medio o instrumento de pago.
- Es un título estrictamente bancario debido a que solo las entidades bancarias pueden extender cheques y que éstos sirvan como una forma de pago dentro del comercio.
- El cheque contiene una delegación. La delegación es el acto por virtud del cual una persona pide a otra que acepte como deudor a una tercera que consciente en obligarse frente a ella.



De todos los elementos desglosados anteriormente se vislumbra que la naturaleza jurídica del cheque deriva de su consideración de medio o instrumento de pago, como acto de comercio y su aspecto civil como contrato.

La naturaleza jurídica del cheque se debe analizar desde la perspectiva de las relaciones distintivas de diferente naturaleza que este implica, y que de ninguna de esas relaciones, se puede prescindir al pretender definirla.

Según este presupuesto, por su naturaleza de título de crédito, el cheque constituye un documento por medio del cual, el tenedor recibe en pago del banco únicamente dinero y no otras cosas o valores, y tiene autonomía frente a cualquier negocio subyacente que le haya dado origen, vinculando al librador ante el portador al pago del mismo. Como se puede observar, se pone en relación al librador con el librado. Esta es la relación más esencial, la que, en ningún caso, puede faltar porque no hay cheque posible si no hay alguien que dé la orden de pago y alguien que la reciba para cumplirla; además de la anterior generalmente también pone en relación al librador con un tercero, llamado tenedor o beneficiario; y finalmente, surge la relación indirecta e hipotética entre el librado y el tenedor.

Desarrollando estos tres grupos de relaciones, se puede comprender lo que es el cheque jurídicamente hablando.

***Relación entre Librador y Librado:**

El cheque es un documento legal, por el que el librador **exige** al librado el cumplimiento de lo estipulado en la cuenta corriente bancaria puntualizando sobre la naturaleza de esta exigencia, no se puede hablar propiamente de una "orden", ya que dar órdenes es propio de un superior en sus relaciones con su inferior; tampoco es exacto calificarla de ruego, porque se trata de un derecho estricto, mientras el ruego trata de mover la libre voluntad; tampoco el término "indicación" expresa toda la idea del acto que exige el cumplimiento de un contrato; el concepto de "exigencia" es el de manifestación de la



voluntad que apela a un derecho estricto que debe ser cumplido por otro. En el caso de la cuenta corriente bancaria se ha estipulado que el librado o Banco entregue las cantidades que se van a retirar por medio de cheques; el librado cumple una función estipulada al entregar las sumas indicadas, al sujeto indicado por el librador.

Cuando se trata de pagar a un tercero como beneficiario, evidentemente hay mandato en que el librador es mandante y el librado mandatario, realizando este un acto a nombre de aquel. Cuando se trata de entregar una suma al propio librador, no hay mandato alguno, queda en simple concepto de exigencia.

Relación entre el librador y el beneficiario:

En este caso, el librador es cedente del beneficiario; el cheque jurídicamente tiene como contenido una “cesión de derecho”; el derecho cedido no es la posición del librador frente al librado, pues esta posición deriva del contrato de cuenta corriente bancaria, que ninguna modificación sufre con la emisión del cheque; es lisa y llanamente el derecho de “retirar del Banco la suma indicada en el cheque”, derecho que adquiere el beneficiario frente al librador.

Relación entre el *tenedor* o beneficiario y el librado o banco:

Esta es de naturaleza indirecta, en cuanto se deriva de la relación que uno y otro tienen con el librador y es hipotética, basada en el supuesto de que se cumplan todas las condiciones a que se somete el pago del cheque y que son de responsabilidad entre el librador y el librado; por parte de esta relación el cheque tiene la naturaleza de un simple “comprobante de derecho a retirar una determinada suma de la cuenta bancaria del librador”.²⁸

²⁸ Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf



El juicio sobre el valor del comprobante, en cada caso, pertenece al mismo banco. Librado, dicho juicio no es subjetivo, dejado a la libre estimación del librado, sino que está determinado por su propio contenido; se trata por tanto de un “comprobante calificado” y en cierta medida, un “comprobante de carácter público” por el valor que le ha atribuido la ley, a pesar de no intervenir en su relación ni ratificación ningún funcionario ni ministro de fe.

Al igual que como ocurre con todas las figuras jurídicas que van surgiendo de la vida real, los teóricos han tratado de encajar el cheque dentro de las instituciones del derecho común, explicando por medio de ellas los efectos de dicho instrumento. Pero los esfuerzos en tal sentido, no han logrado explicar el contenido jurídico del cheque, por cuanto las teorías, más que analizar esto, han sido dirigidas a determinar la naturaleza de las relaciones anteriores que median entre librador y librado y entre librador y tomador.

El problema de la naturaleza jurídica del cheque, ha sido trasladado a la causa por la cual se emite este, es decir, al fundamento de la obligación del librado de atender el pago del cheque, y de la promesa de pago contenida en el mismo. Pero la naturaleza jurídica de ambas relaciones, la de provisión entre librador y librado y la subyacente o fundamental entre librador y tomador, no ejercen ninguna influencia en la naturaleza jurídica del cheque.

La correcta determinación de la naturaleza jurídica del cheque, hace indispensable que se atienda únicamente a la obligación contenida en el documento, es decir, a la obligación de librador para con el tomador y los ulteriores tenedores. Es su calidad de título de crédito lo que determina la naturaleza jurídica del cheque. Y es por tal razón que resulta imposible explicar y calificar jurídicamente dicho documento, desde el ángulo de la relación de provisión (librador-librado), o de la relación subyacente (librador-tomador).

La orden de pago dirigida por el librador al librado y la promesa de pago, hecha por el librador al tomador y posteriores tenedores, que son el contenido del cheque, están



concebidos en forma abstracta, sin hacer referencia a ninguna causa. Ello porque el cheque es un título de crédito que incorpora un derecho literal y autónomo. El cheque es pues, un título de crédito. Esa es su naturaleza jurídica, y sus caracteres jurídicos son los de tales documentos, que explican los efectos de su emisión, transferencia y pago.

2.3. Requisitos del cheque

Es de suma importancia realizar un análisis de los requisitos necesarios para la confección de cheques, pues esta será la vía o modo de dar validez a la procedencia de la tipicidad penal.

Primeramente, hay que tener presente que en su calidad de título de crédito, al cheque le son aplicables los requisitos dispuestos en los Artículos 385 y 386 del Código de Comercio vigente, los cuales son propios de todos los títulos:

- **“ARTÍCULO 385. TÍTULOS DE CRÉDITO.** Son títulos de crédito los documentos que incorporan un derecho literal y autónomo, cuyo ejercicio o transferencia es imposible independientemente del título. Los títulos de crédito tienen la calidad de bienes muebles.

- **ARTÍCULO 386. REQUISITOS.** Solo producirán los efectos previstos en este Código, los títulos de crédito que llenen los requisitos propios de cada título en particular y los generales siguientes:
 - 1°. El nombre del título de que se trate.

 - 2°. La fecha y lugar de creación.

 - 3°. Los derechos que el título incorpora.

 - 4°. El lugar y la fecha de cumplimiento o ejercicio de tales derechos.



5°. La firma de quien lo crea. En los títulos en serie, podrán estamparse firmas por cualquier sistema controlado y deberán llevar por lo menos una firma autógrafa”.

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

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

Con base en lo anterior, y para establecer concretamente los requisitos del cheque, hay que considerar que primeramente deberá cumplir con los requerimientos o presupuestos propios de su emisión y que en este caso son los siguientes:

- La existencia de provisión de fondos en poder del librado.
- La disponibilidad de tales fondos por el librador.
- La calidad de Banco en el librado.

Provisión de fondos:

El librador está en la obligación de tener hecha previamente a la emisión del cheque la provisión de fondos. Este presupuesto se explica por la naturaleza propia del cheque y por cuanto dicho título está destinado a producir su pago al momento de la presentación y no a conseguir una promesa de pago futuro.



En el cheque la provisión de fondos es un requisito esencial de la emisión. Si el cheque es un instrumento de pago, que se emite precisamente para evitar o sustituir el pago en metálico, su creación o nacimiento ha de tener lógicamente por base, una previa obligación de pagarlo por parte del librado. Este se encuentra obligado frente al librador al pago del cheque porque tiene provisión de fondos, bien porque es depositario de fondos del librador, bien porque se comprometió a concederle un crédito.

El cheque, por ser un título pagadero a la vista, "es exigible desde el momento de su creación; a partir de entonces el librador no tiene derecho a disponer en su cuenta de esa cantidad porque ya dispuso de ella al librar el cheque".

Expresado en otras palabras, el simple hecho de la creación del título es suficiente para su exigibilidad y hacer valer el derecho incorporado en él. En este mismo sentido el Artículo 501 del Código de Comercio, establece que el cheque es pagadero a la vista y cualquier anotación en contrario, se tendrá por no puesta.

Al respecto de la provisión de fondos, el Código de Comercio señala en su Artículo 496 que, no obstante que es obligación del librador tener fondos disponibles en el Banco librado, el no cumplir con ello al igual que con los otros requisitos no afecta al negocio o acto jurídico que dio origen a la emisión del documento, es decir no inválida el cheque. No obstante lo anterior, la emisión de un cheque, debe ser considerada siempre, un acto de sumo cuidado. Para ello, el emisor debe procurar tener la seguridad de que cuenta con suficiente dinero en su cuenta, que respalde el pago del monto del título valor, caso contrario, estará expuesto a las consecuencias establecidas en el Código de Comercio y las leyes penales y civiles, que sancionan este delito.



***Disponibilidad de los fondos por el librador:**

Para la emisión del cheque no basta la existencia de provisión de fondos en poder del librador, sino que es necesario que tal provisión se encuentre disponible a favor del librador y que el librado le haya autorizado a este la disposición de la misma por medio de cheques.

Entonces, para la validez del título, este solo puede crearse mediante los formularios impresos suministrados por el propio banco, o en su defecto los aprobados por la propia entidad bancaria, según lo establecido en el Artículo 494 del Código de Comercio guatemalteco.

Calidad de Banco en el librado:

De conformidad con el Artículo 494 del Código de Comercio de Guatemala vigente, el cheque solo puede ser librado contra un Banco, en formularios impresos suministrados o aprobados por el mismo y el título que en forma de cheques se libre en contravención a este Artículo, no producirá efectos de título de crédito.

De esto se desprende que conforme a lo establecido en el Artículo 495 del Código señalado anteriormente el cheque debe cumplir con lo siguiente:

- 1º. "La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero", esto a favor del beneficiario; es decir que el pago no esté sujeto a condición alguna.
- 2º. "El nombre del Banco librado", quien deberá efectuar el pago.

Anexo a estos requisitos y con relación a la firma del librador se señala: 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.

Al respecto de los presupuesto indicados anteriormente Cervantes Ahumada añade; *que es indispensable no perder de vista el contrato de cheque, mediante el cual "el banco se obliga a recibir dinero de su cuentahabiente, a mantener el saldo de la cuenta*



a disposición de este y a pagar cheques que el cliente libre con cargo al saldo de su cuenta;” y la disponibilidad de fondos en la cuenta, pues en su opinión “el deudor librador tiene la obligación de mantener el fondo a disposición del acreedor, y que este pueda determinar el momento del retiro, por un requerimiento que depende de su voluntad”.²⁹

El cheque al portador, es el cheque innominado, que puede presentar al cobro cualquier persona que por cualquier medio haya llegado a ser su propietario. El librado paga a la persona que lo presente al cobro.

La transferencia del cheque extendido al portador, se opera por la simple entrega y el tenedor nada debe probar para justificar la adquisición. Los cheques a la orden son los que designan como beneficiario a una persona determinada. En nuestra legislación se ha establecido que si no se expresa el nombre del beneficiario se reputará al portador tal y como lo señala el Artículo 497 del Código señalado en párrafos anteriores.

Además de todo lo anterior, es importante señalar que también se deben cumplir con los requisitos que correspondan para hacer efectivo el pago del cheque.

En la legislación vigente, es necesaria la exhibición del mismo al banco librado y esta se deberá hacer dentro de los quince días calendario siguiente de su creación.

2.4. Concepto de protesto

Carlos Felipe Dávalos Mejía define el protesto como el “*acto público cuya función es probar fehacientemente que un título se presentó para su aceptación o pago y no fue de*

²⁹ Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y Operaciones de Crédito**. Pág 107

Se anexa al presente trabajo un breve esquema con los requisitos de forma con los que debe cumplir el cheque.

ningún modo aceptado o pagado, ya sea total o parcialmente, a efecto de permitir el pago o una aceptación por intervención”.³⁰



A este acto, Luis Muñoz añade que: “Es un acto fehaciente sino que es un acto revestido de autenticidad y solemnidad que constituye indubitable y fehacientemente una prestación cambiaria insatisfecha”.³¹

En el aspecto procesal, este mecanismo tiende a evitar la caducidad de las llamadas acciones de regreso, que son aquellas que tienen los últimos tomadores en contra de los obligados indirectos o endosantes anteriores.

Este acto solemne se la ha tachado de anticuado, innecesario, costoso y molesto, pero no puede pasar inadvertido que es el único camino legal para conservar acción cambiaria en contra de los obligados en vía de regreso o indirectos y las acciones penales correspondientes.

Según Edmundo Vázquez Martínez, “el protesto cumple con dos funciones esenciales, una **probatoria** ya que comprueba el cumplimiento de la carga del tenedor, relativa a la presentación oportuna para la aceptación o el pago, y de la actitud negativa del librado frente a tales actos, y segundo, cumple con una función **conservativa** en virtud que

³⁰ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. **Títulos y operaciones de crédito, análisis teórico práctico de la ley general de títulos y operaciones de crédito y temas afines**. Pág. 274

³¹ Muñoz, Luis. **Letra de Cambio y Pagaré**. Pág. 379



evita la caducidad de la acción cambiaria en la vía de regreso, conservando los derechos cambiarios del legítimo tenedor”.³²

“En ese sentido el protesto es aquella diligencia notarial o bancaria que tiene por finalidad dejar constancia fehaciente e indubitable de la falta de pago del cheque, para lo cual deberá realizarse en la forma prevista y dentro de los plazos establecidos por ley”, de lo contrario se perjudicaría el título, es decir, perjudicaría toda eficacia, en consecuencia, el protesto en los títulos valores sujetos a dicha diligencia, “constituye al tenedor una obligación ineludible previa al ejercicio de las acciones cambiarias o las acciones penales”.³³

Algunos autores conceptualizan el protesto como el requerimiento notarial, que por encargo del tenedor de un documento de giro, se dirige al que aparece obligado al pago, por incumplimiento de las obligaciones esenciales que por ley incumben al pagador y además; precisan que su objeto es hacer constar en forma auténtica que el tenedor ha cumplido por su parte la obligación de presentar el documento de giro a su aceptación o pago y la falta de cumplimiento de una u otra obligación, por el que directa o indirectamente resulta obligado según dicho documento.

Un concepto más sintético, pero con mesurada técnica, se ofrece al afirmar que el protesto es un acta notarial extendida con arreglo a ciertas condiciones en la que consta que el portador del documento practicó las diligencias necesarias para su aceptación o pago, sin conseguirlo del librado.

Teniendo en cuenta los conceptos anteriores, se puede decir que se le ha dado un triple significado al protesto: *es medio de prueba de la actitud negativa del librado* o del aceptante que rehúyen, respectivamente, aceptar o pagar el título de crédito; es medio de prueba también para precisar el estado del cheque en el momento del protesto y

³² Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 89

³³ Borinsky, Carlos. **Derecho penal del cheque**. Pág. 42



determinar consiguientemente las personas obligadas; y además, es requisito para ejercitar la acción cambiaria ejecutiva, sea contra el aceptante, sea contra obligados en vía de regreso.

Ahora bien, conforme se ha adaptado esta figura en Guatemala, el protesto es aquella anotación que el librado inserta al cheque al no poder cumplir la orden de pago del librador, por no existir fondos o por no haberlos en forma suficiente. El acto se llama protesto, porque el tenedor hace la protesta de repetir todas las pérdidas, daños, gastos e intereses contra quien ha dado origen al mismo. La ley lo ha regulado en la parte general que concierne a todos los títulos de crédito y, específicamente, en referencia a la letra de cambio, pero también se regula de forma especial en el cheque, pues en este se puede hacer constar de una forma diferente a la notarial.

Como ya se ha mencionado, el protesto es el medio por el cual se acredita en forma auténtica que el cheque no ha sido pagado y en general representa un acto que tiende a constatar una situación cambiaria insatisfecha, aunque normalmente limitado a la contestación de la falta de aceptación del pago. De este modo, el giro de un cheque sin provisión de fondos, obliga al banco a protestarlo. En conclusión, este acto está dirigido a comprobar la falta de pago, lo cual está compuesto de dos elementos:

- a. La demostración de que se hizo una presentación oportuna para su cobro por parte del tenedor legítimo del cheque.
- b. Las razones por las cuales el Banco girado rehusó a pagarlo.

Una vez analizado todo lo anterior, el acto del protesto es un acto de suma importancia, tanto en el área civil como en el área penal debido a que, en ambas ramas, es un requisito esencial para iniciar las acciones cambiarias o acciones de tipo penal. En la actualidad, muchas personas por desconocimiento o por descuido dejan de protestar los cheques en el plazo legal que establece el Código de Comercio y de esta forma pierden el derecho de las acciones antes mencionadas y pierden las oportunidades procesales para recobrar el monto del cheque o dar un castigo al girador del mismo.



2.5. Requisitos del protesto

Los requisitos formales necesarios al protesto divergen de una a otra legislación cambiaria, pero en todo caso, cumplen una doble función, como prueba de la falta de aceptación o de la falta de pago y como condición del mantenimiento y conservación de los derechos cambiarios del tenedor.

En la legislación nacional, se puede hablar de que los requisitos del protesto se derivan de su origen es decir, si se toma como un acto solemne porque debe ser hecho por **medio de notario en acta notarial** tal como lo establece el Artículo 472 del Código de Comercio el cual estipula: “El protesto se practicará con intervención del notario (...)” o bien por medio de anotación **del librado o la cámara de compensación**, claro esto únicamente en el caso del cheque tal como lo estipula el Artículo 511 del mismo Código el cual establece: “El protesto por falta de pago, debe tener lugar antes de la expiración del plazo fijado para su presentación. La anotación que el librado (Banco) o la cámara de compensación ponga en el cheque, de haber sido presentado en tiempo y no pagada total o parcialmente, surtirá los efectos del protesto”.

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

- I. *El lugar.*
- II. *Fecha.*
- III. *Hora de la diligencia.*
- IV. *El nombre de la persona que lo ha requerido.*
- V. *Los nombres de las personas que intervengan en el acto.*
- VI. *La relación circunstanciada de la diligencia.*



Todos los requisitos formales deben de cumplirse a cabalidad para la elaboración del Acta Notarial de Protesto. A continuación se hará un análisis más detenido de cada uno de estos requisitos y se complementará con otros requisitos prácticos y doctrinarios.

- El lugar:

El lugar del acta notarial deberá ser el lugar de la agencia bancaria donde se efectúa la presentación del cheque para su debido pago, y se debe consignar dentro del acta notarial la dirección de la agencia bancaria, el nombre del banco, el departamento o municipio de Guatemala donde se encontraba la agencia bancaria. Se debe detallar la dirección completa de la agencia bancaria, pues en la actualidad cada banco tiene una gran cantidad de agencias en distintas sedes del país. Incluso, las agencias bancarias pueden estar fuera de la República de Guatemala y se pueden presentar cheques en dichas agencias bancarias fuera del país y faccionar por un notario guatemalteco, el acta notarial de protesto o en su defecto, por un notario de otro país con la salvedad que el acta notarial hecha por ese notario extranjero debe cumplir con los requisitos de las normas del país donde se haga el protesto y esta deberá de contener todos los pases de ley para que sirviera en algún juicio en la Republica de Guatemala.

- La fecha:

La fecha comprende el año, mes y día del protesto. Este dato permitirá apreciar si el acto se realizó en la oportunidad que establece la Ley, es decir, dentro de los plazos señalados en el Artículo 502 del Código de Comercio de Guatemala. En el caso del cheque no importa la fecha que tenga, pues es un documento pagadero a la vista, y se puede presentar en cualquier fecha para su pago, pero siempre dentro del plazo legal. Por otra parte, la fecha servirá para determinar si la presentación al protesto se realizó en día hábil, o si no fue así, correr un día la fecha para la presentación del cheque.



- *La hora:*

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

- *El nombre de la persona que lo haya requerido:*

Para toda acta notarial se necesita un requirente y este es el que debe de solicitar el auxilio del notario para hacer constar la presentación del cheque para su pago, el que debe de requerir al notario es el interesado en que se haga constar la diligencia, en el caso del protesto debe ser la persona a la cual se le ha girado el cheque y cuyo nombre aparece en el mismo, o a la persona a la que ha sido endosado el cheque, pues ninguna otra persona puede presentar el cheque en el banco.

- *Los nombres de las personas que intervengan en el acto:*

Las personas que intervengan en el acto debe de ser el notario a solicitud del requirente, el requirente que es el interesado en protestar el cheque y también puede intervenir el cajero pagador de la agencia bancaria y estas serían, por lo general, todas las personas que intervengan en el acto y en caso de complicaciones podría ser el gerente de la agencia bancaria, y en el caso del extranjero que no hable el idioma español el traductor irá traduciendo lo que está diciendo el cajero del banco y describirá lo que está sucediendo.



-La relación circunstanciada de la diligencia:

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

- I. Número del cheque.*
- II. Monto del cheque.*
- III. Fecha del cheque.*
- IV. Nombre del cuentahabiente.*
- V. Firmas del cheque.*
- VI. Mencionar en qué idioma está el cheque.*
- VII. En qué moneda está girado el cheque.*

Así también se debe de tomar en cuenta lo establecido en el Artículo 480 del Código de Comercio que dice: “El protesto se hará constar por razón puesta en el cuerpo de la letra o en hoja adherida a ella, además, el notario que lo practique levantará acta en la que asiente:

- I. La reproducción literal de todo cuanto conste en la letra.*
- II. El requerimiento al girado o aceptante para aceptar o pagar la letra, con la indicación de si esa persona estuvo o no presente.*
- III. Los motivos de la negativa para la aceptación del pago.*



- IV. *La firma de la persona con quien se entienda la diligencia, o la indicación de imposibilidad para firmar o de su negativa.*
- V. *El notario protocolizará dicha acta”.*

En la legislación guatemalteca se contempla la posibilidad en el caso del cheque; de suplir la intervención del notario para hacer constar el protesto, la propia ley lo regula y lo establece en el Artículo 471 del Código de Comercio al señalar: “En caso de haberse estipulado el protesto por el creador de la letra, este no podrá ser suplido por ningún otro acto, salvo disposición en contrario”.

El caso del protesto hecho por notario y que debe constar a través de acta notarial, se puede decir que es una forma no muy común en Guatemala de hacer constar la falta de pago por carencia de fondos del cheque, pero no se puede dejar por un lado esta opción, pues en varias ocasiones los cajeros pagadores de las agencias bancarias no saben cómo computar el tiempo para la presentación del cheque, y se niegan a protestar el cheque porque el plazo para el protesto según ellos ya ha transcurrido, esto se da en los casos de días de asueto y de feriado es, entonces, que se debe de buscar a un notario para que efectúe el protesto del cheque.

Hasta este momento se ha analizado el protesto hecho en acta notarial, pero esta no es la única forma de hacerse el protesto del cheque, el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 551 estipula: “(...) La anotación que el librado o la cámara de compensación ponga en el cheque, de haber sido presentado en tiempo y no pagado total o parcialmente, surtirá los efectos del protesto”.

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



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

Es importante señalar que, a partir del 12 de agosto del 2005, la Cámara de Compensación la cual estaba a cargo del Banco de Guatemala, trasladó la administración de esta a la Asociación Bancaria de Guatemala (ABG) quien ahora es la entidad responsable de dicha institución.

Ahora bien, otro requisito que debe cumplir el protesto es el **momento de su realización**; de conformidad con el Artículo 511 del Código de Comercio el protesto se ha de realizar antes de la expiración del plazo fijado para la presentación, es decir antes de que venzan los quince días establecidos. De esto se desprende un último requisito fundamental del protesto, y este es el que el cheque sea presentado para su pago dentro de los 15 días calendario a partir de su creación.

Del plazo legal otorgado para la presentación del cheque nace un problema en su aplicación, y este problema es el conteo de los 15 días que estipula el Código de Comercio y se debe tener en cuenta lo que estipula la Ley del Organismo Judicial de Guatemala, la cual indica en su Artículo 45 inciso e) lo siguiente: “En los plazos que se computen por días no se incluirán los días inhábiles. Son inhábiles los días de feriado que se declaren oficialmente, los domingos y los sábados cuando por adopción de jornada continua de trabajo o jornada semanal de trabajo no menor de 40 horas, se tengan como días de descanso y los días en que por cualquier causa el tribunal hubiese permanecido cerrado en curso de las horas laborales (...)”.



Dicha norma se aplica, en el presente caso, al plazo otorgado por el Código de Comercio pues en este no se estipula la forma como se deben de contar los plazos dados en días.

Únicamente, en el Artículo 396 del Código de Comercio se estipula lo siguiente: “Cuando alguno de los actos que deba realizar obligatoriamente el tenedor de un título de crédito, debe efectuarse dentro de un plazo del que no fuere hábil el último día, el termino se entenderá prorrogado hasta el primer día hábil siguiente. Los días inhábiles intermedios se contarán para el cómputo del plazo. Ni en los términos legales ni en los convencionales, se comprenderá el día que les sirva de punto de partida”.

Como se puede ver, son diversos los requisitos que el acto formal del protesto debe cubrir, por ello en Guatemala país ha sido adoptado por las instituciones bancarias mediante el adherir al cheque un pequeño formulario donde vienen una lista de causales por las cuales no se puede hacer efectivo el monto del cheque y únicamente se marca la causal; el hacerlo constar por medio de notario, es una opción poco común de hacerse debido a la practicidad que brinda un sello en el anverso del cheque.

Cuando un cheque no es pagado, por cualquiera de las causas de devolución (carencia absoluta de fondos, fondos insuficientes, pagado parcialmente, librado en chequera ajena, cuenta cancelada, cuenta saldada, saldo embargado, orden de no pagarlo, presentación del cheque, seis meses después de librado, quiebra, liquidación o concurso del girador, instrumento aparentemente falsificado, firma no registrada, firma no concordante con la registrada, identificación insuficiente del tenedor, falta sello canje, falta firma, falta fecha, etc.), este título valor, según la causa y mediante la elaboración del protesto da derecho a iniciar las respectivas acciones judiciales.

El protesto es insustituible como requisito de procedibilidad, lo que significa no poder ser suplido con ningún acto, ni documento, por muy fuerte que sea su poder probatorio, por ser una figura propia de los títulos de valores que reviste trascendental importancia en razón de ser, generalmente, un requisito indispensable para que el tenedor pueda



ejercer las acciones cambiarias y las acciones penales ante los tribunales de justicia mismas que le permitirán hacerse cobro del importe contenido en el título.

Para poder iniciar la respectiva demanda, sobre el cheque o en hoja adherida, debe aparecer la anotación del Protesto. Sin dicha anotación, el título valor está incompleto y no servirá para llevar a cabo la Acción Cambiaria. Asimismo la institución del protesto, forma parte importante del trámite legal que se sigue en la estafa mediante cheque, ya que el mismo es requisito indispensable para iniciar cualquier acción ante los tribunales de justicia.

El protesto es un trámite de suma importancia, ya que es uno de los elementos esenciales tanto para demandar en el campo civil, como en el campo penal. El Artículo 512 del Código de Comercio de Guatemala estipula: “La acción cambiaria contra el librador, sus avalistas y demás signatarios, caduca por no haber sido protestado el cheque en tiempo”, esta norma es clara al regular que si no se protestó el cheque en los 15 días que establece el Artículo 502 del Código de Comercio de Guatemala no se podría intentar la acción ejecutiva en el campo civil.

En materia penal, el Artículo 268 del Código Penal de Guatemala estipula: “Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su presentación (...)”

De la lectura de este Artículo, se deduce lógicamente que para probar que un cheque no tiene la debida provisión de fondos, debió haber sido debidamente protestado ante el banco, y el documento debidamente protestado, es el que sirve como medio de prueba en la querrela penal, de igual forma, se prueba el retiro de fondos antes de que expire el plazo para la presentación, en ambos tipos de acciones, el protesto del cheque, es un requisito esencial para iniciar cualquiera de estas dos acciones.

Es necesario pensar que en muchas ocasiones las personas olvidan protestar el cheque tal como se ha mencionado, y debido a esta razón no pueden entablar una acción cambiaria o iniciar un juicio penal por delito de acción privada, pero no se debe pensar que todo está perdido, pues desde un punto de vista mercantil, se debe de



iniciar un Juicio Sumario de Acción de Enriquecimiento Indebido, tal como lo establece el Artículo 409 del Código de Comercio de Guatemala, ya que este estipula: “Extinguida la acción cambiaria contra el creador, el tenedor del título que carezca de acción causal contra este, y de acción cambiaria o causal contra los demás signatarios, puede exigir al creador la suma con que se haya enriquecido en su daño. Esta acción prescribe en un año, contado desde el día en que se extinguió la acción cambiaria”.

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

2.6. Concepto de estafa

Para adentrarse en el delito de estafa mediante cheque, es imperativo hacer un análisis siendo este el génesis de otros tipos de estafas y dentro de estas el delito que ocupa este estudio.

La palabra estafa tiene su origen etimológico, en el vocablo italiano “*staffa*” cuyo significado es estribo, ya que se usaba para designar a aquel que había sido burlado en su **patrimonio** quedando sin “estribo” o apoyo **financiero**.³⁴

A continuación se señalan algunos de los significados que, con base en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tiene el término que en este apartado se analiza:

“Estafar: Tr. Pedir o sacar dinero o cosas de valor con artificios y engaños y con ánimo de no pagar.

2. tr. Der. Cometer alguno de los delitos que se caracterizan por el lucro como fin y el engaño o abuso de confianza como medio.

Estafar: Verbo que consiste en obtener riqueza a través de una trampa o un ardid, cometer un delito mediante el abuso de confianza o la mentira.

³⁴ Osorio. **Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales**. Pág.170



Estafa, es un vocablo relacionado con el verbo estafar, se le puede definir como un delito que se ejecuta contra el patrimonio o la propiedad y que se perpetra por medio de un engaño. El estafador se encarga de que la víctima crea en algo que no tiene existencia real".³⁵

La estafa en forma general está referida a una reducción del patrimonio, como resultado de un engaño; por ello se deduce para que se produzca el delito de estafa, necesariamente tiene que estar precedido por el engaño, el mismo que induce a la víctima a caer en error, para desprenderse sin mediar violencia de su patrimonio.

Es común sostener en la doctrina que el origen de la palabra estafa se encuentra en el derecho romano. Se había previsto el crimen **stellionatus** ³⁶ como el hecho punible; en que se obtiene provecho indebido a causa del engaño. El estelión o salamandra, animal de colores indefinibles que varían ante los rayos del sol, habría sugerido a los romanos el nombre de **stellionatus** como título del delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena.

“En el acto de estafa, una persona decide actuar en contra de otra violando o destruyendo su propiedad, con el objetivo de sacar un beneficio de tal situación. Este detalle es importante, ya que al no existir un beneficio propio, no se estaría hablando de estafa sino de una mera destrucción o violación a la propiedad. En este sentido, las estafas suelen ser realizadas por individuos u organizaciones delictivas, que funcionan obteniendo ganancias, dinero o bienes materiales a través de la confianza o la ignorancia del perjudicado”.³⁷

Para la ley, el acto central de la estafa es el engaño que se establece desde una parte hacia la otra (la perjudicada), y la consiguiente obtención de beneficios propios a partir

³⁵ Cabanellas de Torres, G. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 67

³⁶ Orizaba Monroy, Salvador. **El cheque naturaleza jurídica**. Pág. 175

³⁷ Uria, Rodrigo. **Derecho mercantil**. Pág. 147



de ese engaño. El daño a la propiedad o patrimonio de una persona, puede ser variado y no necesariamente material.

Dentro de las características del delito de estafa, se encuentra la apropiación de los derechos, bienes y posesiones ajenas, por medio del engaño, que es una de las características principales de este delito. Acerca de la estafa se argumenta que en ella la actuación del sujeto sobre la víctima es de índole psíquica, y por esto invisible, consintiendo en un determinar que mueve al estafado a perjudicarse a sí mismo o a perjudicar a otro en su patrimonio. Tal como se menciona anteriormente, en estos delitos la víctima es engañada para buscar una defraudación en su patrimonio y por esta razón y por la falta de peligro y de violencia, estos delitos de estafa no son tomados con seriedad por las legislaciones y las penas que les son impuestas a los responsables son, muchas veces, penas leves.

El delito de estafa es muy diferente a los demás delitos contra el patrimonio, pues la característica especial del tipo delictivo de estafa es que el autor de esta debe acercarse a la víctima y convencerla; por lo tanto, es un delito de relación. En el delito de estafa la víctima se encuentra desprevenida, y se encuentra en este estado debido a que nunca se imagina que existe una voluntad de engaño, el único que lo sabe es el autor que lo ha maquinado internamente y se exterioriza en el momento de poner en marcha el plan para llevar a cabo el engaño.

Incorre en un delito de estafa aquella persona que, con la intención de obtener un beneficio, influye en otra utilizando el engaño haciéndole incurrir en un error que lleva a la víctima a realizar un acto de disposición sobre su patrimonio que le ocasiona un perjuicio económico a sí misma o a un tercero.

También cometen estafa aquellas personas que, para conseguir un beneficio o enriquecimiento, se valen de manipulaciones informáticas o medios similares para obtener la transferencia de cualquier bien patrimonial, sin el consentimiento de su titular. En otras ocasiones la víctima busca el resultado de la estafa por cometer una



actitud dolosa. Esto parece, en principio, algo ilógico, pero no lo es, muchas víctimas buscan realizar negocios deshonestos, y las víctimas caen en su propio engaño. El delito de estafa se encuentra definido en el Código Penal en el Artículo 263, el cual establece: Estafa Propia: “Comete estafa quien, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defrauda en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a diez mil quetzales”.

Para que haya estafa, es decir para que sea tipificado el delito conforme al Código Penal guatemalteco vigente, son necesarios los siguientes elementos:

- 1- **“Inducir a error a otra persona.** Lo que quiere decir que debe existir una actitud de engaño, por lo tanto debe de prevalecer una relación de causalidad entre la acción de engañar y el error, el error es definido como la discrepancia entre la representación del ofendido y la realidad, que lo motiva a realizar el acto dispositivo, tiene un contenido psicológico esencial. Penalmente no es necesario graduar el nivel de error lo único necesario es que exista el error y que induzca a error a la víctima.

- 2- **El ardid o engaño.** Entendido como la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre, aplicara sobre todos aquellos actos que pueden ser muy variados como documentos falsos, declaraciones falsas, simulaciones contractuales, y lo que busca el perpetrador es que la víctima caiga en un error y que confíe y crea en el engaño. Por un lado, en el delito de estafa, el bien jurídico tutelado es la libertad de consentimiento de la víctima y, por otro lado, el bien jurídico tutelado es el patrimonio. Si bien es cierto, en el delito de estafa existe un consentimiento de la víctima, y este consentimiento es libre pues en ningún momento se está tratando de despojar del patrimonio de la víctima con violencia o con algún tipo de fuerza, la forma como se trata de despojar el patrimonio es a través del error por medio del ardid o engaño, y esto es totalmente desconocido por la víctima.



- 3- **La defraudación.** Según el Código Penal es la defraudación en un patrimonio sea este en perjuicio propio o ajeno, mediante este elemento se disminuye el patrimonio de la víctima. El engañado debe actuar en una forma de dar, lo que quiere decir que la reacción de la víctima debe ser una causa eficiente e inmediata de la disminución patrimonial. “Es por esta razón que la estafa es un delito de auto lesión; porque el engañado, como instrumento del autor, causa el mismo el daño patrimonial, para sí o para un tercero, a través de dar su patrimonio o parte de él. En el ordenamiento jurídico guatemalteco, el delito de estafa propia se encuentra regulado en el Título Cuarto, y este está titulado como De los Delitos contra el Patrimonio, por lo tanto la protección que otorga el Código Penal es al Patrimonio”.

Con todo lo anterior, se puede decir entonces que un concepto propio de delito de estafa es: un delito contra el patrimonio, cuyos elementos son el inducir al error a otra persona o grupo de personas y mantenerlas en él, por medio de hechos falsos o por medio de una deformación de la verdad y de esta forma defraudar patrimonialmente a la víctima.

2.7. Análisis técnico jurídico del delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos

Cuando el cheque es librado, puede ocurrir que se haya librado sin el respaldo de la provisión de fondos para el cumplimiento de la orden de pago por parte del banco librado; o bien, que existiendo la disponibilidad de fondos en el momento del libramiento del cheque, el librador disponga antes del vencimiento del plazo para su presentación de aquellos fondos, dejando sin provisión alguna al banco librado para realizar el pago.



En la actualidad se ha perdido confianza en el cheque, y es de esta desconfianza que nace la figura delictiva de la estafa mediante cheque y lo tipifica como un delito del Código Penal.

El Artículo 496 del Código de Comercio de Guatemala, dispone en su segundo párrafo que tales hechos constituyen la comisión de un delito y por lo tanto el tenedor legítimo del mismo puede accionar penalmente para lograr la satisfacción de su pretensión; los Artículos 615, 616, 630 del cuerpo legal citado, regulan que en virtud de la falta de pago de un título de crédito, el beneficiario puede acudir los órganos jurisdiccionales a ejercitar su acción en contra de los obligados y responsables cambiariamente.

El Artículo 302 del Código Penal reprime el “hecho de dar o entregar por cualquier concepto, a un tercero, un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto. Si cuando el cheque fue librado el girante tenía esa provisión o esta autorización, no puede considerarse infringida la disposición del Artículo”.³⁸

Esta figura, se encuentra comprendida dentro de los delitos que atentan contra el bien jurídico tutelado que es el patrimonio, el Artículo 268 del Código Penal de Guatemala establece: “Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su 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 contenido del Artículo anterior, define el delito de estafa mediante cheque, a través de los elementos que tipifican al delito.

Anteriormente, se ha mencionado que el delito de estafa propia está relacionado con el delito de estafa mediante cheque; en el tipo penal de estafa mediante cheque se busca,

³⁸ Borinsky, C. **Derecho Penal del Cheque**. Pág. 70



como se ha mencionado, el perjuicio económico mediante la entrega de un cheque sin la debida provisión de fondos. En el caso de la estafa mediante cheque se puede afirmar implícitamente que contiene una acción y una omisión callar el hecho que no tiene fondos el cheque.

El delito de estafa propia se configura por la obtención indebida, a través del ardid o engaño de un bien patrimonial con el correlativo detrimento económico de la víctima o sujeto pasivo del delito. La utilización del ardid o el engaño es el elemento determinante, en el caso de la estafa mediante cheque, este se hace a través del cheque y siempre se debe tener en cuenta que debe ser interpretado ampliamente como toda maniobra destinada a inducir a la víctima a error, esto viene a brindar importancia a la definición que se ha dado del delito de estafa, siendo este el género y se ha derivado la especie que sería la estafa mediante cheque, siempre haciendo mención de elementos distintos pero con el mismo bien jurídico tutelado como lo sería el patrimonio.

De suma importancia son los elementos que tipifican el delito de estafa mediante cheque; anteriormente se transcribió el Artículo 268 del Código Penal de Guatemala y estos elementos son:

- Defraudación a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos:

Uno de los primeros elementos del delito es la defraudación a otro dándole un cheque sin provisión de fondos, en este sentido se debe entender la defraudación como el ardid o engaño a través del cheque que al momento de ser presentado para su pago carece de provisión de fondos o no tiene los fondos suficientes para cubrir el monto consignado porque también es posible que la cuenta bancaria de la persona que giró el cheque posea fondos, pero no sean suficientes para cubrir el monto del cheque, por lo tanto se debe reclamar el monto restante.



Desde el momento en que se busca una defraudación, se está ante un elemento del delito de estafa propia. En este sentido, es necesario hacer notar que defraudación por medio de un cheque sin provisión de fondos puede repercutir en el patrimonio de la víctima, aunque no lo estipule precisamente el Artículo 268 del Código Penal de Guatemala, pues muchas veces se entrega un cheque por pago de honorarios profesionales, por algún tipo de servicio, pero a primera vista esto no configuraría un detrimento patrimonial, entonces se debe analizar el sentido de la palabra defraudación para entender sus alcances y sus límites.

Como se analizó, el bien jurídico tutelado en todos los tipos de estafas, tal como lo establece el ordenamiento penal guatemalteco es el patrimonio, por lo que defraudar es frustrar la confianza o los deseos. Desde este punto de vista se puede aseverar que la defraudación busca violar la confianza, burlar o esconder la verdad sobre un hecho y además se puede decir que mediante la defraudación se causa una lesión no solo patrimonial, sino de tipo económico en la víctima, pues en el caso de la prestación de servicios se ve truncado un ingreso monetario en el patrimonio de la víctima y por ende, siempre se está ante un detrimento en el patrimonio.

En muchas ocasiones se giran por parte de comerciantes e incluso, personas que no se dedican al comercio una gran cantidad de cheques y muchas veces pierden el conocimiento de la cantidad de fondos de sus cuentas bancarias y libran cheques sin provisión de fondos, pero lo hacen sin ánimo de defraudar a la persona a la cual le giraron los cheques, por lo tanto, se le debe demostrar al juez que la intención no era el ánimo de defraudar a la víctima y cubrir el monto del cheque y de esta forma llegar a un acuerdo y evitar continuar con la persecución penal, pero el delito ha sido consumado tal como lo establece el Artículo 13 del Código Penal de Guatemala y si la víctima desea continuar con la persecución penal por librar el cheque lo puede hacer.



- Disponer de los fondos antes de que expire el plazo para la presentación del cheque:

Anteriormente se analizó una parte del Artículo 268 del Código Penal de Guatemala, este Artículo brinda los elementos del delito de estafa mediante cheque, pero dicho Artículo regula varios supuestos del delito de estafa mediante cheque, uno ya fue analizado y lo es la defraudación mediante la entrega de un cheque sin provisión de fondos, otro supuesto que se analiza es la disposición de fondos antes de que expire el plazo para la presentación del cheque.

En el presente supuesto uno de los elementos, es el disponer de los fondos en la cuenta bancaria, la disposición de fondos va dirigida a que el titular de la cuenta bancaria puede retirar, retener, inmovilizar o revocar una orden de pago de los fondos de la misma.

Si la persona que giró el cheque revoca la orden de pagar el mismo dentro del plazo de 15 días que establece el ordenamiento mercantil, se configura el delito pues debe entender, como cualquier forma de apoderamiento de los fondos o la imposibilidad de que los fondos, sean retirados por el tenedor del cheque.

De lo anterior nace un supuesto interesante, y este supuesto sería la posibilidad de si al girador del cheque le fueran embargadas por una orden judicial sus cuentas bancarias y las mismas quedarían congeladas; y él ha girado cheques y las cuentas sí tienen fondos suficientes para cubrirlos; la respuesta a este caso en particular sería que los fondos han sido dispuestos pero no por el propio girador, sino por un tercero que sería un juez, pero no se debe perder de vista que el embargo devino de algún tipo de incumplimiento por parte del girador, y por eso se le inició un proceso judicial y el eventualmente sabía que podía iniciarse un juicio en su contra y un eventual embargo; por lo tanto, se dispuso de los fondos y se comete el delito de estafa mediante cheque.



- Quien endosare un cheque con conocimiento de la falta de fondos del librador

Un último supuesto es establecido por el Artículo 268 del Código Penal de Guatemala habla de que quien endosare un cheque con conocimiento de la falta de fondos del librador, por lo tanto, debe de haber un endoso en el cheque, el endoso se define como el modo de transmisión de los títulos de crédito, consistente en la firma de quien transmite, colocada al dorso del documento, pero no hay que limitarse a un solo endoso pues, pueden existir una línea de endosos en el cheque.

Otro elemento del presente supuesto es que la persona que endosa el cheque debe tener conocimiento de la falta de fondos del librador, lo cual es muy difícil de probar, pues es el conocimiento de la falta de fondos es un elemento interno, a menos de que se dejara constancia de que el endosante tenía conocimiento de la falta de fondos del librador, por ejemplo se podría dar en el caso que a la persona a la que se gira el cheque trabajara en el mismo banco donde el girador tiene la cuenta bancaria y el que recibe el cheque tuviera acceso a la información de la cuenta del librador, otro caso sería que el banco únicamente adjuntara al cheque un formulario donde apareciera la razón de falta de fondos y este formulario fuera arrancado o despegado del cheque.

Por ejemplo, la Persona A le gira un cheque sin la debida provisión de fondos a la persona B y esta persona, por alguna razón, tiene conocimiento que el cheque que le fue girado no tiene provisión de fondos y lo endosa a la persona C y así se puede continuar sucesivamente;

Para continuar con el estudio del delito de estafa mediante cheque se debe indagar sobre el bien jurídico tutelado. El bien jurídico es definido como: "Un interés, particular o colectivo, especialmente valioso para la sociedad y cuya conservación la garantiza el Estado".

Delito consumado: el Artículo 13 del Código Penal de Guatemala preceptúa: "El delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación."



Según la definición dada para el delito consumado es necesario que se sucedan los elementos del delito, tal como son el libramiento de un cheque y que el mismo al ser presentado para su cobro carezca de provisión de fondos, o que los fondos sean retirados antes de que transcurra el plazo legal para su presentación y, por último, el caso de que se endose el cheque con conocimiento que el mismo carece de fondos.

Un punto importante en el que se debe de reparar, es el de la posibilidad de tentativa en el delito de estafa mediante cheque, sobre este aspecto, se debe tener en cuenta que existe una fase interna del delito, como lo sería la idea que surge en el sujeto de librar un cheque, después de esta idea viene la deliberación que no es más que la lucha interna de carácter moral que lucha porque no se lleve a cabo el delito y, por último, la resolución que es el triunfo definitivo, en la mente de la persona de verificar la realización del delito.

En el delito de estafa mediante cheque se agota con el acto de librar el cheque sin provisión de fondos por lo tanto la acción es una sola.

Ahora, la tentativa se debe entender como un delito imperfecto por la falta de consumación y haberse quedado imperfecta la acción o siendo perfecta la acción no se consiguió el efecto pretendido a causa de un impedimento.

En el caso del delito de estafa mediante cheque se agota la actividad al momento de librar el cheque, después de la libración del cheque depende de un tercero que presente el cheque en la entidad bancaria para su cobro y se condiciona a esta situación la tipificación del delito de estafa mediante cheque.

En virtud de lo anteriormente argumentado, "en el delito de estafa mediante cheque no admite la tentativa, debido a que no hay proceso de ejecución, dado que se agota la actividad con el único acto de librar el cheque, el acto posterior de presentación del

cheque en el banco es un acto independiente que no es parte de la ejecución de
y este acto depende de una voluntad de una tercera persona”.³⁹



³⁹ Liceaga y Aguiar, Francisco. **Libramiento de cheques sin provisión o sin autorización del librado.**
En Revista Criminalia. Pág. 465





CAPÍTULO III

3. Marco teórico normativo para el diligenciamiento del proceso penal por delitos de acción privada, en relación con el querellante exclusivo insolvente en el delito de estafa de cheque sin provisión de fondos

3.1 Procedimiento penal en el delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos y requisitos previos para iniciar demandas o querellas

La estafa mediante cheque es un delito de acción privada, según el Artículo 24 *quater* del Código Procesal Penal: Acción Privada. Serán perseguibles, solo por acción privada, los delitos siguientes:

- “1) Los relativos al honor.
- 2) Daños.
- 3) Los relativos al derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos.
- 4) Violación y revelación de secretos.
- 5) Estafa mediante cheque”.

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



Requisitos previos para iniciar demandas o querellas

El protesto es requisito previo de cualquier acción legal, tanto para demandar en lo civil como en lo penal.

El Artículo 512 del Código de Comercio de Guatemala estipula: “La acción cambiaria contra el librador, sus avalistas y demás signatarios, caduca por no haber sido protestado en cheque en tiempo”, no se protestó el cheque en los 15 días que establece el Artículo 502 del Código de Comercio de Guatemala, no se podrá intentar la acción ejecutiva en el campo civil.

La acción procesal, ha sido considerada como un presupuesto de la jurisdicción, debido a que cumple su objetivo en concreto cuando se desarrolla hasta lograr la jurisdicción actúe el derecho que rige el caso sometido a su conocimiento.

Guatemala procedimiento penal

El Código Penal guatemalteco, contenido en el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, fue aprobado hace cuatro décadas y algunos de sus institutos, empiezan a evidenciar atraso en su regulación, con respecto a los avances en la ciencia del derecho penal en General.

3.2. Delito consumado, autoría, participación, culpabilidad

“Es un delito de predominante actividad, acción y resultado, los cuales se hallan unidos de modo tal que la sola y simple realización de la acción, concluirá en forma inevitable como el desarrollo propio del tipo. El dolo, se encuentra organizado por esa finalidad de la acción, que está dirigida a la realización del tipo objetivo”.⁴⁰

⁴⁰ Langle, Emilio. **Manual de derecho mercantil español**. Pág. 463



La persona puede actuar con dolo directo o eventual, quedando la acción dependiente de la posterior decisión de la gente, cuando opte por emitir la orden de pago, sabiendo y conociendo el peligro que acarrea su acción y aunque no constituya su deseo la lesión del interés protegido. A pesar que el autor obre con dolo eventual, este no existirá cuando la voluntad de su actuar se encuentre restringida a que ocurra determinada circunstancia, ya que el dolo inexorablemente se constituirá por una voluntad de acción incondicionada, a pesar que la voluntad de resultado fuese solamente eventual. Pero será necesario que los elementos del dolo, el intelectual y el efectivo, concurren mutuamente en el momento en que se realiza la acción.

“El delito de cheque sin provisión de fondos es un tipo de predominante actividad, que se consuma con la entrega del cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado, prescindiendo a tal fin del pago o no del documento en cuestión”.⁴¹

El elemento “a sabiendas” exigido por la figura se satisface al considerar que quién libra cheques sin realizar los depósitos posee pleno conocimiento de que tales caratulares no serán abonados a su presentación cuando, como en el caso de autos, el librador carece de autorización expresa para el giro en descubierto.

Es suficiente entonces para la consumación típica, la entrega del cheque a un tercero, sabiendo que no podrá legalmente ser pagado al tiempo de su presentación al banco.

El delito se consuma aun cuando el cheque no llegue a presentarse al banco para su cobro, es sujeto activo de dicho delito el librador o la persona autorizada a utilizar la cuenta. Será entonces autor de este delito, aquel que fuese titular de la cuenta bancaria y subsidiariamente será partícipe necesario, quien tuviese el manejo de la misma y distribuía los cheques. También lo será aquella persona que realizaba las entregas.

⁴¹ **Ibid.**



Culpabilidad

La culpabilidad es definida en un sentido lato como “la posibilidad de imputar a una persona la comisión de un delito”.⁴² La culpabilidad penal se debe estudiar desde dos ángulos: el de mayor gravedad, por corresponder a la voluntad, conciencia y libertad de delinquir, que caracteriza al dolo, y la actitud que por imprudencia, impericia, negligencia o descuido causa un mal, sin deseo de inferirlo, lo que sería una situación culposa.

La culpabilidad tiene varios elementos y estos son:

- a. La imputabilidad o la capacidad de ser sujeto de derecho penal, madurez física y mental.
- b. Conocimiento de la antijuricidad, es decir, tener noción de las prohibiciones de las normas jurídicas.
- c. La exigibilidad de un comportamiento distinto.

El delito de estafa mediante cheque, únicamente se puede cometer de forma dolosa el individuo que gira un cheque sin provisión de fondos debe representar en su mente el acto de girar el cheque y representarse el resultado de girar el cheque y presentarse para su cobro y que en la entidad bancaria no le lo pagarían en virtud de que no tiene provisión de fondos.

Es necesario que el sujeto represente el resultado de no pago y su ilicitud, por estar prohibido en la norma penal, y esto debe ser exteriorizado mediante movimientos corporales para producir el evento.

⁴² Liceaga y Aguiar, Francisco. **Libramiento de cheques sin provisión o sin autorización del librado**. En: **Revista Criminalia**. Pág. 463



Por lo tanto, en el delito de estafa mediante cheque, el autor del mismo siempre tiene conocimiento del hecho de librar el cheque y que el mismo no será pagado por el banco, lo mismo ocurre cuando el librador del cheque no quiere el resultado de que no se pague el cheque, pero ha previsto en su mente que es posible que ocurra tal situación también es dolosa.

3.3. Fundamentos teóricos que sustentan la presencia del querellante exclusivo en el procedimiento penal de Guatemala

La legislación guatemalteca reconoce al querellante exclusivo, definiéndolo como “El que actúa como titular del ejercicio de la acción penal en los delitos que conforme a la ley son de acción privada.” Artículo 122 del Código Procesal Penal.

El querellante exclusivo o acusador privado es la persona que asume voluntariamente el ejercicio de la acción penal originada de un delito de Acción privada, cometido en su contra con el objeto de impulsar el procedimiento, proporcionando elementos de prueba, argumentando sobre ellos y recurriendo las resoluciones en la medida que conceda la ley.

Es importante resaltar, que el querellante exclusivo, actúa como su único acusador sin intervención del Ministerio Público y como titular de la acción, responsable de su mantenimiento por medio de constante activación eficiente.

Legitimación del querellante exclusivo

Para adquirir la calidad de Querellante Exclusivo, se requiere que el delito cometido cause un agravio personal, es decir, que el delito afecte bienes o intereses privados jurídicamente tutelados por la Ley Penal.

Para constituirse como querellante, es necesario que la persona que pretende hacerlo haya sido afectada directamente por la comisión de un hecho delictivo, a dicha persona se le conoce como “víctima”. Al respecto, el tratadista Manuel Ossorio, define a la



víctima como: “persona que sufre las consecuencias de una violencia injusta en sus derechos y es acreedor pasivo del delito”.⁴³

Los autores españoles Vicente Garrido, Per Strangeland y Santiago Redondo⁴⁴ se refieren a la víctima como: “un pilar básico, ya que en muchas ocasiones es ella la que activa el sistema de justicia mediante su denuncia y testificación”.

Guillermo Cabanellas, en su *Diccionario de Derecho Usual*, define a la víctima como: “El sujeto pasivo del delito y de la persecución indebida”.⁴⁵

La posición de la víctima en el derecho penal se ha caracterizado por una participación muy reducida y de poca trascendencia, en ese orden se aprecia que la cuestión de la reparación de los daños, si bien, se encuentran en el Código Penal, es de una manera accesoria.

***Naturaleza**

La figura del querellante exclusivo en el Código Procesal Penal, rompe con el esquema tradicional de la doctrina del derecho procesal penal, que se enfoca en el imputado y en la justificación de la sanción estatal, descuidando a la víctima, no obstante ser esta la persona afectada en sus bienes e intereses jurídicos por la comisión del delito.

“Con la figura del Querellante Exclusivo, el rol de la víctima pasa a ocupar una posición esencial en la relación procesal, actuando como único acusador sin depender en lo absoluto del Ministerio Público: el ejercicio de la Acción Penal Privada, es un monopolio de la víctima del delito, quien en su calidad de Querellante Exclusivo, toma a su cargo la Persecución Penal del delito cometido en su contra, para lo cual le compete preparar su acción y presentar su acusación (Querrela), teniendo libre y plena disposición sobre

⁴³ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**. Pág. 170

⁴⁴ Garrido Vicente, Per Strangeland y Redondo, Santiago. **Diccionario jurídico**. Pág. 898

⁴⁵ Cabanellas De Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 67



la acción, pudiendo desistir y renunciar a la misma según convenga a sus intereses, sea de manera expresa, quedando sujeta a las responsabilidades que hubiere contraído, o tácita lo que en síntesis se resume en un acto de abandono”.⁴⁶

De lo que antecede, resulta que el querellante exclusivo en los delitos de Acción Privada, es parte acusadora autónoma con facultades legales necesarias para cumplir su función tanto de iniciar como de proseguir y terminar el procedimiento, y si no las ejercita, este se extingue por cuanto no interviene el Ministerio Público para ello.

Órgano ante quien se formula la querella.

“La querella ha de interponerse ante el órgano jurisdiccional competente, a diferencia de la denuncia, la cual puede formularse ante cualquier autoridad judicial, funcionario del Ministerio Público, Fiscal o de la Policía. Por su parte, la querella es la demanda en materia penal ante Juez, competente para ejercitar acción penal y civil derivadas de la perpetración del delito”.⁴⁷

Diferencias entre denuncia y querella

La primera gran diferencia existente entre denuncia y querella, es que la primera es un deber, mientras que la segunda es un derecho, generalmente.

En derecho procesal, toda persona física o jurídica que interviene en un proceso en defensa de un interés o de un derecho que le afectan; ya lo haga como demandante o demandado, querellante, querellado, acusado, acusador o como atributo o condición del actor, demandado o tercero interviniente que comparecen ante los órganos de la

⁴⁶ Larios Lara, José Gamaliel. **Análisis del pago de cheque en caso de estafa mediante cheque en la Legislación penal Guatemalteca.** Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 54

⁴⁷ Calderón Maldonado, Luís Alexis. **Materia de enjuiciamiento criminal.** Pág. 21



jurisdicción en materia contenciosa, requiriendo una sentencia favorable a su parte. Siguiendo a Guillermo Cabanellas,⁴⁸ se observa *que* “es en el proceso criminal donde este concepto adquiere mayor trascendencia para lo jurídico”.

Al analizar lo que indica el Artículo 539 del Código procesal penal con respecto al patrocinio del querellante adhesivo, es más de tipo material, es decir, que en la realidad no se aplica, tal vez, por la ambigüedad en la interpretación de dicha normativa, y, principalmente, con respecto a la intervención del Ministerio Público cuando el querellante adhesivo se queda sin patrocinio y basándose en la realidad concreta, cuando se queda sin patrocinio el querellante adhesivo, no se acude a esta norma, sino que se declara su abandono o desistimiento.

De acuerdo con el desarrollo del trabajo de campo, se ha podido inferir que en los procesos penales, aunque la ley establece la intervención del agraviado muchas veces, o sus familiares, o herederos en el proceso constituyéndose como querellante, esto no sucede así, tal vez, una de las causas es el factor económico, ya que regularmente el querellante, que no solamente pretende que se haga justicia, cumpliéndose con la ley, en el caso de que por ejemplo, quien matare a una persona, tiene que ser juzgada y sentenciada a determinados años de prisión, como sucede en el caso del homicidio, también el hecho de constituirse como actor civil, permite inferir, que pretende ejercitar la acción reparadora del daño ocasionado derivado del delito.

La intervención del querellante adhesivo y actor civil comúnmente se ejercita a través de un abogado director, que concretiza las peticiones al juez de primera instancia en el procedimiento intermedio. El patrocinio en el caso del querellante adhesivo y actor civil, y la función del Ministerio Público, la necesidad de que se establezca un procedimiento.

El hecho de la creación de un Código Procesal Penal, como el que se encuentra vigente, ha sido un logro para la justicia penal, en resguardo de la garantía que tiene cualquier ciudadano que se encuentre sometido a un proceso penal, que permite lograr

⁴⁸ Cabanellas De Torres, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Pág. 67



un equilibrio formal o legal de la acusación y la defensa, en resguardo de la persona quien se le está imputando la comisión de un hecho delictivo y que debe ser sometida a un proceso penal para determinar su culpabilidad o inocencia, y que en ese procedimiento se encuentre investida de una serie de garantías y principios que contiene la Constitución política de la república y otras leyes.

Las personas que participaron en la elaboración de la exposición de motivos y creación del Código Procesal Penal, no tomaron en cuenta las circunstancias económicas, educativas o culturales en que se encuentra la mayoría de la población guatemalteca, los que delinquen y los afectados son miembros de una misma clase social, hablando material o económicamente, que se ubican en la clase media baja.

En su elaboración, se dio un mayor interés a establecer las normas relativas al derecho de defensa, principios y garantías que le asisten al acusado, pretendiendo cumplir con principios de derechos humanos que están establecidos en los instrumentos jurídicos internacionales, de los cuales, el Estado de Guatemala es parte, y lograr el equilibrio de la acusación y la defensa, tomando en cuenta que la acusación había tenido una mayor ventaja en el proceso penal, por contar con los elementos materiales, humanos y formales a su alcance, no así la defensa, pero se dejó prácticamente fuera la función del estado en resguardo de la víctima, del agraviado, al regular tan solo dos Artículos, lo que respecta a la asistencia del agraviado, en cuanto al ejercicio de la acción civil, cuando el titular de esa acción sea un menor o incapaz que carezca de representación, debe actuar el Ministerio Público para dar seguimiento de dicha acción, y en el segundo caso, respecto al patrocinio del querellante, en este caso, como lo establece la norma, se refiere a los delitos de acción privada.

El patrocinio es un vocablo que se refiere a patrocinar, el proporcionar de manera gratuita, una asesoría, una intervención en lugar de otro, que no lo puede hacer personalmente.



En cuanto a las normas que regula el Código procesal penal respecto a la asistencia del actor civil, se establece en los Artículos 538 y 539 del Código procesal penal, aspectos fundamentales:

- a) El patrocinio que el Ministerio público debe brindar en el caso del actor civil, cuando el titular de la acción sea un menor o incapaz que carezca de representación, y que de conformidad con el *Diccionario de la Lengua Española* es defender, proteger, amparar, favorecer.
- b) En el caso del querellante, cuando carezca de medios económicos para hacerlo, el Ministerio Público, tiene la obligación que al solicitarlo, se constituya en representante de la acción que ejercite el querellante adhesivo, indicando la norma que este precepto rige especialmente para casos de delito de acción privada, sin embargo, es de considerar que no excluye a otros delitos.

Por tratarse de normas que se encuentran en el último de los apartados del Código Procesal Penal, y que en la realidad concreta no ha sido cuestionada de manera adecuada, ninguna circunstancia en que se encuentre el querellante adhesivo y actor civil, cuando se suscite cualesquiera de las situaciones previstas en estos dos Artículos, que amerite el interés en el legislador o de las autoridades con iniciativa de ley para proponer reformas, para poder adecuar esas normas a las necesidades de la realidad concreta.

Los motivos, pueden ser diversos, pero los fundamentales a juicio de quien escribe, son el hecho de que son normas que se encuentran en las disposiciones complementarias del Código. Debería tomarse en cuenta el sector de la población que sufre de los delitos cometidos por delincuentes, y el sector social en que se encuentran comprendidos los delincuentes, que en su mayoría carece de medios económicos suficientes, además de no tener un nivel escolar o educativo adecuado, como para poder hacer valer sus derechos contenidos en las leyes, además, del número relativamente pequeño de abogados y notarios que existen a nivel nacional, frente al número de la población que



integra el país, se ha dejado en manos del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, al ser el único ente que se constituye en acusador oficial o público, y al no existiendo una víctima o bien los familiares de la víctima, que lógicamente ameritan el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados y derivados del delito, como un deber del Estado, el Ministerio Público no ejercita tal acción (civil) ni brinda el patrocinio en todo tipo de delitos.

Por el hecho de que las únicas dos normas que regulan la asistencia al agraviado no son claras, y son poco conocidas no solo por los profesionales del derecho, sino fundamentalmente por la mayoría de la población, esto no permite que se aplique en función o beneficio del agraviado o de la víctima o bien de sus familiares.

La forma en que se le da intervención al querellante adhesivo a partir del procedimiento preparatorio, que va íntimamente ligada esa participación al quehacer del Ministerio Público, como acusador oficial, no pueda afirmarse que la investigación que realice el acusador particular, sea mucho más eficiente que la realizada por el Ministerio Público, para que en la audiencia en donde se decidirá si se abre a juicio o no, puede objetar el escrito de acusación, proponer que se corrija, etc. Eso no puede darse, porque efectivamente la ley y la realidad concreta no lo permiten.

En la legislación comparada, se puede encontrar aspectos relevantes respecto a la función que ha tenido la víctima en el proceso penal a través de los tiempos y lo que respecta a la reparación privada.

Para estudiosos del Derecho, ha sido difícil poder establecer en la doctrina y por consiguiente, en la legislación, el concepto trascendental y la cobertura que implica el daño que se ocasiona a la víctima, producto del delito y consecuentemente, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, incluyendo dentro del concepto de daños, los daños morales y los daños materiales.



Cabe señalar que conforme la ley penal, se conceptualiza los daños morales materiales, pero dentro de un ámbito pecuniario, o como se puede indicar, resarcimiento de un daño patrimonial, dentro del cual, se engloba el daño moral. La víctima de un delito, que de conformidad con la legislación guatemalteca, se constituye en querellante adhesivo y actor civil, su interés no es solo que se haga justicia sancionando al infractor del delito que le ocasionó un daño, sino también, que debido a ese daño ocasionado, se proceda a resarcirle de los daños y perjuicios.

Respecto a la víctima de los delitos, en el derecho romano es en donde con el surgimiento de las asociaciones mixtas, (en el caso de que conlleve implícitamente la pena y reparación, es decir, dentro del derecho penal y derecho civil) se conoce en términos jurídicos la pena y la reparación del daño.

Es también, en la Instituta y el Digesto, en donde se sienta el principio de la personalidad de la pena y la transmisibilidad a los herederos del culpable de las responsabilidades civiles provenientes del delito.

En el derecho español, específicamente en el “Digesto” con su influencia sobre este Derecho, lo llevaron a establecer que en los casos de no hacerse efectiva la pena económica a la víctima ese no pago se truncara en la pena.

Como consecuencia para las legislaciones más antiguas, no constituía problema alguno encontrar el mecanismo para hacer efectiva la reparación del daño, el problema más que todo se centró en encontrar la vía procesal, para hacer efectiva la reclamación, y sobre todo que la acción a ejercitarse se deslizara paralelamente a la penal. Dos sistemas para exigir la responsabilidad civil entraron en pugna, el de la adhesión y el de la independencia.

El sistema de la adhesión es una inspiración francesa, y se funda en dos principios procesales: el de celeridad, que se dice sirve para determinar en un lapso corto, el resarcimiento del daño, si el perjudicado tuviera que esperar a que el proceso penal se



encuentre ejecutoriado, para poder iniciar el proceso civil, se le ocasionaría más gastos. Y, el otro principio, que es conocido como el de economía procesal, que considera que si se ejercita la acción civil dentro del proceso penal, se evitan gastos judiciales y extrajudiciales, y además una vez injertada la acción civil dentro del proceso penal, las dos quedan sujetas a un solo fallo.

Con ello, se evita el posterior proceso, que solo representaría más gastos a las partes. El Sistema de independencia, considera que tanto la acción civil como la penal, corresponden a dos acciones de naturaleza distinta, así como también a finalidades distintas. Esta argumentación tiene relación con la jurisdicción ordinaria que funda, según lo ha contemplado el legislador en dos vertientes, una, para controversias de naturaleza privada, o sea para discusión y resolución de cuestiones civiles y la otra, para la resolución de violaciones jurídico penales. Por ello, para el sistema de la independencia, la inmersión de la acción civil dentro del proceso penal, no constituye más que el desvirtuar no solo del ordenamiento procesal, sino también del principio conceptual.

Por todo esto, parece importante recordar los criterios sostenidos por Garófalo, Ferri y Carnelutti, que abogan por la creación de cajas especiales de reserva por parte del Estado para cubrir a los perjudicados por el delito, la indemnización y luego que el Estado repitiera contra el culpable.⁴⁹

3.4. Revictimización en el trámite del delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos, al querellante

Ahora bien, es cierto que la víctima tiene reconocido una serie de derechos dentro del proceso penal, pero existe la dificultad, que por lo general, la persona que juega el papel de víctima, necesita de una asistencia técnica, es decir, de un abogado para hacer valer sus derechos dentro del mismo.

⁴⁹ Creus, Carlos. **Derecho penal, parte especial**. Pág. 104



La coyuntura actual con respecto al tema que compete en este caso, la cual encaminada a que la tutela del derecho a las víctimas dentro del delito de cheque sin provisión de fondos, se ve afectada en muchas ocasiones, por la falta de una asistencia técnica adecuada para ejecutar la acción de una manera correcta.

“Para el caso, el título valor de cheque sin provisión de fondos, permite una serie de salidas alternas para concluir el proceso penal, entre ellos la conciliación, o en otras ocasiones cuando las partes no presentan su acusación con las formalidades que la ley establece regulado en los Artículos. 400 del Código Procesal Penal y siguientes, relacionado con el Artículo 314 del mismo cuerpo legal, estas son objeto de prevenciones previo a admitir las mismas, las cuales en muchas ocasiones por desconocimiento, descuido o malicia, no son evacuadas, lo cual implica que el Tribunal de Sentencia correspondiente”.⁵⁰

3.5. Propuesta a una reacción punitiva en los delitos de estafa mediante cheque sin provisión de fondos

El derecho penal tiene como función primordial, la de proteger los bienes jurídicos, contando con la pena, como su elemento esencial a los fines de lograr su cometido.

Pero esas reacciones penales que emita el Estado, necesariamente deberán estar fundadas, sirviendo para dicho fin de distintos presupuestos. Por un lado, que en la sociedad se produzcan realmente graves lesiones a los bienes jurídicos como así también su respectiva puesta en peligro.

Por otro lado, que los daños que se produzcan en la sociedad, puedan ser susceptibles de responsabilidad de ciertos ciudadanos sobre los cuales, recaiga la misma. Evitar

⁵⁰ De La Rua, Jorge. **El nuevo régimen penal del cheque**. Págs. 151-182



daños o algún tipo de riesgo sobre los bienes jurídicos elementales, para la convivencia, será el objetivo principal o central, basado todo esto en la esencial necesidad por parte de todos, de mantener el mínimo e indispensable orden social.⁵¹

- Las penas

Mir Puig define la culpabilidad como: “La responsabilidad personal de la acción típica y antijurídica, es decir, no puede existir culpabilidad sin el previo análisis de la tipicidad y antijuridicidad”.⁵² Distinta será la situación, cuando se tome el concepto de culpabilidad, como medida de la pena ya que en este caso, la misma valorará el grado de culpabilidad del individuo, para poder determinar la cantidad de pena que se aplicará al caso concreto.

En cuanto a la individualización de la pena, por los delitos que se cometen a través del cheque, el juez deberá aplicar cierta discrecionalidad reglada, por lo que como es lógico, toda decisión estará sujeta a una revisión posterior con el propósito de determinar si la misma es correcta.

Pero es claro y como en la mayoría de los casos sucede, el móvil que determina la comisión del delito es el ánimo de lucro, lo que llevará, lógicamente, a acentuar la gravedad de la culpabilidad por el hecho cometido. Pero también será necesario tomar en cuenta la conducta precedente, es decir, la modalidad o tipo de vida que llevaba el autor.

Por lo tanto, siguiendo esta idea, se deberá tomar en cuenta la conducta o actos posteriores al delito. “Teniendo en consideración las particularidades personales o individuales de la persona, habrá que tener presentes: su edad, instrucción, su estatus o condición social como así también el aspecto económico, su iniciativa a seguir su conducta delictiva como así también el daño que hubiese producido. En el polo opuesto

⁵¹ Borinsky, C. **Derecho penal del cheque**. Pág. 150

⁵² Mir Puig, Santiago. **Derecho penal. Parte general (Fundamentos y teoría del delito)** Pág. 85



y tomando en consideración aquellas circunstancias atenuantes, habrá que considerar si la persona tiene o no antecedentes penales, el monto por el cual se libró el cheque en cuestión, cuál fue su conducta posterior al hecho punible, los medios e intención que dispuso con el fin de poder abonar el monto al tenedor”.⁵³

La pena como castigo por la realización de determinado hecho delictivo, tiene un contenido retributivo y como tal, una función preventiva sin la cual la misma carecerá de sentido o razón. Esa función, procura o ayuda a crear una cultura preventiva de manera de poder evitar cualquier tipo de hecho delictivo por los cuales se configurarían los distintos tipos penales.

3.6. Análisis comparativo de la regulación del delito de estafa mediante cheque entre la legislación guatemalteca y otras legislaciones (España, Argentina, México, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica)

-España

La legislación Española, dentro de su Código Penal Español⁵⁴ aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre 1995, establece lo referente al delito de Estafa mediante cheque de la siguiente manera:

“Artículo 250

1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: (...)

3º. Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio”.

⁵³ De La Rúa, Jorge. **El nuevo régimen penal del cheque**. Pág.154

⁵⁴ **Código Penal Español** 116. Documento disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/Io10-1995.html (s.f.)



En este Artículo contemplado dentro de la legislación española, se encuentra tipificado dentro del delito de Estafa, siendo este un inciso que va a ir de la mano con las sanciones establecidas para el delito de Estafa Propia.

-Argentina

En la legislación Argentina, en el Código Penal de la Nación de Argentina,⁵⁵ se establece el delito de la siguiente manera:

“Capítulo VI

Del pago con cheques sin provisión de fondos

ARTÍCULO 302. - Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, siempre que no concurren las circunstancias del Artículo 172:

1º. El que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación;

2º. El que dé en pago o entregue, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado;

3º. El que librare un cheque y diera contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago;

4º. El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización”.

Dentro de este Código Penal de la Nación de Argentina, no se encuentra estipulado el delito de Estafa mediante cheque como tal. Sin embargo, el Código Argentino

⁵⁵ **Código Penal de la Nación Argentina** Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado) Documento disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/txact.htm>



contempla un capítulo en el cual se establece específicamente el pago con cheque y la provisión de fondos.

Cheque. Libramiento sin fondos: (Artículo 302, inciso 2º C.P.). Exclusión de la figura de estafa reiterada

- 1) “La conducta de quien da en pago un cheque propio, a sabiendas de que no podrá ser legalmente pagado, está atrapada por el inciso 2º del artículo 302 C.P., “siempre que no concurren las circunstancias del art. 172”; o sea, que en la figura más grave (Artículo 172), el cheque debe importar un ardid idóneo para provocar en la víctima el error motivante de su contraprestación patrimonial. En el caso de autos, nada indica que esta hipótesis se haya cumplido, máxime cuando en todos los casos los cheques fueron aceptados por los comerciantes con fechas diferidas, o sea, se otorgó crédito a la compradora, admitiéndose la carencia momentánea de fondos.

- 2) Descartado el tipo de la estafa queda la figura remanente del libramiento del cheque sin respaldo, para cuya inserción en el inciso 2º del Artículo 302 C.P. no es óbice la ausencia de notificación al librador”.

El dolo, en la conducta del Artículo 302, inciso 1, se consuma en el momento de la entrega de los cheques, siendo necesarios para su consumación dos requisitos. Por un lado, no tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y, a su vez, que no se utilice la excusa absolutoria que brinda la ley, es decir, como es el pago dentro de las veinticuatro horas del conocimiento del rechazo. Según esta corriente de pensamiento, el deber de tener provisión de fondos, que establece la ley comercial, se debe contar desde la fecha del cheque y no desde el momento de su entrega.



Según el Código de Comercio, en su Artículo 771, “la cuenta corriente es un contrato bilateral y conmutativo, por el cual una de las partes remite a la otra o recibe de ella propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación o empleo determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de acreditar al remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlos de una sola vez hasta la concurrencia del débito y crédito y pagar el saldo.”

A su vez, el Artículo 791 del mencionado Código, dice que la cuenta corriente bancaria es de dos maneras: a descubierto, cuando el banco hace adelantos de dinero, o con provisión de fondos, cuando el cliente los tiene depositados en él. En este último supuesto, el cliente, a través de depósitos, ingresa dinero en su cuenta corriente y podrá disponer de aquel saldo que resulte a su favor. Por su parte, el banco le brinda el servicio de caja, mediante el pago de cheques y debitándolos a su vez de su cuenta.

Sin embargo, no es requisito esencial que los movimientos los realice en su banco. También tiene la posibilidad de depositar cheques a su favor sobre otros bancos, pero, como condición necesaria, sobre su importe no podrá girar hasta que el banco girado haga efectivos los mismos, al banco depositario. Usualmente se requiere de una espera que oscila entre las 24, 48 y 72 horas, que es el tiempo al que se denomina el proceso de acreditación, o también es llamado *clearing*. Es decir, que aumentará el crédito disponible en la cuenta bancaria, toda partida que ingrese a orden del titular en cumplimiento del servicio de caja que brinda el banco.

En el segundo de los casos (la cuenta corriente en descubierto), el banco otorga un crédito por una suma determina al cliente. Este puede girar sobre el mismo librando cheques hasta el tope de la suma que tenga como máximo el descubierto. El cliente podrá siempre girar con exceso sobre sus depósitos hasta la cantidad que se haya convenido. La cuenta emitirá, cada cierto período, saldos a favor o en contra, según que las sumas exceden o no el dinero depositado. Pero este importante y riesgoso



servicio que presta el banco, corre con un costo extra sobre el importe girado descubierto, el cual queda siempre establecido y pactado con el propio cliente.

El pago debe ser hecho a la presentación del cheque y la misma puede ser efectuada desde que el instrumento fue girado. Es decir, que debe ser presentado para el pago en el término fijado por la Ley en su Artículo 25, treinta días contados desde la fecha de su creación, para aquellos librados en la República Argentina; mientras que el término de presentación de un cheque librado en el extranjero y pagadero en la República, es de sesenta días contados desde la fecha su creación. Si el término venciere en un día inhábil bancario, el cheque podrá ser presentado el primer día hábil bancario siguiente al de su vencimiento.

La obligación emergente de presentar el documento en su respectivo y necesario término, es un requisito para poder ejercer el derecho de regreso contra todos los obligados cambiarios que surgen del documento. Una vez vencido el plazo para la presentación del cheque, se producen diversos efectos, como son: condicionar cronológicamente la validez de la presentación y la de su rechazo, como así también la eficacia del endoso, determinar el comienzo del término de prescripción de la acción del portador y, permitir la revocación del cheque por parte del librador.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Tabelli" había afirmado que: "La ley penal persigue asegurar el valor del cheque como instrumento de la circulación comercial. Por ello, castiga tanto al que libra un cheque sin provisión de fondos o autorización para girar en descubierto, entregándolo en pago o por cualquier concepto, como el acreedor que a sabiendas exige o acepta de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque de fecha posterior o en blanco. Consecuentemente con tal proposición, el alto tribunal sostuvo que no aparecía vulnerada la garantía de defensa en juicio, aunque la prueba ofrecida por el librador de un cheque sin fondos hubiera sido eficaz para acreditar que su denunciante y acreedor había violado el Artículo 175 inciso 4º; pues esto era absolutamente ineficaz para excluirlo de la responsabilidad penal. El delito de libramiento de cheque sin provisión de



fondos contiene en sí un tipo doloso, ya que en ningún momento manifiesta las características propias de la culpa en el Código penal. El dolo se encuentra organizado por esa finalidad de la acción que está dirigida a la realización del tipo objetivo. La persona puede actuar con dolo directo o eventual, quedando la acción en dependencia de la posterior decisión de la gente, cuando opte por emitir la orden de pago, sabiendo y conociendo el peligro que acarrea su acción y aunque no constituya su deseo la lesión del interés protegido. A pesar que el autor obre con dolo eventual, éste no existirá cuando la voluntad de su actuar se encuentre restringida a que ocurra determinada circunstancia, ya que el dolo inexorablemente se constituirá por una voluntad de acción incondicionada, a pesar que la voluntad de resultado fuese solamente eventual. Pero será necesario que los elementos del dolo, el intelectual y el efectivo, concurren mutuamente en el momento en que se realiza la acción. La acción de comunicar o interpelar del rechazo de un cheque por carecer de fondos es un requisito del tipo penal del Artículo 302 inciso 1º del Código Penal, lo cual lo transforma de vital importancia para la configuración típica, ya que esta excede a la voluntad del autor y lo remite al comportamiento de terceros, pero que adquiere real importancia a la hora de determinar el carácter doloso de la omisión de pago en el plazo que establece la ley. Intimar significa prescribir a una persona a que haga algo; esto recién puede producirse al momento de la recepción del despacho en el domicilio al que fuera dirigido y no antes, porque dicho requisito se refiere al acto de la interpelación y no a las diligencias preparatorias. Por lo tanto, hasta el momento en que la notificación no haya sido entregada en el destino, no habrá interpelación alguna, lo único que habrá acontecido será un simple adelanto a la acción requerida, pero que a los fines o efectos penales, carecerá de relevancia. La vital y real importancia de esta acción radica en poder colocar o ubicar al librador del cheque en un punto en el cual pueda informarse del rechazo bancario del cheque, y así poder eliminar la punibilidad del delito, mediante su respectivo pago. Su importancia, por lo tanto, se basa en dos puntos fundamentales: por un lado fija el momento consumativo al permitir precisar el límite de la excusa absoluta y por otro lado, delimita el campo de la punibilidad confirmando la omisión dolosa del pago”.



Plazo para comunicar el rechazo

Sobre este punto existen cuatro posturas bien diferenciadas. Por un lado, la tesis según la cual, el plazo para formalizar la interpelación es de dos días desde que se produce el rechazo del cheque por parte del banco girado, basando dicha postura en el Artículo 39 de la Ley.

La comunicación que se debe remitir al librador, debe realizarse dentro de los plazos que establece el Artículo 25 de la Ley 24.452, es decir, 30 días para los cheques librados en el país y 60 días para los cheques librados en el extranjero sobre un banco cuyo domicilio se encuentra en el país.

El plazo para realizar la interpelación es de un año, el cual emerge del término que corresponde a la prescripción de las acciones judiciales nacidas del cheque (acción cambiaria). Su fundamento radica en que mientras siga vigente la pretensión jurídica de poder cobrar el cheque rechazado, el mismo podrá ser válidamente interpelado.

Un último criterio, y el menos sostenido, dice que el plazo para la interpelación se puede extender hasta cuatro años, ya que el mismo corresponde al período de prescripción de la acción penal. Actualmente, para la Cámara Penal Nacional, la intimación debe ser cursada antes de transcurridos los 30 días que el Artículo 25 de la Ley Comercial de Cheques (24.452), señala para la presentación del cartular al pago, con prescindencia de la fecha de su recepción, no configurándose el delito si fue efectuada en forma extemporánea. Por último, constituye una errónea aplicación de la ley sustantiva entender que el plazo dentro del cual debe comunicarse el rechazo del cheque es el del Artículo 62 de la Ley 24.452, esto es, un año, por que el bien jurídico tutelado por la normativa (fe pública), solo recibe esta especial protección penal durante el plazo de vida útil del cheque, que coincide con el que la mencionada ley dispone para la presentación del mismo, es decir, treinta días.



El Artículo 302, inciso 1, dice con respecto al tema que: “cualquier otra documentada de interpelación”, pero dicha locución puede derivar en una multiplicidad de interpretaciones. Por lo tanto, vale la pena dejar en claro qué medios serán realmente válidos para procurar dicho fin. Son medios valederos, la carta documento u aviso de recepción con firma y sello, el telegrama, pero solo el colacionado, ya que, el simple carece de copia, el acta notarial, la carta certificada. También lo son la notificación personal por vía judicial o policial, el mandamiento de intimación de pago, la notificación bancaria con duplicado firmado por el librador y el protesto ante el protocolo de un escribano público.

Opuestamente a lo dicho, no constituirán formas documentadas de interpelación, el telegrama simple, la carta certificada con aviso de retorno, la carta simple, los avisos verbales (a pesar que existan testigos) y cualquier otro medio no documentado como por ejemplo, aquel mediante vía telefónica, informática, etc. La intimación de pago de cheques, no requiere para su validez que sea necesariamente cursada por su tenedor, pudiendo por lo tanto ser cursada por un tercero totalmente ajeno. Ni siquiera será necesario que actúe con poder especial, ni que haya sido parte del negocio que dio vía a la recepción de los datos. Pero sí hay que dejar en claro, que no existirá delito si no hay un conocimiento fehaciente de la fecha en la que el banco habría hecho el aviso pertinente al librador del rechazo del cheque.

La Ley no establece ninguna forma o solemnidad en particular respecto de la comunicación o interpelación, por el contrario, la misma determina que es eficaz cualquier otra forma pero deja dos alternativas a llevar a cabo. Por un lado la interpelación del tenedor y, por el otro, el aviso bancario.

En el primero de los casos, la misma debe indicar el cheque rechazado como así también su tenedor actual e indicar el lugar en que debe ser pagado, utilizando un medio que de certeza de su entrega al destinatario. Asimismo, debe contener los números de cuenta corriente, el plazo de gracia y el lugar donde debe abonarse la deuda. En los casos de los avisos bancarios que carezcan de la identidad del tenedor



de los cheques, nada harán a la eficacia del mismo como medio de comunicación, ya que por el contrario, será a cargo del librador la obligación de averiguar el rechazo, ya que por el contrario, será a cargo del librador la obligación de averiguar tomar conocimiento de quién es el tenedor actual, siguiendo la cadena de transmisiones de los títulos. Lo que sí será un modo ineficiente de intimación, será el hecho de reclamar globalmente el importe de varios cheques, los cuales carezcan de la debida individualización de cada uno de ellos mediante su respectivo número de emisión. La interpelación queda satisfecha a través de su remisión al domicilio especial que el titular de la cuenta corriente haya denunciado en el banco, es decir, el lugar donde serán remitidas todas aquellas intimaciones al librador del cheque, lo que no obsta a que la misma sea constituida y denunciada en una casilla de correo o inclusive en su propio domicilio real. La constitución de este domicilio especial y su respectivo registro trae aparejado para el cuentacorrentista la obligación de tomar todos los recaudos necesarios y existentes, para que él pueda tomar conocimiento inmediato de aquellas notificaciones que se le remitan a tal domicilio.

Lo anterior, toma real importancia ya que, en el momento de su rechazo, la referida notificación bancaria le otorga al mismo la posibilidad y opción de cancelar el importe adeudado durante el plazo de gracia que la misma ley otorga, y que lo hace pura y exclusivamente responsable por la falta de diligencia que le ocasiona tomar conocimiento de la noticia existente en la comunicación. “En cuanto a las comunicaciones dirigidas a un domicilio distinto del especial, el problema será de índole probatoria en la medida en que se acredite el conocimiento del rechazo bancario o la conducta maliciosa o negligente que impidió dicho saber; el registro legal aparecerá satisfecho. La Cámara en el Penal Económico, Sala 1°, causa ‘Rapaport’, fallo del 16 de abril de 1971, admitió que el instrumento interpelatorio entregado en el domicilio real de la libradora surtirá los efectos legales, cuando, como en el caso, habría sido recibido por una persona al servicio permanente de la casa. Por el contrario, la Cámara Criminal, Correccional y Laboral de Corrientes, en la causa ‘Abramovich’ sentó el criterio de que constituía un requisito de validez de la comunicación la circunstancia de que hubiera sido encaminada al domicilio que el librador registro en el banco”.



La que sí resulta válida, es la intimación entregada en el domicilio real del imputado, aquel, junto con el domicilio especial, estaba registrado en el banco girado. En cuanto a la recepción, puede decirse que el hecho de que el imputado no conozca o no tenga conocimiento de la recepción de las misivas, no es causa suficiente para desvirtuar a las mismas, como tampoco lo es el hecho que no sean entregadas personalmente. Es decir, que será responsabilidad del librador tomar todos los recaudos necesarios, para que toda aquella correspondencia que reciba en el domicilio que ha establecido, sea puesta en conocimiento de su persona a la brevedad.

En aquellos casos en que el servicio postal deja el “aviso de visita” para que el destinatario pase a retirarla por las oficinas de la sucursal postal, si el librador no toma el recaudo de pasar por dichas oficinas a retirar el telegrama, esto no le quitará validez al mismo ya que no se puede dejar la eficacia de la interpelación, a la libre voluntad del destinatario, porque de esa forma será suficiente que el librador no se dirija a realizar dicho retiro, para que la interpelación carezca de eficacia y validez.

Un caso similar sería el hecho de que el librador mude su domicilio. En el supuesto de que la recepción se frustrare por dicho motivo, será suficiente atribuir el defecto a la mencionada actitud maliciosa, o al menos a la falta de diligencia al no haber indicado al banco su nuevo domicilio. Pero distinto será el caso de enviar la intimación de pago al domicilio del librador registrado en el banco para la atención de su cuenta corriente, para que la misma equivalga a su efectivo anotamiento, porque no constituirá real comunicación un despacho telegráfico no entregado en destino. Lo que habrá que determinar para considerar la frustración de la interpelación, en aquellos supuestos en que la carta documento no haya sido recibida, será si se dejó un aviso sin haberse presentado con posterioridad el destinatario a retirarla, más la situación de que la persona tenga conocimiento sobre los saldos existentes en su cuenta.

La comunicación referida al rechazo bancario debe ser dirigida al autor de la acción que describe el Artículo 302, inciso 1°, del Código Penal. Se está en presencia de un delito especial, cometido por aquella persona que da en pago o entrega un cheque sin tener



provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, por lo que, ser una persona física o jurídica sobre la cual se encuentre a su orden la cuenta o en defecto su representante. Por lo tanto, será necesario que la comunicación del rechazo se haga saber al titular de la cuenta o al representante autorizado, si existiere, sin que la participación de extraños en el respectivo delito haga variar en modo alguno, el criterio, ya que en cualquier caso bastará o será suficiente con que la notificación sea encaminada al autor del delito.

Se ha resuelto que la comunicación debe ser necesariamente dirigida a la persona del librador del cheque, por lo mismo que él y el solo él, puede ser penalmente responsabilizado por dicho libramiento; principio que solo podría ser dejado de lado (lo que no se da en la especie) si de lo actuado se desprendiera en forma fehaciente o más allá de toda duda, que el librador del cheque no obstante la falta de aviso personal, tuvo oportuno conocimiento del remitido a la sociedad titular de la cuenta corriente (CN Penal Económico, Sala 3°, 23 de abril de 1971, "Moulia").

En igual sentido, la Sala 3° del mismo tribunal, sentencia del 16 de marzo de 1971, dictada en la causa "Racing Club". El hecho de que la persona que recibe la comunicación no haya sido identificada no tiene mayor trascendencia, mientras conste o se acredite que la misma fue correctamente recibida en el domicilio especial que a ese efecto se constituyó. Tampoco cobra mayor importancia el hecho de que la comunicación fuese entregada a otra persona del domicilio, como puede ser a simple modo ejemplificativo, el encargado de un edificio, mientras que el mismo manifieste que la correspondencia fue debidamente recibida y posteriormente llevada a los correctos destinatarios. Así, se podrá determinar y dejar en claro que se ha colocado o brindado los medios pertinentes para tomar conocimiento del rechazo.

El pago es una excusa absolutoria, siempre que se efectúe dentro de las veinticuatro horas de conocido el rechazo, contando el término del mismo desde la fecha de la efectiva diligencia de la comunicación y no desde que el tenedor del documento encargare la realización a un tercero. El plazo deberá computarse por horas y no por



días por lo que el término de las veinticuatro horas se contará a partir del momento en que se le hubiere comunicado al librador la falta de pago.

El delito previsto en el Artículo 302, inciso 2 del Código Penal es un tipo de predominante actividad, que se consuma con la entrega del cheque a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado, prescindiendo a tal fin del pago o no del documento en cuestión. El elemento “a sabiendas” exigido por la figura se satisface al considerar que quién libra cheques sin realizar los depósitos posee pleno conocimiento de que tales caratulares no serán abonados a su presentación cuando, como en el caso de autos, el librador carece de autorización expresa para el giro en descubierto. Es suficiente entonces para la consumación típica, la entrega del cheque a un tercero, sabiendo que no podrá legalmente ser pagado al tiempo de su presentación al banco. El delito se consuma aun cuando el cheque no llegue a presentarse al banco para su cobro.

-México

En México, el cheque fue reglamentado por primera vez en el Código de Comercio, de 1884, las disposiciones de este cuerpo legal las acogió el legislador de 1889 sin hacer ninguna modificación, y estuvieron vigentes hasta la promulgación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por lo anterior, en el Código Penal del Distrito Federal de 1871 no se contemplaba el supuesto libramiento de cheque sin fondos como fraude específico, el Artículo 416 disponía que: “Al que defraudare a alguno con una cantidad de dinero o cualquier cosa, girando a favor de él una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta o contra otra que el girador sabe no ha de pagarla”, sufrirá las penas que corresponden al robo sin violencia.



Al instituirse el cheque en el ámbito nacional, cuando se realizaba la conducta que se estudia en esta investigación, los jueces aplicaban la sanción del fraude con fundamento en el Artículo 432. El Código Penal del Distrito Federal de 1929 ya contempla la figura del libramiento de cheque sin fondos, Artículo 1552 fracción IV. “Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de él una libranza, una letra de cambio o un cheque contra persona supuesta o que el girador sabe que no ha de pagarlas, (...) se impondrá la pena que corresponde al robo sin violencia”.

El Código Penal del Distrito Federal de 1931 también incluyó, como fraude específico, el libramiento de cheques sin fondos (documentos nominativos); así, el Artículo 386, fracción III, establece: “Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarla”, se sanciona con la punibilidad del fraude.

Con fecha posterior al Código Penal del Distrito Federal de 1931 nace el Artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dispone: “El librador de un cheque presentado a tiempo y no pagado, por causa imputable al propio librador, resarcirá al tenedor los daños y perjuicios que con ello le ocasione. En ningún caso la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque. El librador sufrirá, además, la pena del fraude, si el cheque no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado”.

El surgimiento de la anterior disposición acarrió una fuerte polémica entre autores, litigantes y jueces, quienes no acertaban a descifrar la verdadera naturaleza del artículo, y la discusión giró en torno a si se trataba de un tipo que derogó la fracción III del Artículo 386 del Código Penal del Distrito Federal, en cuanto a cheques se refiere, o no la derogó. La Suprema Corte de Justicia fue quien puso fin a esta discusión sustentando el criterio, por una parte, de que el Artículo 193 no derogó la fracción III, ya



que, en el caso del Código Penal del Distrito Federal, forma parte del tipo el elemento del lucro, no así en el Artículo 193, de donde se infiere que, cuando efectivamente obtenga un lucro o cantidad de dinero con el libramiento de un cheque sin fondos, habrá fraude, en caso contrario la conducta será adecuada al artículo 193.

Por otra parte la Suprema Corte de Justicia ha sostenido: “cheques sin fondos, naturaleza del libramiento de. Es inexacto que el libramiento de cheques sin provisión de fondos configure el delito de fraude genérico, pues tal libramiento constituye un delito especial cuyos elementos materiales son distintos a los del fraude y el bien protegido, mientras en éste es el patrimonio de las personas, en aquél es la circulación de los cheques en beneficio del público, sin que la remisión que se hace al Código penal por cuanto a la penalidad, signifique confusión en su naturaleza, ya que el legislador sólo consideró aprovechable la sanción señalada en el delito patrimonial para ser aplicada al especial”.

El libramiento de cheques sin fondos puede verse desde dos aspectos: el mercantil en el cual la sanción consiste en resarcir al tenedor los daños y perjuicios ocasionados, que en ningún caso podrán ser inferiores al veinte por ciento del valor del cheque. Desde el punto de vista penal, se aplicará al librador la punibilidad del fraude (Artículo 386 Código Penal del Distrito Federal). Para la configuración del delito de libramiento de cheques sin fondos, se requiere que la finalidad de la conducta haya sido el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

Un cheque no puede ser cobrado básicamente por dos causas imputables al librador (cuentahabiente): 1) que no tenga fondos suficientes la cuenta; 2) que no tenga cuenta en la institución bancaria o la cuenta este cancelada.

En este caso, el delito es procedente porque el beneficiario o acreedor no puede verificar por sus propios medios si la cuenta existe o tiene fondos, ya que esa información solo es accesible al cuentahabiente y a los funcionarios del banco, y en todo caso, aún verificando el saldo, en el tiempo que existe entre la expedición y el



cobro del cheque, pudiera haber también un retiro o el cobro de otro cheque que la cuenta sin fondos suficientes.

Sin embargo, para que se tipifique el delito de fraude es indispensable que el beneficiario o acreedor demuestre el lucro que haya obtenido el deudor, es decir, qué recibió a cambio, qué beneficio obtuvo.

***Libramiento de cheques sin fondos. Delito de fraude actual legislación**

El delito de fraude específico, previsto en la fracción XXI del Artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal, de acuerdo a la descripción típica que realiza el Código Sustantivo al respecto, tiene como elementos normativos: a) que el activo libre un cheque contra una cuenta bancaria; b) que dicho documento sea rechazado por la Institución o Sociedad Nacional de Crédito correspondiente; c) que el rechazo se verifique en los términos de la legislación aplicable; d) que el motivo del rechazo sea la falta de cuenta respectiva o la carencia de fondos suficientes para su pago; f) que dicha certificación la realice exclusivamente personal específicamente autorizado para tal efecto por la Institución o Sociedad Nacional de Crédito de que se trate; y, g) que el acto de librar el documento tenga como finalidad procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido. De ahí que, si no acreditó que el activo, con la expedición del documento se hizo de alguna cosa u obtuvo un lucro, con motivo de la entrega del documento, sino que este lo entregó en garantía; no se da uno de los requisitos esenciales para la configuración del fraude específico examinado y por ende no se acredita dicha figura delictiva.

La configuración del ilícito de fraude por la expedición de cheques sin provisión de fondos, solo se actualiza si el sujeto activo utiliza el documento como instrumento para la obtención de bienes o servicios, haciendo creer al pasivo que se le están pagando los mismos, o cuando se emplea para hacer caer en el error al agraviado y alcanzar un lucro indebido, esto es, que debe existir una relación de causa a efecto entre los dos elementos indicados, por lo que el engaño o aprovechamiento del error debe ser previo a la apropiación ilícita de la cosa o al alcance del lucro indebido, y al



mismo tiempo la causa determinante de la entrega de la cosa o la obtención de lucro. En consecuencia, si falta cualquiera de estos elementos, no se configura el delito en cuestión.

***Cheque (Artículo 175)**

El cheque, solo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito. El documento que en forma de cheque se libre a cargo de otras personas, no producirá efectos de título de crédito. El cheque solo puede ser expedido por quien, teniendo fondos disponibles en una institución de crédito, sea autorizado por esta para librar cheques a su cargo. La autorización se entenderá concedida por el hecho de que la institución de crédito proporcione al librador esquemas especiales para la expedición de cheques, o le acredite la suma disponible en cuenta de depósito a la vista.

Este Artículo tiene relación con el Artículo 494 del C. de Comercio ya que explica lo relativo del cheque, como se puede observar, el cheque tiene el mismo significado y valor en ambos países.

El cheque solo 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 producir efectos de título de crédito.

***Artículo 176**

El cheque debe contener: la mención de ser cheque, inserta en el texto del documento; el lugar; la fecha en que se expide; la orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero; el nombre del librado; el lugar del pago; la firma del librador.

En este Artículo se compara con el Artículo 49, ya que los requisitos del cheque son los mismos que se solicita en Guatemala además de lo dispuesto por el Artículo 12 de ese



Código, el cheque deber contener: 1. orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero, 2. el nombre del banco librado.

Cuando así se convenga con el banco librado, la firma autografiada del librador puede ser omitida en el cheque y deber ser sustituida por su impresión o reproducción; legitimidad de la Emisión podrá ser controlada por cualquier sistema aprobado por el banco.

***Artículo 178**

El cheque será siempre pagadero a la vista. Cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta. El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de expedición, es pagadero el día de la presentación.

Dentro de la legislación mexicana, en el Código Penal Federal,⁵⁶ publicado en el Diario Oficial el 14 de agosto de 1931, se establece lo siguiente:

“Artículo 387. Las mismas penas señaladas en el Artículo anterior, se impondrán: XXI. Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer este de fondos suficientes para el pago.

La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate. No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido”.

⁵⁶ **Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano.** Documento disponible en: <http://www.cofepri.gov.mx/MJ/Documents/Decretos/050314decretocodigonacionalpp.pdf> (s.f.)



En este Código Penal Federal no se tipifica específicamente la Estafa mediante cheque como tal, sino que dentro de su Artículo siguiente al que establece el delito de Estafa se menciona en uno de sus incisos el delito mencionado anteriormente.

-El Salvador

Dentro del Código Penal de la República de El Salvador,⁵⁷ Decreto N° 1030119, se refieren los siguientes Artículos:

“ESTAFA AGRAVADA

Art. 216.- El delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años, en los casos siguientes: (...)

3) Cuando se realizare mediante cheque, medios cambiarios o con abuso de firma en blanco”.

Al mismo tiempo también se establece dentro del Código Penal de la República de El Salvador un Artículo específicamente sobre el cheque sin provisión de fondos:

Artículo 243.120 “CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS

Será sancionado con prisión de uno a tres años:

El que librare un cheque sin provisión de fondos

- 1) o autorización expresa para girar en descubierto;*
- 2) El que librare un cheque y diere contra orden para su pago, sin causa razonable manifestada al banco por escrito o frustrare maliciosamente su pago; y,*
- 3) El que librare un cheque en formulario ajeno, sin tener autorización para ello. En los casos de este Artículo la acción penal podrá ser intentada después de los tres días*

⁵⁷ **Código Penal de la República de El Salvador**, Decreto N° 1030 9 de noviembre 1998. Documento disponible en: https://d3gqux9sl0z33u.cloudfront.net/AA/AT/gambillingonjusticecom/downloads/229093/Codigo_Penal_de_El_Salvador.pdf (s.f.)



subsiguientes al del protesto o su equivalente. El presente delito es subsidiario frente al tipo de estafa”.

Como puede observarse, este delito de Estafa mediante cheque se puede ver tipificado en dos Artículos específicos de la legislación salvadoreña. Esta hace mención primero a la Estafa mediante cheque en sí, y luego vuelve a mencionar el cheque sin provisión de fondos, estableciendo más concretamente las situaciones en las que se puede caer.

Procedimiento penal

A continuación, se describirá el proceso penal, en la forma como se lleva a cabo en la República de El Salvador:

Acusación: Artículo 443 del Código Penal y 400 del Código Procesal Penal

La acusación se debe plantear en el plazo de tres días de haberse levantado el protesto, la cual debe presentarse ante el tribunal de sentencia, dicho tribunal se encuentra integrado por tres jueces de primera instancia. Si no se logra identificar o individualizar al acusado, o determinar su domicilio o residencia, el acusador puede requerir en la acusación el auxilio judicial a lo cual el tribunal prestara el auxilio si corresponde.

La conciliación: Artículo 402 del Código Procesal Penal salvadoreño

Esta se llevará a cabo por uno de los jueces del tribunal. El tribunal convocará a esta audiencia luego de admitida la acusación particular, a lo cual, por acuerdo entre las partes, se podrá designar a un amigable componedor para que lleve a cabo la audiencia. Si se logra la conciliación, se redacta el acta de conciliación en donde se determina las obligaciones pactadas. En caso contrario el tribunal convocará a vista pública.



Audiencia preliminar: Artículo 315 Código Procesal Penal salvadoreño

Presentada la acusación, o las otras solicitudes como las medidas cautelares previstas en la ley, el juez, dentro de las veinticuatro horas, intimará a las partes a que concurran a la audiencia preliminar y pondrá a disposición de todos los convocados las actuaciones y las evidencias, para que puedan consultarlas en el plazo común de cinco días.

-Artículo 316

Dentro de los cinco días previstos en el artículo anterior, el defensor o el querellante por escrito podrán:

- Plantear excepciones previstas en este Código.
- Solicitar sobreseimiento, definitivo o provisional.
- Proponer suspensión condicional del procedimiento.
- Solicitar imposición o revocación de una medida cautelar.
- Requerir anticipo de la prueba irreproducible en el juicio.
- Ofrecer la prueba que pretendan producir en la vista pública cuando el querellado hayan acusado.

El secretario dispondrá la organización de la audiencia y la producción de la prueba.

***Ofrecimiento de prueba (Artículo 317 Código Procesal Penal salvadoreño)**

Para ofrecer prueba testimonial, será necesario presentar la lista de testigos, con los datos personales y de identificación de ellos. Se presentarán también los documentos que no han sido ingresados antes, o se señalará el lugar en donde se hallan, para que el tribunal los requiera. La prueba será ofrecida con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar bajo pena de inadmisibilidad.



El juez admitirá o rechazará la prueba ofrecida para la audiencia preliminar u ordena de oficio la que considere necesaria. El día señalado, se realizará la audiencia, se dispondrá la producción de la prueba y se dará tiempo suficiente para que cada parte fundamente sus pretensiones. Deberán comparecer el imputado, su defensor y el querellante.

Las ausencias del defensor serán subsanadas de inmediato, en el último caso, solicitando un defensor público. Si no es posible realizar la audiencia por incomparecencia del imputado u otro motivo, el juez fijará nuevo día y hora y dispondrá todo lo necesario para evitar su frustración.

-Artículo 320

Inmediatamente después de finalizar la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas y, en su caso:

- Admitirá total o parcialmente la acusación del querellante y ordenará la apertura a juicio.
- Decretará auto de sobreseimiento.
- Suspenderá condicionalmente el procedimiento.
- Aprobará los acuerdos a los que hayan llegado las partes respecto a la reparación civil y ordenará todo lo necesario para hacer efectivo el acuerdo.
- Admitirá o rechazará la prueba ofrecida para la vista pública, también podrá ordenar prueba de oficio cuando lo estime imprescindible.
- Ratificará, revocará, sustituirá o impondrá medidas cautelares.
- La resolución será notificada por su lectura.



***Auto de apertura a juicio (Artículo 322)**

Es la resolución por la cual el juez decide admitir la acusación del querellante y abrir el juicio, contendrá:

- 1) “Admisión de la acusación, con la descripción precisa del hecho objeto del juicio y de las personas acusadas.
- 2) Identificación de las partes admitidas.
- 3) Intimación a las partes para que, en el plazo común de cinco días, concurren ante el tribunal de sentencia, se presenten y señalen lugar para las notificaciones”.

***Juicio plenario (Artículo 324)**

“El presidente del tribunal de sentencia, dentro de las cuarenta y ocho horas de recibidas las actuaciones, fijará el día y la hora de la vista pública, la que no se realizará antes de diez días, ni después de un mes.

El secretario del tribunal, notificará de inmediato a las partes, citará a los testigos y peritos, solicitará los objetos y documentos y dispondrá cualquier otra medida necesaria para la organización y desarrollo de la vista pública.

La vista pública se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes. El imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehúsa permanecer, será custodiado en una sala próxima, y, para todos los efectos, podrá ser representado por su defensor. Si su presencia es necesaria para la práctica de algún acto o reconocimiento, podrá ser compelido a comparecer en la audiencia por la seguridad pública. Si el defensor no comparece a la audiencia o se aleja de ella, se considerará abandonada la defensa y corresponderá su reemplazo.



Si el querellante no concurre a la audiencia, o se aleja de ella, se tendrá abandonada su querrela, sin perjuicio de que pueda ser obligado a comparecer como testigo. La audiencia será pública, pero el tribunal podrá decretar, de oficio o a solicitud de parte, que sea privada, parcial o totalmente, cuando así lo exigieren razones de moral, de interés público, la seguridad nacional o esté previsto por una norma específica.

La audiencia será oral, de esa forma deberán declarar el imputado y las demás personas que participan en ella. Las resoluciones del juez o tribunal, durante la audiencia, se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su pronunciamiento, dejándose constancia en el acta.

La audiencia se realizará sin interrupción, durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación, pero se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, computados continuamente. El tribunal decidirá la suspensión, y anunciará el día y hora de la nueva audiencia, y ello valdrá como citación para todos los comparecientes. Si la audiencia no se reanuda, a más tardar, el undécimo día después de la suspensión, se considerará interrumpida y será realizada de nuevo desde su inicio.

El presidente del tribunal dirigirá la audiencia, ordenará las lecturas necesarias, hará advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones y moderará la discusión, impidiendo intervenciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación y la amplitud de la defensa. El tribunal en pleno, resolverá cuando una decisión del presidente sea impugnada”.

***Apertura**

El día y hora fijados, el tribunal se constituirá en la Sala de Audiencia. El presidente del tribunal, después de verificar la presencia de las partes, los testigos, peritos o intérpretes, declarará abierta la vista pública, explicando al imputado sobre la



importancia y el significado de lo que va a suceder, indicándole que esté atento a lo que va a oír. Inmediatamente, ordenará la lectura del auto de apertura a juicio y permitirá que el querellante, en su caso, explique la acusación. Todas las cuestiones incidentales serán tratadas en un solo acto, sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del juicio.

***Declaración del imputado**

Después de la apertura de la audiencia, o de resueltos los incidentes, el presidente del tribunal dispondrá que el defensor explique la orientación de su defensa. Inmediatamente recibirá declaración al imputado, explicándole con palabras claras y sencillas el hecho que se le imputa, con la advertencia de que puede abstenerse de declarar y que la vista pública continuará aunque él no declare. Después de la declaración del imputado, el presidente del tribunal recibirá la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo.

- Los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen.
- Los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento.
- Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales serán reproducidos, en la forma habitual.

***Cierre del debate (Artículo 353)**

Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá, sucesivamente, la palabra al querellante, al defensor y al responsable civil subsidiario, para que, en ese orden, expresen sus conclusiones finales. No se leerán memoriales, sin perjuicio de la lectura parcial de notas. Todas las partes podrán replicar, pero corresponderá al defensor la última intervención.



***Sentencia (Artículo 354)**

Los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen. Los objetos y otros elementos de convicción secuestrados, serán exhibidos para su reconocimiento. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales serán reproducidos, en la forma habitual.

***Cierre del debate (Artículo 353)**

Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá, sucesivamente, la palabra al querellante, al defensor y al responsable civil subsidiario, para que en ese orden expresen sus conclusiones finales. No se leerán memoriales, sin perjuicio de la lectura parcial de notas. Todas las partes podrán replicar, pero corresponderá al defensor la última intervención.

***Sentencia (Artículo 354)**

Cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato, a deliberar en sesión secreta, a la que solo podrá asistir el secretario. La deliberación no se diferirá ni suspenderá, salvo que alguno de los jueces se enferme gravemente o exista otra razón de fuerza mayor de notoria gravedad. La causa de la suspensión constará en el acta y no excederá los tres días. Caso contrario, se realizará nuevamente la vista pública. La sentencia será redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación. Seguidamente, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencia, después de ser convocadas verbalmente todas las partes y el documento será leído en alta voz por el secretario ante los que comparezcan. La sentencia quedará notificada con la lectura integral y las partes recibirán copia de ella.



-Recursos

*Casación (Artículo 421 Código Procesal Penal salvadoreño)

Procederá cuando se basa en la inobservancia, o errónea aplicación de un precepto legal. Se interpone ante el tribunal que dictó la sentencia en el término de los 10 días contados a partir de la notificación.

*Revisión (Artículo 431 Código Procesal Penal salvadoreño)

Procederá contra la sentencia condenatoria firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado. Se interpone ante el tribunal que pronuncio la sentencia y se deberá ofrecer la prueba pertinente.

-Honduras

Dentro del Código Penal De Honduras⁵⁸, Decreto Numero 144-83121 no se encuentra específicamente tipificado el delito de Estafa mediante Cheque. Sin embargo, el Artículo que le sigue a lo establecido para el Delito de Estafa es el siguiente:

“ARTÍCULO 243. Quien defraude o perjudique a otro utilizando cualquier engaño que no se halle comprendido en los Artículos anteriores de este Capítulo, será castigado con una multa de cinco mil (L.5,000.00) a diez mil Lempiras (L.10,000.00). En caso de reincidencia la sanción será igual al doble de la anterior”.

En la legislación de hondureña, no se tipifica este delito, sin embargo existe un Artículo, el cual especifica que si no se haya comprendido en los Artículo anteriores cualquier tipo de fraude o engaño se aplicará la pena que establece dicho Artículo, por lo que

⁵⁸ **Código Penal De Honduras.** Decreto Número 144-83 26 de septiembre de 1983. Documento disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Honduras.pdf (s.f.)



puede encajar dentro de este Artículo la Estafa mediante cheque como se establece en la legislación guatemalteca.

A tenor del Artículo 494 del Código de Comercio, es un delito, y es tipificado como estafa a tenor del Artículo 464 del Código Penal, y puede incluso acarrear el decreto de una medida de privación preventiva de libertad, por el respectivo tribunal de control y/o ser solicitada tal medida por un fiscal del Ministerio Público. Tal medida puede ser solicitada sea revisada, y sustituida por una medida cautelar sustitutiva.

Es por ello, que se debe tener sumo cuidado a la hora de expedir un cheque. Cabe preguntarse, ¿cómo demostrar que un cheque no tiene fondos? ¿Basta el recibo que otorga el Banco a la hora de presentarlo por taquilla? A criterio de la investigadora, el recibo que expide la agencia bancaria, podrá dar lugar tanto a una acción de naturaleza civil como a una acción de naturaleza penal, sin embargo, es criterio reiterado por los tribunales que la prueba por excelencia, es el protesto del cheque efectuado en forma y tiempo oportuno.

Es decir, un cheque cualquiera, tiene en la parte inferior un rubro donde se coloca la fecha y el lugar de emisión, más abajo se encuentra la agencia donde se apertura la cuenta bancaria. Por ejemplo: si el Sr X, abre su cuenta bancaria en una Agencia en Caracas y emite un cheque al lado de cuya fecha, coloca que lo libró en Aragua, el Sr Y, (acreedor del cheque) tendrá 10 días para presentarlo en taquilla. Si por el contrario, el Sr X, al emitir el cheque coloca que lo libró en Caracas, el Sr. Y, tendrá 3 días para presentarlo en taquilla, esto es de suma importancia, pues de ello dependerá que el Sr Y, al momento de efectuar su Protesto lo haga o no en tiempo útil y no extemporáneamente.

Nótese, que solo habrá la posibilidad de ejercer la acción penal, con una medida privativa de libertad, si el Protesto se hace en tiempo útil, y bajo la condición de que el acreedor (El Sr. Y, en este ejemplo), desconociera que el cheque no tenía fondos. En relación con este último requisito, desconocer que el cheque no tenía fondos, habrá que analizar si cuando de emitió el cheque, se suscribió algún tipo de documento (factura,



acuse de recibo, etc.), en el cual se hizo señalamiento expreso de que el cheque se entregaba sin provisión de fondos o para ser cobrado con fecha post-datada, ya que no existirá tal recibo, entonces no hay dolo en la entrega del cheque y por ende no existe la posibilidad de imputar ningún delito ni abrir la acción penal, solo quedará abierta la acción civil. Recuérdese que para el derecho penal, para que haya estafa, es necesaria la prueba de un provecho propio en perjuicio ajeno.

De existir el recibo aludido, y no habiendo estafa, el tribunal de juicio en lo penal, calificará el delito como de “Emisión de Cheque sin provisión de Fondos”, a tenor del Artículo 494 del Código de Comercio, con pena de 6 meses a 15 días de prisión, el acusado contará con toda la gama de medidas cautelares sustitutivas y estará en libertad.

-Nicaragua

Dentro del Código Penal de la República de Nicaragua,⁵⁹ se establece un inciso dentro del Artículo 283 del mismo cuerpo legal, el cual tipifica lo que es la estafa en relación de cheques sin fondos:

“Art. 283.- Comete delito de estafa el que con ánimo de lucro y en perjuicio del patrimonio de otro verifica con este un convenio o realiza actos valiéndose para ello de cualquiera de los siguientes métodos:

11) Pagando con un cheque sin fondos o cuyo pago se frustrare por una acción deliberada o prevista por él, al entregar el cheque. Para que haya lugar a la acción penal en el caso de estafa de cheques sin fondo, será preciso que el cheque fuere rechazado por el banco o institución de crédito respectivo, y que, notificado formalmente el librador por medio de un Juez de lo Civil o Notario no pagare el valor del cheque en el término de 3 días”. (sic.)

⁵⁹ **Código Penal de la República de Nicaragua** de La Asamblea Nacional, Ley No. 641. 1 de abril 1974. Documento disponible en: http://oas.org/Juridico/mla/sp/nic/sp_nic-int-text-cp.html (s.f.)



La diferencia con la legislación guatemalteca, radica en la integración de este delito dentro del mismo delito de Estafa, como ya se mencionó anteriormente, este en nuestra legislación, está independientemente de los otros delitos.

-Costa Rica

Dentro del Código Penal de Costa Rica⁶⁰, Ley número 4573123, se menciona el delito de la siguiente manera:

“Estafa mediante cheque

ARTÍCULO 221.- Se impondrá la pena establecida en el Artículo 216, según el monto de lo defraudado, al que determinare una prestación dando en pago de ella un cheque sin fondos, o cuyo pago se frustre por una acción deliberada o prevista por él al entregar el cheque”.

Asimismo, la legislación penal de Costa Rica establece lo siguiente:

-Libramiento de cheques sin fondo

“ARTÍCULO 243.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, o con sesenta a cien días multa, el que librare un cheque, si concurren las siguientes circunstancias y el hecho no constituye el delito contemplado en el Artículo 221:

- 1) Si lo girare sin tener provisión de fondos o autorización expresa del banco, y si fuere girado para hacerlo en descubierto;
- 2) Si diese contraorden de pago, fuera de los casos en que la ley autoriza para ello;

⁶⁰ **Código Penal de Costa Rica**, Ley número 4573 2 de mayo de 2002. Documento disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf (s.f.)



3) Si lo hiciera a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podía ser legalmente pagado.

En todo caso el librador deberá ser informado personalmente de la falta de pago, mediante acta notarial, o por medio de la autoridad que conozca del proceso. Quedará exento de pena, si abonare el importe del cheque dentro de los cinco días siguientes a la notificación”.

En este caso, la legislación costarricense, establece dos Artículos importantes para el delito de Estafa mediante cheque, siendo estos el primero específicamente para el mismo y el segundo Artículo para señalar las situaciones concretas al momento de librar un cheque sin fondos.

El cheque es un título de valor, el cual se define, según el Artículo 803 del Código de Comercio, como: “una orden incondicional de pago girada contra un banco y pagadera a la vista”; en otras palabras el cheque es un instrumento de pago ligado a los depósitos bancarios. El uso de estos se popularizó debido a la seguridad que brindan y a lo ágiles que son para efectuar operaciones comerciales, siempre que se utilicen de la manera correcta.

Para que el cheque sea efectivo en el momento de su cobro, debe contener todos los requisitos que la ley exige, de lo contrario se estipula dentro del Artículo 804 del Código de Comercio: “El título que no llene los requisitos consignados en el artículo anterior, no se considerará como cheque, pero entre las partes tendrá el valor que las leyes le otorguen”.

-Artículo 803

El cheque es una orden incondicional de pago girada contra un banco, pagadera a la vista. El cheque debe constar por escrito en una de las fórmulas suministradas por el banco girado al cuentacorrentista. Debe contener nombre del girado; lugar y fecha de la expedición; nombre de la persona a cuya orden se gira o mención de ser al portador;



mandato puro y simple de pagar una suma determinada, la cual debe ser escrita en letras y también en cifras, o con máquina protectora; firma del girador, de su apoderado o de la persona autorizada para firmar en su nombre. El cheque, deberá ser necesariamente escrito con tinta o a máquina; la firma que lo cubra deberá ser autógrafa. No obstante, el banco puede autorizar el uso de cheques hechos en máquinas especiales, aunque no contengan las especificaciones exigidas, siempre que tengan los datos necesarios para identificar al girador y al tomador, la seguridad para evitar falsificaciones o alteraciones

Si se diera la situación de que el cheque no tuviera los fondos suficientes para cancelar la deuda, según el Artículo 816 del Código de Comercio, se procederá a que el banco pague al tenedor hasta donde alcance el saldo del cuentacorrentista. Al reverso del cheque, se pondrá la constancia de pago firmada por el cajero y por el tenedor, dando el banco al tenedor una constancia del saldo en descubierto con todas las especificaciones que contenga el cheque, con presentación de la cual podrá el tenedor ejercitar la acción ejecutiva, contra los responsables del pago.

El hecho de emitir un cheque sin fondos es considerado un delito, esto debido a los daños y perjuicios en los que se ve afectado el tenedor, según el Artículo 817, este podrá cobrar una indemnización por el veinticinco por ciento de la suma no cobrada. En el Artículo 818 del Código de Comercio se estipula que, en el caso de que el tomador del cheque estuviera consiente de falta de fondos, será castigado por cómplice. Existen casos en los que se puede presentar una contraorden, es decir, la orden de que el banco no cobre el cheque. Para esto, debe darse por escrito con datos suficientes para identificar el documento y deberá expresarse con claridad la circunstancia del hecho en que se fundamente, esto según el Artículo 822. Es importante que un cheque pueda ser revalidado, esto según lo establecido en el Artículo 823, poniendo al reverso bajo su firma una leyenda que claramente lo exprese así. Consignará la fecha y su firma.



CONCLUSIONES

1. No existe la importancia necesaria sobre el delito de cheque sin provisión de fondos, ya que los órganos encargados de aplicar la justicia dan mayor prioridad y dedican mayor tiempo a otros delitos de trascendencia social, y se le resta importancia al delito de cheque sin provisión de fondos, que son considerados como delitos menores.
2. La burocracia en el trámite administrativo y por los jueces de sentencia, para la tramitación de procesos penales es muy lenta, deficiente y no va de acuerdo al principio universal de pronta y cumplida justicia.
3. En algunos casos, los procesos son abandonados por sus interesados, y la causa de esto, es que las personas son de bajos recursos económicos y los perjudicados no pueden pagar los honorarios de los acusadores particulares
4. Existe carencia de lineamientos que regulen el trámite que debe realizar la víctima de delitos de acción privada, para constituirse como querellante exclusivo, cuando el mismo carece de recursos económicos, no existe una normativa que regule tal procedimiento.
5. El Ministerio Público carece de una oficina de atención a víctimas insolventes de delitos de acción privada, que deseen constituirse como querellante exclusivos, lo cual dificulta una tutela judicial efectiva y seguridad jurídica.





RECOMENDACIONES

1. Dentro del trámite de delitos de acción privada, es importante ampliar la competencia de los Juzgados de Paz, para que se puedan plantear ante estos órganos jurisdiccionales, las querellas por delitos de acción privada
2. El Congreso de la República de Guatemala, a través del Decreto 21-2016 de fecha 06 de abril de 2016, creó la Ley Orgánica del Instituto para la asistencia y atención a la víctima del delito, no tomando en cuenta la asistencia técnica para el querellante exclusivo como sujeto de derecho; por lo que se hace necesario incorporar la asistencia legal al querellante exclusivo insolvente en las futuras modificaciones a dicha ley orgánica.
3. Debe reformarse la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el sentido de crear la figura de Asistencia Legal para víctimas del delito, no realizando separaciones entre acción pública y acción privada, toda vez que la “víctima” subsiste aún sea de cualquier naturaleza la acción penal.
4. El Congreso de la República de Guatemala, debe velar por reformas que inspiren a una tutela judicial efectiva; por tal razón es importante que en el futuro se analice la viabilidad que el delito de estafa mediante cheque sin provisión de fondos, sea un delito de acción pública a instancia particular.





BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, Niceto. Proceso, **autocomposición y autodefensa**. (S.E.) (S. F.)
- BERNARDIS, Luis Marcelo. **La Garantía Procesal del Debido Proceso**. Lima, Perú: Cultural Cusco S. A. Editores, 1985
- BORINSKY, Carlos. **Derecho penal del cheque**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. 1986.
- CABANELLAS DE TORRES, G. **Diccionario Jurídico Elemental**. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. Décimo novena edición. 2008.
- CALDERÓN MALDONADO, Luis Alexis. **Materia de enjuiciamiento criminal**. Guatemala: Segunda Edición. Editorial Textos y Formas Impresas. 2002
- CALAMANDREI, P. **Instituciones**, II. Citado en el fallo de la CCCF, Sala I, "Iglesias, M. s/recurso extraordinario", causa 28.900, Reg. Nro. 810, J. 4 - S. 8 Palermo, Sellerio, 1987
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. **El delito de estafa**. San José Costa Rica: Editorial Juritexto. 2000.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal I**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma. 1989.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y Operaciones de Crédito**. México: Editorial Herrero, S. A. Décima Edición. 1978
- CHACÓN CORADO, Mauro. **Guía conceptual del proceso penal**. Guatemala: Primera Edición. 2000.
- COUTURE ECHEVERRY, Eduardo. **Fundamentos de derecho procesal civil**. (S. E.) 2002.
- CREUS, Carlos. **Derecho penal, parte especial**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. 1997.



- DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura T. A. **Delitos contra la propiedad**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad. Tercera edición actualizada.
- DÁVALOS MEJÍA, Luis Carlos. **Títulos y contratos de crédito, quiebras**. México: Editorial Harla S. A. de C. V. Segunda Edición. 1984.
- DÁVALOS MEJÍA L., Carlos Felipe. **Títulos y operaciones de crédito, análisis teórico práctico de la ley general de títulos y operaciones de crédito y temas afines**, México: Oxford University Press. Tercera edición. 2001.
- DE LA RÚA, Jorge. **El nuevo régimen penal del cheque**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma. 1966.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco parte general y especial**. Guatemala: Editorial Llerena. 1998.
- Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima segunda edición. Disponible en: <http://www.rae.es/rae.html>. (s.f.)
- Diccionario Jurídico Hispasa. España: Ed. Espasa Calpe, S. A. 1999.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. **El derecho a la tutela judicial efectiva**. (S. E.) (S. F.)
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Tratado de derecho penal, parte especial**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot. 1993.
- GARRIDO Vicente, Per Strangeland y REDONDO, Santiago. **Diccionario Jurídico**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta. Décimo novena edición. 2010.
- GONZALES PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**. España: Editorial Civitas. Segunda edición. 1985.
- GUADRÓN, Aura Marina. **Guía conceptual del proceso penal**. Guatemala: Primera edición. 2000.



HUNTER AMPUERO. **“No hay buena fe sin interés, la buena fe procesal deberes de veracidad, completitud y colaboración”**. En: **Revista de derecho** versión On-line, volumen 21, no. 2, Valdivia, Diciembre 2008

JIMÉNEZ DE ASUA, Luís. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta. 1970.

LANGLE, Emilio. **Manual de derecho mercantil español**. Barcelona, España: Editorial Bosch. 1959.

LARIOS LARA, José Gamaliel. **Análisis del pago de cheque en caso de estafa mediante cheque en la Legislación penal Guatemalteca**. Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala 2004.

LICEAGA Y AGUIAR, Francisco. **“Libramiento de cheques sin provisión o sin autorización del librado”**. En: **Revista Criminalia**. México D.F., México: 1961.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. **Derecho penal**. México: Editorial Trillas. 1986.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal Parte General (fundamentos y Teoría del delito)**. Barcelona, España: Editorial Promociones Publicaciones Universitarias. 1984.

MONROY GÁLVEZ, Juan. **Introducción al Proceso Civil. Tomo I**. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A. 1996.

MUÑOZ, Luis. **Letra de Cambio y Pagaré**, México. Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1975

ORIZABA MONROY, Salvador. **El cheque naturaleza jurídica**. México: Editorial Sista S. A. de C. V. Primera Edición. 2005.

URIA, Rodrigo. **Derecho mercantil**. Madrid, España: Editorial Civitas Ediciones. 2002.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo **Instituciones de derecho mercantil**. Guatemala: Editorial Serviprensa Centroamericana. 1978.



VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos. 1999.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales** Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. Trigésima tercera edición. 2008.

SCARSELLI, G. "**Lealtà e probità degli atti processuali**". En: **Revista Trimestral de Derecho y Procedimiento Civil**, no. 1, 1998.

Legislación:

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

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto numero 17- 73 y reformas. 1973.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 y sus reformas, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto numero 51-92, 1992.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-89 y sus reformas, 1963.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República de Guatemala, 1994

Ley Orgánica del Instituto para la asistencia y atención a la víctima del delito. Congreso de la República de Guatemala Decreto (21-20016). 2016,

Leyes internacionales:



Código Penal de la República de Nicaragua de La Asamblea Nacional, Ley No. 171-1994, del 1 de abril 1974 Disponible en: http://oas.org/Juridico/mla/sp/nic/sp_nic-int-ls-cp.html

Código Penal de Honduras Decreto Numero 144-83 26 de septiembre de 1983. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Honduras.pdf

Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado) Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Código Penal Español 116, Aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre 1995 Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html

Código Penal de la República de El Salvador, Decreto N° 1030 del 9 de noviembre 1998. Disponible en: https://d3gqux9sl0z33u.cloudfront.net/AA/AT/gambillingonjustice-com/downloads/229093/Codigo_Penal_de_El_Salvador.pdf

Código Penal de Costa Rica, Ley número 4573 del 2 de mayo de 2002. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf

Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano, de 5 de febrero de 2014. Diario Oficial, miércoles 5 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.cofepris.gob.mx/MJ/Documents/Decretos/050314decretocodigonacionalpp.pdf>