

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

**LA FALTA DE REGULACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE
CUANDO SE LIBRA UN CHEQUE DE UNA CUENTA CANCELADA**

EDGAR ANTONIO DEL CID MILIÁN

GUATEMALA, JUNIO DE 2018

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

**LA FALTA DE REGULACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE
CUANDO SE LIBRA UN CHEQUE DE UNA CUENTA CANCELADA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EDGAR ANTONIO DEL CID MILIÁN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, junio de 2018

**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:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
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

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



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

REPOSICIÓN DE DOCUMENTO
ELABORADO EL 16-01-2008

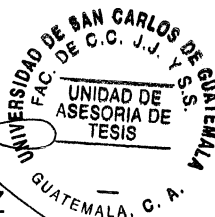


UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, seis de octubre de dos mil diecisiete.

Atentamente pase al (a la) LICENCIADO (A) OTTO RENÉ VICENTE REVOLORIO, en sustitución del (de la) asesor (a) propuesto (a) con anterioridad LICENCIADO (A) EDGAR ORLANDO VELÁSQUEZ AJCHÉ, para que proceda a asesor el trabajo de tesis del (de la) estudiante EDGAR ANTONIO DEL CID MILIÁN, carné: 8114724 Intitulado "LA FALTA DE REGULACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE CUANDO SE LIBRA UN CHEQUE DE UNA CUENTA CANCELADA".

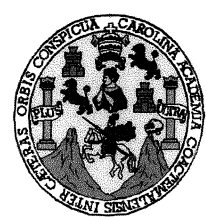
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a la) estudiante, si así lo estima conveniente la modificación del bosquejo preliminar de temas y de las fuentes de consulta originalmente contempladas, asimismo, el título del punto de tesis propuesto. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



c.c. Unidad de Tesis
RFOM/srrs





LIC. OTTO RENÉ VICENTE REVOLORIO
Abogado y Notario – Colegiado 7095
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
7 ave. 8-56 Zona 1 - Edificio El Centro - Of. 504
Tel. 59179692 – 57044504 – 42395378
ottovrderecho@gmail.com



Guatemala, 15 de abril de 2008.

DOCTOR BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la unidad de asesoría de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Doctor:

En atención al nombramiento como Asesor de Tesis, del bachiller **EDGAR ANTONIO DEL CID MILIÁN**, me dirijo a usted, haciendo referencia a la misma, con el objeto de informar sobre mi labor y oportunamente emitir el dictamen correspondiente; y habiendo asesorado el trabajo encomendado,

EXPONGO:

- A) Respecto al nombre del trabajo de tesis, se nomina de la siguiente manera: **“LA FALTA DE REGULACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE CUANDO SE LIBRA UN CHEQUE DE UNA CUENTA CANCELADA”**.
- B) En cuanto al contenido científico y técnico de la presente investigación, se centra en la necesidad de regular el delito de estafa mediante cheque, cuando se ha librado un título de crédito de una cuenta cancelada, con la finalidad de que la norma penal, sea reformada y contemple un nuevo tipo penal.
- C) En el asesoramiento se discutieron algunos puntos en forma personal con el autor, realizando los cambios y correcciones que la investigación requirió, en argumento de lo anterior, procedí a asesorar los diferentes métodos empleados, los cuales fueron el analítico, cuyo cometido fue descomponer el tema central en varios subtemas, con el propósito de encontrar posibles soluciones; el deductivo que partió de generalizaciones universales permitiendo obtener inferencias particulares; el sintético mediante el cual se relacionaron hechos aislados para poder así formular una teoría unificando diversos elementos.
- D) La contribución científica, radica en la necesidad de establecer la reforma del delito de estafa mediante cheque en el Código Penal, con la finalidad de sancionar aquella conducta dolosa de librar un cheque de una cuenta cancelada, en perjuicio patrimonial de quien lo recibe como forma de pago.

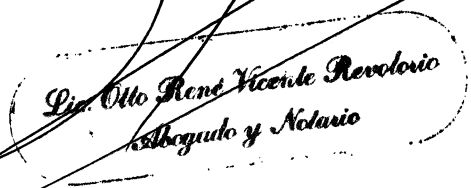


LIC. OTTO RENÉ VICENTE REVOLORIO
Abogado y Notario – Colegiado 7095
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
7 ave. 8-56 Zona 1 - Edificio El Centro - Of. 504
Tel. 59179692 – 57044504 – 42395378
ottovrderecho@gmail.com



- E) Se comprobó que la bibliografía fuera la correcta, que los métodos y técnicas fueron aplicados adecuadamente, en virtud que con ellos, se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo; y en cuanto a las conclusiones y recomendaciones, comparto los argumentos vertidos por el autor, puesto que la misma se encuentra estructurada de acuerdo al contenido del plan de investigación y está debidamente fundamentada.
- F) Expresamente declaro que no soy pariente de la estudiante dentro de los grado de ley.
- G) Se establece, que se cumplieron los requisitos exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual resulta procedente dar el presente dictamen favorable, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

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

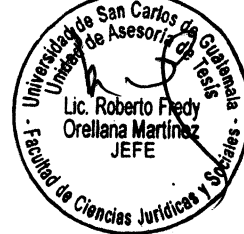

Lic. Otto René Vicente Revolorio
Col. 7095

Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario



USAC

TRICENTENARIA

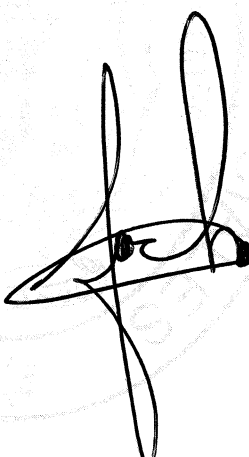
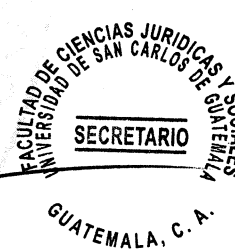
Universidad de San Carlos de Guatemala

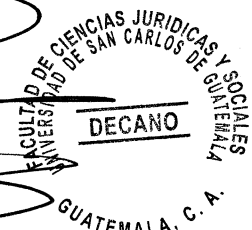


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 21 de noviembre de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante EDGAR ANTONIO DEL CID MILIÁN, titulado LA FALTA DE REGULACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE CUANDO SE LIBRA UN CHEQUE DE UNA CUENTA CANCELADA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.



GUATEMALA, C. A.



GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi guía, mi proveedor y mi protector en mis proyectos de vida, sea para ti la honra y gloria señor padre.

A MIS PADRES:

Amanda Consuelo Milán Ovalle y José Antonio del Cid, gracias por darme la vida y haberme conducido por el camino del respeto, honestidad y lealtad al prójimo.

A MIS HIJOS:

Por ser mi bendición, la alegría y el motivo más fundamental en mi vida, para ser día con día un mejor padre los amo con todo mi alma.

A MI ESPOSA:

Oneida Eunice Reyes Donis, mil gracias por tu motivación, apoyo y acompañamiento en el camino del éxito que hoy logro te amo.

A MIS HERMANOS:

María Clemencia, María Concepción, Ana Gricelda y Rotmel, gracias por su cuidado, apoyo y amor cada uno ocupa un lugar especial en mi vida.

A MIS SOBRINOS:

Con cariño especial.



A MI FAMILIA:

Por todos aquellos momentos compartidos a lo largo de nuestras vidas gracias por su presencia y amor demostrado.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:

Por apoyarme y motivarme en este arduo camino.

A MI ASESOR Y REVISOR:

Por todo el apoyo brindado gracias.

A:

La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por contribuir a mi formación académica y hacer un cambio en mi vida.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil.....	1
1.1. Antecedentes y naturaleza.....	2
1.2. Autonomía.....	4
1.3. Características.....	6
1.4. Fuentes del derecho mercantil.....	7
1.5. Principios fundamentales.....	8
1.6. El contenido de la rama del derecho mercantil.....	9
1.7. Sujetos del derecho mercantil.....	11

CAPÍTULO II

2. Los títulos de crédito.....	15
2.1. Antecedentes históricos.....	15
2.2. Naturaleza jurídica de los títulos de crédito.....	21
2.3. Características generales.....	21
2.4. Clasificación legal.....	23
2.5. Requisitos generales de los título de crédito.....	27
2.6. Circulación.....	28
2.7. Creación.....	30
2.8. Protesto.....	30
2.9. La institución del cheque.....	31
2.9.1. Teorías que establecen la naturaleza jurídica.....	34
2.9.2. El cheque, su regulación legal y funcionalidad.....	39

CAPÍTULO III

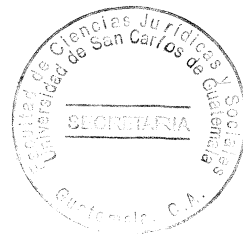
3. La teoría del delito en el derecho penal.....	47
3.1. El derecho penal.....	48



3.1.1. Antecedentes	
3.1.2. Fuentes	51
3.2. La Ley Penal	54
3.3. La teoría del delito y la política criminal	55
3.4. El delito	59
3.5. La ruta del delito	61

CAPÍTULO IV

4. El delito de estafa mediante cheque	63
4.1. El uso del cheque en Guatemala	64
4.2. El cheque y sus diferentes formas de creación	64
4.3. El delito de estafa	67
4.4. Los elementos del delito de estafa mediante cheque	71
4.5. Justificación de la reforma del delito de estafa mediante cheque	75
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87



INTRODUCCIÓN

La presente investigación cualitativa, se justifica porque es necesario analizar el título de crédito denominado cheque ubicado en las ramas del derecho mercantil y penal, los cuales en Guatemala, son utilizados en la de negociaciones mercantiles, siendo utilizado por la población guatemalteca como medio de pago, derivado de la relación existente entre el girador y un banco constituye un contrato de cuenta corriente bancaria. Abarcando el período de julio del año 2016 a octubre del 2017.

La problemática investigada, radica en la situación de que los bancos del sistema financiero, como únicos entes encargados de emitir los talonarios de cheques, cuando un cuenta habiente, cancela su cuenta bancaria, no lo obligan ni exigen a reintegrar los talonarios de cheques no utilizados, pudiendo éste sorprender a terceras personas que de bue fe reciben el mismo como medio de pago.

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

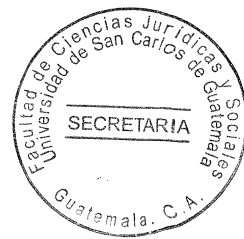
Los objetivos se centró en hacer una propuesta de reforma del Código Penal, incorporando el supuesto que permita tipificar el delito de estafa mediante

cheque, de aquella persona que libre un cheque de una cuenta cancelada, ya que dicho supuesto no lo contempla la norma penal, por lo que se investiga como una estafa común, lo que le resta credibilidad a la institución del título de crédito.

El trabajo desarrollado se dividió en cuatro capítulos: El primero trata sobre el derecho mercantil; el segundo desarrolla lo relacionado a los títulos de crédito; el tercero establece lo relativo a la teoría del delito en el derecho penal y el cuarto establece el delito de estafa mediante cheque.

Los métodos utilizados en el desarrollo de la presente investigación, fueron los siguientes: El analítico, para la aplicación de este método se desglosará todo el conocimiento en partes, en relación con los factores jurídicos que deben analizarse tales como leyes, fenómenos y tráfico mercantil.

Se trata de determinar el uso del cheque como título de crédito y de pago, el cual necesita tener certeza jurídica; el sintético, con este método se enlaza la relación abstracta, esencial con las relaciones concretas, se construirá un tejido teórico cuyos vínculos son la ley, las mediaciones y el fenómeno concreto. Se establecerán las teorías que se relacionen con el tema no solo mercantil, sino de derecho penal, analizando la relación entre dichas leyes; el inductivo, se aplica utilizando la información recabada sobre el fenómeno que se estudia, realizando un ordenamiento lógico de la misma, orientando desde el proceso de síntesis una inducción del pensamiento; utilizando la técnica de investigación bibliográfica.



CAPÍTULO I

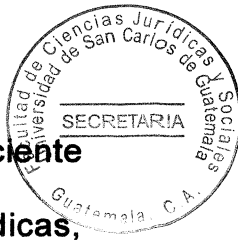
1. El derecho mercantil

La ley mercantil ya no se refería exclusivamente a los sujetos, sino que se refería a una serie de relaciones jurídicas tipificadas por códigos mercantiles, cualquiera fuera el sujeto que resultara dentro de las mismas. Los actos o negocios que la ley califica como mercantiles venían a ser la materia jurídica mercantil.”¹

Respecto al derecho mercantil se establece que: “... desde una concepción subjetiva, el derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional.

Se le conoce como subjetivo porque el elemento principal a tomar en cuenta es el sujeto que interviene en el movimiento comercial. Desde una concepción objetiva, el derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen los actos objetivos de comercio. La organización de la sociedad fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir el desarrollo de la civilización.

¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 30.



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

1.1. Antecedentes y naturaleza

La progresiva división del trabajo, va a condicionar las relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil. Con la aparición del mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevándolos hasta el consumidor, surge el profesional comerciante.

Surge la riqueza que se produce adquiriendo la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida.

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

Cuando aparece la moneda como representativa de un valor, se consolidaron las bases para el ulterior desarrollo del comercio y como toda actividad de la vida humana, no puede dejar de ser regulada por el derecho. La diferencia

histórica entre normas inspiradas predominantemente por intereses públicos, por un lado; y normas protectoras de intereses privados, por otro, ha servido de base a la distinción entre derecho público y derecho privado.

Esa distinción, al permitir adscribir determinado cuerpo de normas a uno u otro sector, no implica en manera alguna que el mismo se encuentre integrado exclusivamente por normas de una misma naturaleza o rama del derecho.

La esfera de actividad reconocida al individuo, como actuación de su personalidad y de su voluntad en sus relaciones con los demás, dentro de la comunidad, es lo que constituye el derecho privado.

Cabe distinguir, de una parte, el derecho civil que es el que contiene las normas generales de la vida jurídica privada y, de otra, el derecho mercantil que contiene normas especiales adaptadas a las exigencias de la producción, entendida la misma como la prestación de bienes económicos en el sentido amplio de la palabra.

En el derecho guatemalteco la distinción se impone, debido a que coexiste un Código Civil que, desde un punto de vista general y no con referencia a situaciones o actividades específicas, regula la personalidad, la familia, la propiedad, las sucesiones, las obligaciones y los contratos; y un Código

Comercio que establece normas especiales aplicables a los comerciantes en su actividad profesional, a los negocios jurídico mercantiles y a las cosas mercantiles.

La adaptación de las normas contenidas en el Código de Comercio opera con frecuencia sobre instituciones, cosas y negocios regulados por el Código Civil. De tal manera que son dos ordenamientos que funcionan, uno como regla general y otro como caso especial, de ahí que la separación legislativa y doctrinal entre derecho civil y derecho mercantil no constituya una separación absoluta, por el contrario, son dos derechos complementarios, el primero funciona como derecho privado general, como derecho común, en el cual se apoya el derecho mercantil para muchas de sus normas, conceptos y principios.

1.2. Autonomía

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

“Es en la Edad Media donde surge la diferencia de las dos ramas de derecho privado, fue en esa época donde nació la burguesía comerciante. La irrupción

de esta clase social en la composición de la sociedad marca una **etapa** transformadora en todo lo que le rodea y su poder de inducir cambios radica en la riqueza comercial. La monarquía estimula a los comerciantes en su función y allí es donde nace el derecho mercantil.”²

Algunos de los aportes importantes de esa etapa, consiste en el surgimiento de la letra de cambio, la consolidación de diversos tipos de sociedades mercantiles, fomento del contrato de seguro, inicio del registro mercantil, entre otras. Pero lo más importante es que el derecho mercantil se transformó en un derecho autónomo del derecho civil.

Dentro de los factores que ayudaron a separar el derecho civil del mercantil, se encuentra el origen de la codificación varía del derecho civil al mercantil. La ley mercantil siempre deviene de lo empírico, de lo fáctico, de las prácticas comerciales que preceden al concepto teórico. En cambio, el derecho civil postula exigencias de una profunda cohesión en la sistematización de los conceptos más generales.

El derecho mercantil tiende a ser internacional y la existencia de los llamados títulos de crédito sólo puede funcionar dentro de un derecho flexible, rápido y poco formalista como el derecho mercantil.

² Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. Pág. 15



Los negocios a distancia provocan problemas que en el derecho civil **no** resuelven en forma rápida, pero en el derecho mercantil los negocios se desarrollan en masa, a diferencia de los civiles que generalmente son aislados.

1.3. Características

Siendo el derecho mercantil un derecho relativamente nuevo, se pueden destacar las siguientes características:

a) Poco formalista

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

b) Rapidez y adaptabilidad

Esta característica, destaca que la actividad desarrollada por el comerciante, debe ser realizada en el menor tiempo posible, porque existe fluidez y necesidad de que sus transacciones y productos comercializados, no encuentren trámites engorrosos que dificulten la actividad comercial.

En relación a la adaptabilidad, las actividades jurídico comerciales en que se desenvuelve el ser humano cambian día a día, es por eso que las formas de comerciar se desenvuelven progresivamente debiendo adaptarse a las condiciones reales.

c) Seguridad jurídica

Basados en la observancia estricta de que la negociación mercantil tiene como fundamento la verdad sabida y en la buena fe guardada, es menester que ningún acto posterior pueda desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse en una negociación mercantil.

d) Tiende a ser internacional

Porque en el desarrollo de las actividades comerciales, es decir la producción de bienes y servicios es para el mercado interno e internacional, traspasan las fronteras por el intercambio de productos y servicios.

1.4. Fuentes del derecho mercantil

Dentro de las fuentes del derecho mercantil se encuentra la costumbre, se le conoce como usos mercantiles. La costumbre interpretativa sirve para clarificar o interpretar el sentido de una norma contractual o de derecho

vigente, no produce derecho. Como fuente principal se encuentra la ley, puesto que es necesaria regular cada una de las instituciones del derecho mercantil. Se puede encontrar además la doctrina es una fuente coadyuvante en la interpretación del contexto legal.

En el derecho mercantil, el contrato es fuente del derecho mercantil en la medida en que recoge convenciones de los particulares, provenientes de la esfera de la autonomía de la voluntad. El contrato es ley entre las partes. También se puede establecer que existe la jurisprudencia, cuya función es adecuar correctamente la norma al caso concreto; es interpretar el derecho vigente y preexistente.

1.5. Principios fundamentales

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

- “Toda prestación se presume onerosa. La intención de lucro, porque la actividad mercantil, representa la manera de sobrevivir para el comerciante.
- La buena fe, porque en el intercambio de bienes, se espera una actuación justa y verdadera.

- La verdad sabida, porque en sus transacciones no pueden ocultar vicios o una mala intención de perjudicar al adquiriente de buena fe.
- Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.”³

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

1.6. El contenido de la rama del derecho mercantil

El derecho mercantil se aplica en un proceso económico dominado en su totalidad por la división social del trabajo y el sistema de precios, el cual esquemáticamente se puede considerar constituido por la producción en el sentido amplio de prestación de todos los bienes imaginables, tanto materiales como inmateriales y su intercambio en los diferentes mercados.

³ **Ibid.** Pág. 21

Esa división social del trabajo implica la existencia de sujetos que organizan y realizan las diversas actividades que integran el proceso de producción en una organización adecuada.

Su especialidad y complementariedad respecto del derecho civil, se encuentra en el estatuto del comerciante individual y social y de sus auxiliares, así como las obligaciones profesionales de los comerciantes, como lo son el registro, protección a la libre competencia, contabilidad y correspondencia.

Los títulos de crédito, y la empresa mercantil, sus elementos y signos distintivos, con confluyen con los contratos de compraventa contra documentos, de cosas en tránsito, de plaza a plaza y de opción, suministro, estimatorio, deposito irregular y de almacenes generales, los créditos y fideicomisos, así como el transporte, la edición, reproducción y ejecución de obras, participación, hospedaje, seguro y fianza.

Esa organización se llama empresa, está presente aún en las manifestaciones más incipientes de la actividad económica y presenta su naturaleza al empresario mercantil o comerciante y a los mecanismos jurídicos que utiliza. Examinando el contenido del Código de Comercio a la luz de la realidad económica, se hace patente que se encuentra integrado por normas especiales referentes a tres elementos, como lo son el empresario mercantil o comerciante, la empresa y los mecanismos jurídicos de uno y otra.

Esos tres elementos justifican la especialidad de la disciplina y, al mismo tiempo, delimitan su contenido. Se refieren al empresario o comerciante las normas que establecen su estatuto, tanto individual como social, de sus auxiliares y las que regulan sus obligaciones profesionales; a la empresa, las que disciplinan su concepto, elementos y signos distintivos.

Se encuentra inmerso dentro mecanismos o instrumentos jurídicos que reglamentan los títulos de crédito y los contratos que ontológicamente pertenecen a la empresa o, dicho en otras palabras; son propios del ser mismo de ella.

1.7. Sujetos del derecho mercantil

El Artículo 2 del Código de Comercio establece: "... son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividad que se refieran a lo siguiente: 1. la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios; 2. la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios; 3. la banca, seguros y fianzas; 4. los auxiliares de los anteriores...."

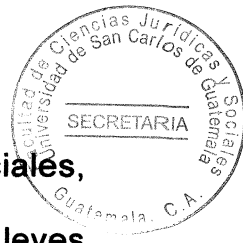
Como sujetos del derecho mercantil, encontramos al comerciante individual que son aquellas personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria. Es decir realizar actos de

comercio de un modo habitual, reiterado y repetido. Respecto a la quienes tienen capacidad para ser comerciantes, serán las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse.

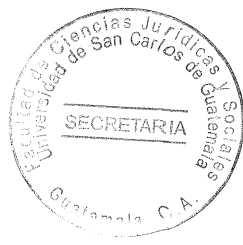
El Artículo anterior hace referencia a las personas mayores de edad que se encuentren en el libre ejercicio de sus derechos civiles. Sin embargo el mismo texto legal en su Artículo 7 establece: “Cuando un incapaz adquiriera por herencia o donación una empresa mercantil o cuando se declare en interdicción a un comerciante individual, el juez decidirá con informe de un experto, si la negociación ha de continuar o liquidarse y en que forma, a no ser que el causante hubiere dispuesto algo sobre ello, en cuyo caso se respetará la voluntad en cuanto no ofrezca grave inconveniente a juicio del juez.”

Cualquier nacional puede ser comerciante, siempre que tenga capacidad para obligarse y contratar, ya que los extranjeros podrán ejercer el comercio y representar a personas jurídicas, cuando hayan obtenido su inscripción de conformidad con las disposiciones del presente Código. En estos casos, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los guatemaltecos, salvo los casos determinados en leyes especiales.

El Estado, sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, las municipalidades y, en general, cualesquiera instituciones o entidades



públicas, no son comerciantes, pero puede ejercer actividades comerciales, sujetándose a las disposiciones de este código, salvo lo ordenado en leyes especiales.



CAPÍTULO II

2. Los títulos de crédito

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

Se conoce en el derecho guatemalteco como títulos de crédito a aquellos documentos que llevan incorporados un valor y que confieren a sus legítimos tenedores, los cuales son necesarios para ejercitar y transmitir los derechos en ellos consignados.

Son denominados títulos valores porque existe una especial relación entre el derecho y el documento, de tal manera que haya una conexión permanente, de tal modo que no pueda invocarse al derecho sin tener el documento.

2.1. Antecedentes históricos

Inicialmente, las personas realizaban el trueque, como un medio para transferir a otra persona la propiedad de una cosa, a cambio de que la primera le diera la propiedad de otra con el objeto de satisfacer sus

necesidades básicas. Con el nacimiento del comercio y por ende del comerciante, quien actúa inicialmente sin salir de su ciudad de origen, nace también la moneda como medio para el intercambio de mercancías, la cual se acuñaba dentro de las fronteras de cada ciudad.

Posteriormente nacen las ferias o mercados, que eran reuniones periódicas de mercaderes o comerciantes de distintas ciudades, las cuales eran destinadas al intercambio de productos, ropas, ganados frutos y otros géneros o mercaderías.

Nace el problema de los mercaderes debido a la diversidad, peso y volumen de las monedas, agregado el traslado de los mercaderes con fuertes sumas de moneda; volviéndose difícil, arriesgado y costoso por la inseguridad de los caminos por donde transitaban.

“Al incrementarse el intercambio de productos y mercancías, entre comerciantes de distintas ciudades, surge la necesidad de solucionar los problemas que se dan por el intercambio y traslado de la moneda, lo cual es satisfecho por un comerciante que empieza a actuar como cambista. Este es un mercader que originariamente procede a efectuar el cambio manual de las distintas monedas; posteriormente, las contingencias del tráfico llevan a que se realicen operaciones de cambio trayecticio: el cambista recibe en una localidad una determinada cantidad de monedas del lugar y asume el

compromiso de abonar en otra ciudad un monto equivalente en dinero de la comarca en donde debe efectuar la prestación a su cargo. La operatoria se efectivizaba con el contrato de cambio, pacto mediante el cual quien había entregado el dinero debía recibir del cambista una cantidad de monedas equivalente, según la relación de valores acordada por las partes en función del tipo de cambio existente entre las distintas monedas.”⁴

En los primeros tiempos el contrato de cambio se celebraba en forma notarial: el cambista manifestaba ante un fedatario haber recibido una determinada cantidad de monedas y se comprometía pagarle al tradens un determinado importe en otra clase de dinero. Su declaración era considerada similar a una confesión judicial, por lo que su alcance jurídico era indiscutible: era el único obligado a cumplir y lo había reconocido en forma incontrovertible.

En un comienzo, la misiva tuvo un carácter meramente informativo para quien estaba en otra localidad, ante la falta de pago carecía de relevancia jurídica. Lo que daba derecho era el acto notarial que luego se invocaba en juicio. Lo que nació como acto propio de los comerciantes se fue generalizando y se le utilizó también por los no comerciantes.

Los problemas cambiarios se solucionan al nacer la figura del cambista, que es un comerciante que negocia con el cambio de monedas de distintas

⁴ Garrinquez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 197

ciudades. Inicialmente realiza su función de manera simple, sin ningún formalismo, más que la buena fe.

Posteriormente realiza su función a través de un contrato de cambio, a través del cual el cambista se obligaba, mediante un valor prometido, a pagar a un tercero cierta cantidad de monedas, equivalentes según la relación de valores al valor entregado inicialmente por un mercader.

Es a través del contrato de cambio, que nace una relación triangular, en la cual participaban tres sujetos, lo que con el transcurso del tiempo da origen a la letra de cambio como título de crédito y forma de documentar el tráfico mercantil.

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

En esa época el transporte de dinero en efectivo resultaba inseguro por esas circunstancias. Surgió entonces la necesidad de transportar dinero a través de documentos que representaran esos valores, sin que se diera el hecho material de portar la moneda en efectivo. Surgen así las entidades bancarias que empezaron a utilizar títulos de crédito, que llenaban esas necesidades y

los comerciantes encontraron una forma que les proporcionaba seguridad en sus transacciones comerciales de plaza a plaza.

Desde esa misma época datan los principios que han inspirado la existencia de los títulos de crédito, los cuales se unificaron en algunos sistemas jurídicos, como por ejemplo el sistema latino; no así en el derecho inglés y norteamericano, en donde no se llegó a uniformar criterios sobre la práctica de los títulos de crédito.

“En Inglaterra como los Estados Unidos principiaron a legislar sobre la materia, con una clara tendencia a seguir los patrones legislativos que han servido para crear leyes uniformes en diversas regiones del mundo. En Guatemala, desde las Ordenanzas de Bilbao, pasando por el Código de Comercio de 1877, el de 1942 y el último de 1970, siempre ha existido legislación sobre título de crédito, y cuando fue oportuno, rigió el Reglamento Uniforme de la Haya de 1912, que pretendía normar la letra de cambio a nivel internacional y que más tarde se concretó en la ley uniforme aprobada en la conferencia de Ginebra, en 1930.”⁵

Concluyo diciendo que con la moneda, el hombre idea una forma de evitar el riesgo o el costo que implica el traslado de la misma, la pérdida de tiempo para contarla o las dificultades para recibirla y guardarla, lo cual supera a

⁵ Villegas Lara. Ob. Cit. Pág. 2.



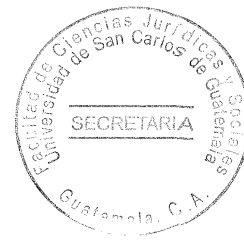
través del uso del papel, el cual, con determinados formulismos, transporta y almacena representando cantidades de dinero o mercaderías y asegurando su efectivo cumplimiento a lo que hoy conocemos como título de crédito.

Los títulos de crédito tienen varias denominaciones entre las que podemos mencionar títulos valores y títulos circulatorios. La legislación mercantil los designa como títulos de crédito, aunque cabe mencionar que dicha expresión para algunos autores es incorrecta ya que constriñe el ámbito de la categoría de cosas mercantiles a una sola de sus variedades, es decir, títulos que imponen una obligación que da derecho a una prestación en dinero u otra cosa cierta.

“No es partidario de la denominación de títulos de crédito, ya que en el caso del cheque no puede ser un título a plazo, es un Instrumento de pago y por lo tanto, en términos formalmente literales, no cabe dentro del concepto genérico de títulos de crédito.”⁶

Cualquiera que sea su denominación siempre implicaran confianza de que el título representa un valor, y de que el deudor lo va a pagar, restituir o respetar, y si hay convicción hay crédito, y entonces estos términos implican, de origen, una institución crediticia, lo que justifica, en todos los casos, la denominación de título de crédito.

⁶ Garrinquez. **Ob. Cit.** Pág. 165.



2.2. Naturaleza jurídica de los títulos de crédito

Los títulos de crédito tienen la calidad de bienes muebles o cosas mercantiles, como lo estipula el Código de Comercio y por lo tanto pueden ser objeto de apropiación y trasladarse de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos.

Contiene un negocio jurídico unilateral o una declaración unilateral de voluntad, que obliga al suscriptor desde el mismo momento en que lo signa con su firma, siguiendo así la teoría de la Creación. Según esta teoría, el título existe y obliga desde el momento en que se crea, cualquiera que sea la causa por la que se suscribe. En esta forma se da la máxima seguridad al título y se garantiza su circulación en el tráfico mercantil que se desarrolla en Guatemala. Representan para el acreedor el derecho a un aprovechamiento, regla general estimable en metálico, y porque ese aprovechamiento es objeto de transacciones y convenios al igual que la generalidad de los bienes del mundo exterior, puede hablarse ciertamente de una verdadera cosa mercantil.

2.3. Características generales

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



a) Formulismo

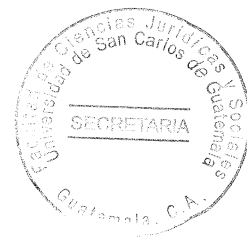
El título de crédito es un documento sujeto a una fórmula especial de redacción y debe contener los elementos generales de todo título y los especiales de cada uno en particular.

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

b) Incorporación

El derecho no es algo accesorio al documento, sino está metido en el documento, está incorporado y forma parte de él, de manera que al transferir el documento se transfiere también el derecho. El derecho se transforma de hecho, en algo corporal.

Si un título se destruye, desaparece el derecho que en él se había incorporado, eso no quiere decir que desaparezca la relación causal que generó la creación del título de crédito, la que se puede hacer valer por otros procedimientos; pero en lo cual al derecho incorporado en el título se refiere, desaparece junto al documento sin perjuicio del derecho a pretender su reposición.



c) Literalidad

En el título de crédito se encuentra incorporado un derecho, pero los alcances de este derecho se rigen por lo que el documento diga en su tenor escrito, para mayor seguridad de lo que en el se plasma.

En contra de ello no se puede oponer prueba alguna, esta es la regla general. Derivado de que el título incorpora un valor que debe ser respetado.

d) Autonomía

Cuando la ley dice que el derecho incorporado es literal y autónomo, le está dando una existencia independiente de cualquier vínculo subjetivo, precisamente por su incorporación. Un sujeto que se obliga mediante un título de crédito o el que lo adquiere, tiene obligaciones o derechos autónomos, independiente de la persona anterior que se ha enrolado en la circulación del título.

2.4. Clasificación legal

Los títulos de crédito los encontramos regulados en el libro III del Código de Comercio refiriéndolo nuestra legislación como cosas mercantiles. Se reconoce a las cosas mercantiles como los bienes que integran la esfera

patrimonial del tráfico comercial, lo que es utilizado y reconocido por la legislación guatemalteca.

El Artículo cuatro del Código de Comercio expresa: “Cosas mercantiles. Son cosas mercantiles: 1º. Los títulos de crédito...”

La legislación califica a los títulos de crédito como bienes muebles. De conformidad con la teoría general de los bienes, una hoja de papel es, en sí misma, un bien mueble; pero el título de crédito, a partir de lo que es, deja de ser un trozo de papel para convertirse en un derecho de exigencia poderosa, por lo que dejará de ser un papel para pasar a ser un derecho por la incorporación que se hace sobre el mismo.

En el libro tercero, título primero del Código de Comercio se encuentra una clasificación de los títulos de crédito, siendo esta clasificación la siguiente:

a) Títulos nominativos

Esta clase de títulos debe ser creada a favor de persona determinada e inscribir el nombre del titular en un registro especial que debe llevar el emisor del título, ya que de no darse la inscripción antes referida el deudor no está obligado a reconocer como tenedor legítimo, sino al que aparezca como tal en el título y en el registro creado para el efecto.

Cabe mencionar que la transmisión de esta clase de títulos de crédito puede hacerse por cualquiera que las causas que el derecho reconoce como traslativo, ejemplo compraventa, donación, adjudicación, etc. sin embargo, la naturaleza de la transmisión de los títulos nominativos es mediante el endoso e inscripción en el Registro. Se encuentran definidos en el Artículo 415 del Código de Comercio de la siguiente manera: “Son títulos nominativos, los creados a favor de persona determinada cuyo nombre se consigna, tanto en el propio texto del documento, como en el registro del creador; son transmisibles mediante endoso e inscripción en el registro. Ningún acto u operación referente a esta clase de títulos, surtirá efectos contra el creador o contra terceros, si no se inscribe en el título y en el Registro.”

Esta clase de títulos pueden gravarse a través del derecho real de garantía de prenda, y creo importante mencionar que para que dicha pignoración sobre el título nominativo sea efectiva, el título debe endosarse en garantía y anotarse el gravamen en el registro del emisor del título.

b) Títulos a la orden

Esta clase de títulos a diferencia de los nominativos no requieren de la existencia de un registro. Regulados del Artículo 418 al 435 del Código de Comercio, esta clase de títulos son los creados a favor de persona determinada, se presumen a la orden y su transmisión es mediante el endoso

y entrega del título. En esta clase de títulos de crédito se puede impedir su transmisión a través del endoso mediante la cláusula “no a la orden” como lo estipula el Artículo 419 del Código de Comercio.

En la práctica también se utilizan los términos no negociable, no endosable. El Artículo 420 del Código de Comercio, prevé que cuando se transmite un título a la orden por medio diverso del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título le confiera; pero lo sujeta a todas las excepciones que se habrían podido oponer a los tenedores anteriores.

Entre los títulos a la orden puedo mencionar como ejemplo los siguientes: La letra de cambio, el pagaré; el cheque; a excepción del cheque de caja el cual no puede expedirse a la orden; las obligaciones de las sociedades o debentures; la factura cambiaria; el vale y los certificados fiduciarios.

c) Títulos al portador

El Artículo 436 del Código de Comercio los define como “Los que no están emitidos a favor de persona determinada, aunque no contenga la cláusula: al portador, y se transmiten por la simple tradición.”

“En esta clase de títulos, el librador no sabe con quién se obliga, puesto que lo puede hacer efectivo cualquiera de las personas que los adquieran

sucesivamente de modo legítimo; por lo cual cualquiera que lo posea y lo exhiba en la época de su vencimiento, está facultado para ejercitar los derechos que van expresados o ligados en el mismo y el deudor se libera cuando cumple con la prestación consignada en el título.”⁷

En esta clase de títulos la simple exhibición del título legitima al portador. No se indica el nombre de una persona determinada, ni figuran en su texto los posteriores tenedores del título. Al consignar la ley las palabras simple tradición se refiere a que no queda constancia de la transmisión de los títulos de crédito, es decir, no es necesario siquiera el endoso pues cualquier poseedor del título queda legitimado para ejercitar el derecho que el título le confiere.

El Artículo 438 del Código de Comercio indica que los títulos de crédito que contienen la obligación de pagar una suma de dinero, no pueden ser emitidos al portador, sino en los casos expresamente permitidos por la ley. Entre esta clase de títulos podemos mencionar: el cheque, las obligaciones de las sociedades o debentures, los bonos bancarios.

2.5. Requisitos generales de los título de crédito

Los títulos de crédito deben llenar ciertos requisitos tales como:

⁷ Chacón Corado, Mauro. **Los conceptos de acción, pretensión y excepción.** Pág. 41.



- a) **Nombre del título de que se trate;**
- b) **Fecha y lugar de creación;**
- c) **Los derechos que el título incorpora;**
- d) **El lugar y la fecha del cumplimiento o ejercicio de tales derechos;**
- e) **La firma de quien los crea; y Los requisitos de las literales a), c) y e) son considerados esenciales. Los requisitos de las literales b) y d) no son esenciales.**

Si en el título de crédito no se mencionara el lugar de creación, se tiene como tal el del domicilio del creador. Si no se menciona el lugar de cumplimiento, se tendrá como tal el del domicilio del creador. Si son varios los lugares, el tenedor puede elegir. Si no se consignó la fecha u otro requisito no esencial, cualquier tenedor puede llenarla.

2.6. Circulación

La forma en que se pone en circulación los títulos de crédito se divide nominativos, en el cual el título se emite a nombre de persona determinada, y

el creador posee un registro de los títulos. Circula mediante endoso, entrega del documento y cambio en el registro del creador. Los títulos a la orden, que están emitidos a nombre de persona determinada. Circula mediante endoso y entrega del documento.

Y los títulos al portador, que son los que no están emitidos a nombre de persona determinada, y puede ser cobrado por cualquier tenedor. Circula por la simple tradición o entrega material del título. Siendo la transmisión de un título de crédito, la forma de trasladar a otra persona el mismo con el objeto de ceder un derecho, la misma dependerá de la clase de título que se desea transmitir.

“Los títulos de crédito tienen una vocación ambulatoria y, en consecuencia, están diseñados para que puedan cambiar de dueño sin que se alteren sus elementos existenciales, pues, en efecto la transmisión de un título implica al mismo tiempo la del derecho principal y accesorio por él representados.”⁸

El creador de un título de crédito ya lleva la intención de trasladar a otra persona el mismo y a la vez ponerlo en circulación, a menos que limiten su circulación. La circulación del título implica la transmisión del derecho principal que en el título se consigna, como lo establece el Artículo 390 del Código de Comercio, siendo este derecho regularmente el valor en dinero que

⁸ Ibid. 114.

se consigna en un título de crédito ejemplo, la letra de cambio, el pagaré, o una mercancía, ejemplo un certificado de depósito, o el bono de prenda y los derechos accesorios los que se puede entender como los que se derivan del cobro judicial o los intereses que se pudieren generar del título de crédito, como por ejemplo el pagaré Artículo 491 del Código de Comercio.

2.7. Creación

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

2.8. Protesto

Acto que tiene por objeto la comprobación fehaciente de la falta de pago o de aceptación, a su vencimiento, de un título de crédito presentado en tiempo. Puede dispensarse de este acto, mediante la inserción de la cláusula sin protesto, o libre de protesto. El protesto debe constar en acta notarial; salvo los actos que por disposición de la ley lo suplen, tales como la razón puesta



por un banco sobre el título en el que se hace constar la negativa de pago, y la razón o sello que pone la cámara de compensación, en el caso de los cheques que se cobran por medio de esa dependencia.

2.9. La institución del cheque

“El cheque es un documento de origen inglés. La misma palabra (check) es de origen netamente inglés. No obstante la primera ley que regula el cheque fue la francesa de 1865, por la cual se introdujo y aclimató en Francia.”⁹

El cheque, es un documento que se relaciona con el derecho bancario, el mismo surge a través de la necesidad de disponer de manera inmediata del capital depositado por un cliente en un Banco.

“Los bancos ofrecen el servicio de cuentas monetarias a través de un Se define al cheque como uno de los títulos de crédito cuyo origen se estudia dentro del derecho bancario, pues comúnmente se asocia su institucionalidad al fortalecimiento de esa actividad económica.”¹⁰

El cheque solo puede ser librado contra un Banco, y en los formularios impresos administrados o aprobados por el mismo. Ahora bien, para que se

⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 417.
¹⁰ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 79.

dé la relación entre el librador y el librado, debe existir un contrato por medio del cual el banco se obligue a pagar los cheques que gire el librador y éste se obligue a mantener fondos en la cuenta que para el efecto se abra.

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

Lo expuesto anteriormente, genera controversia al considerar efectivamente que el cheque es un equivalente al papel moneda, ya que se obtienen ventajas y desventajas de su uso. Es evidente que no existe un concepto expreso y concreto de lo que es el cheque, puesto que el mismo tiene las siguientes características:

- Conteniendo una orden incondicional de pagar.
- Nombre del Banco librado.
- Pueden girarse a la orden o al portador.
- Tener Fondos el librador.



- Firma autógrafa cuando así lo convenga el Banco.
- Todos los requisitos para los Documentos de Crédito.
- Un formulario impreso o aprobado por un Banco.
- Solamente se puede librar contra éste.

El librador debe tener fondos disponibles en el banco librado y haber recibido de éste autorización expresa o tácita para disponer de esos fondos por medio de cheques.

En el cheque es el banco librado el que autoriza al librador a crear cheques a su cargo, por lo que se obliga con el librador a cubrirlos hasta el importe del saldo disponible, es decir a ofrecer un pago parcial de ser necesario.

“Consideran que el cheque no es un verdadero título de crédito, si le damos a este término su verdadero significado. En verdad, el cheque no tiene un crédito; se le considera más un instrumento de pago, similar al papel moneda...”¹¹

¹¹ **Ibid.** Pág. 80.

En la práctica algunas instituciones bancarias no ofrecen pago parcial y rechazan el pago del cheque por falta de fondos, a menos que el beneficiario del cheque haga valer el derecho que tiene de pago parcial; razón por la cual es importante conocer esta figura jurídica.

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

Constituye una orden de pago pura y simple, librada contra un banco en el cual el librador tiene fondos depositados a su orden, en cuenta corriente bancaria o autorización para girar en descubierto. Es un título de crédito en virtud del cual una persona llamada librador, ordena incondicionalmente a una institución bancaria, llamada librado, para que pague la cantidad de dinero consignada en el cheque. No se menciona al beneficiario ya que el mismo puede ser un tercero, el propio girador del título, o incluso el librado.

2.9.1. Teorías que establecen la naturaleza jurídica

Para determinar la naturaleza de la existencia del cheque como documento de crédito, se mencionan varias teorías, entre las que se encuentran, estipulación a cargo de un tercero

“Según esta teoría entre librador y beneficiario o tenedor del cheque, **existe** una relación de negociar a cargo de un tercero, que este caso será el banco, el que tendrá que cumplir con la obligación de pagar la cantidad dineraria contenida en el cheque.”¹²

Esta es otra tesis que confunde el contrato de giro o de cheque, con el cheque mismo. Además, no es posible estipular a cargo de un tercero que en ningún momento ha participado en un acto que lo vincule al tenedor del cheque. Su obligación de pagar es por la relación jurídica que lo une al depositante y ante este último responde de una conducta contraria.

Esta tesis tampoco explica la verdadera naturaleza que no se le puede dar la calidad del equivalente de dinero, ya que el documento solamente legitima la recepción de una cantidad de dinero, con lo cual más aún cuando su tercero extiende un cheque garantizando no está haciendo un pago, sino estableciendo una garantía.

b) De la cesión

“El cheque no puede desligársele de los usos bancarios, que dan a las instituciones de crédito facultades para escoger sus clientes. Si el cheque

¹² Garrinquez. **Ob. Cit.** Pág. 54.



fuera un medio de sustituir la clientela, el banco podría rehusar el pago de un cheque porque tiene libertad de contratar con quien más le convenga....»¹³

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

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

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

¹³ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 81.



c) Del contrato a favor de un tercero

“El banco no está vinculando jurídicamente al tenedor del cheque, es que éste no tiene acción contra la institución que le niega el pago del título, la que sí tendría si se tratara de un estipulación en su favor. En resumen el negocio bancario del cual se pueden originar los cheques es un vínculo exclusivo entre depositantes y bancos, y por tal, razón, no hay ninguna estipulación que pueda generarse de tal relación....”¹⁴

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

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

¹⁴ **Ibid.** Pág. 81.

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

d) Del mandato

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

No obstante, esta inclinación doctrinaria ha sido criticada con bases sólidas, sobre todo porque para que se dé el mandato debe existir un contrato de tal naturaleza. “No hay mandato sin que previamente se celebre un contrato....”¹⁵

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

¹⁵ Ibid. Pág. 80.

e) Creación

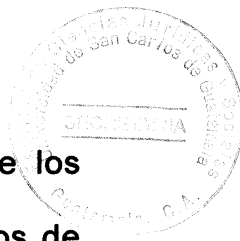
Para que el cheque exista deben existir ciertas circunstancias previas para su creación tales como la relación contractual entre librador y librado que se materializa con el contrato de apertura de cuenta.

El librado es una entidad bancaria, únicamente realiza función de intermediador. El librador tiene que entregar fondos suficientes al librado para que este se dedique a pagar.

El cheque puede ser librado contra un banco. Además de los requisitos generales el cheque deberá contener los siguientes, la orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, el nombre del banco librado.

2.9.2. El cheque, su regulación legal y funcionalidad

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



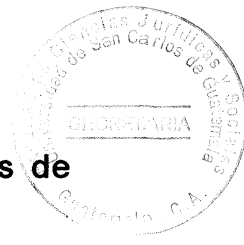
Es un documento constitutivo dispositivo y formal, porque participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito.

Es considerado cosa mercantil, como título de crédito, el cheque es un documento, pero un documento de naturaleza especial, constitutivo y dispositivo, no simplemente probatorio. Se considera 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.

Dentro de los caracteres jurídicos que respaldan el título de crédito denominado cheque, se pueden encontrar que es un título estrictamente bancario y se caracteriza por la exigencia de una previa provisión de fondos en poder del librado.

El pago a la vista y la necesidad de la previa provisión de fondos en poder del librado, hacen que la institución de la aceptación sea inconciliable con la naturaleza del cheque. Es un título de crédito, esto es, el documento necesario para ejecutar el derecho literal consignado en el mismo.

El cheque es además un documento de naturaleza esencialmente formal, en cuanto a que la ley exige para su validez, que contenga determinados



requisitos y menciones, en ausencia de los cuales no producirá efectos de título de crédito.

Participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito. Corresponde a la teoría general de los títulos de crédito, porque se encuentra tan íntimamente ligado a él que sin la existencia del título no existe el derecho, ni por tanto la posibilidad de su transmisión o de su ejercicio. El documento es lo principal y el derecho lo accesorio, el derecho no existe ni puede ejercitarse, sino es en función del documento mismo. El cheque tiene carácter mercantil, de esto derivan fundamentales consecuencias, como la calificación mercantil de tales títulos de crédito, de las operaciones en ellos consignadas y de los actos o contratos que sobre ellos se celebren.

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

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

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

El cheque es un documento de vencimiento a la vista. Esto es, en el acto de su presentación al librado y cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta. La idea de plazo es, pues, inconciliable con la esencia del cheque, concebido éste como medio o instrumento de pago. Ante la existencia o vida útil de un cheque girado, subsisten necesariamente dos relaciones jurídicas: una entre el girador y el banco, y la otra entre el girador y el beneficiario del cheque.

Constituye un contrato de cuenta corriente la relación existente entre el girador y un banco, este contrato obliga al banco a cumplir cabalmente las órdenes de pago contenidas en el cheque o cheques girados. Para tales efectos la cuenta corriente bancaria puede ser de depósito o de crédito. El que gira un cheque por su parte está vinculado con la persona o tenedor a favor del cual se extendió el documento.

Esta relación surge o se origina por lo general en virtud de la existencia de un contrato que obliga a pagar determinada suma de dinero; sustituyendo por lo general el cheque a la moneda para el pago de cualquier obligación. En el contrato de cuenta corriente existe en si una relación intrínseca que se cumple cuando el cheque es pagado al beneficiario o tenedor y también una

relación extrínseca que se produce asimismo con la obligación de pagar la suma de dinero consignada en el cheque.

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

El hecho de que no se produzca el pago, entre otras, por la circunstancia antes referida, no implica que el cheque deje de tener eficacia o validez respecto de su girador, quien necesariamente quedará obligado a honrar la obligación de pago. El cheque se utiliza como sustituto del dinero o instrumento de pago, cumple esta función cuando el banco contra el cual se gira el documento, por lo que se efectúa el pago al beneficiario o tenedor del mismo.

“Es un documento instrumental por medio del cual se pueden retirar los depósitos dinerarios existentes en las cuentas abiertas que se negocian con los bancos, ya sea por el mismo depositante o por medio de terceras personas; y que le sirven al banco para ir determinando los saldos de lo que se le ha depositado y la cuantía de su obligación como depositarlo.”¹⁶

¹⁶ Villegas Lara, René Arturo. **Ob. Cit.** Pág. 82

Para que cumpla la función que le es inherente; esto es, ser sustituto del dinero, es esencial que se le conciba sólo como un documento a la vista y pagadero a su sola presentación. Cuando el cheque es pagado por el banco librado sirve igualmente como medio de prueba, de la real efectivización del pago. Es un instrumento de pago por compensación, que se refleja en las diversas transacciones de pago que efectúan acreedores y deudores dentro de todo el sistema bancario; lo cual se consolida a través de la compensación que efectúan entre si los bancos sobre las sumas de cada uno de los cheques depositados en ellos.

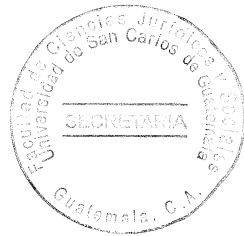
Pare determinar la funcionalidad del cheque, como medio de pago es necesario resaltar que se requiere descripción del número de cuenta a nombre del cuenta habiente.

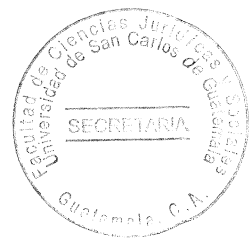
El número de cheque en relación al talonario autorizado el lugar y fecha, ya que es un formulario en papel moneda diseñado por garantías de seguridad. Es una orden de pagar al portador o a una persona específica el monto del cheque, siendo necesario que el librador haya celebrado previamente un contrato con el banco que será su librado.

Ese contrato se le llama contrato de giro o contrato de cheque, que genera una cuenta de depósitos abiertos, cuyos fondos son retirables mediante el título de crédito llamado cheque. La institución bancaria será la depositaria

del dinero que su cuenta habiente le va entregando y debe devolverlo conforme aquél se lo vaya ordenando.

Estas órdenes se datan en los cheques y el pago se hace a favor de persona determinada o al portador, con cargo a los depósitos efectuados. De esta manera el cheque considera no como un instrumento de pago, todo se circunscribe a determinar los siguientes aspectos de que este la firma registrada del librador o cuenta habiente, eventualmente algún espacio para referencia de su emisión, la cantidad en números y cantidad en letras.





CAPÍTULO III

3. La teoría del delito en el derecho penal

“Se ha definido el derecho penal en forma bipartita desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo... en suma podemos definir el Derecho Penal Sustantivo Material (como también se le llama), como parte del derecho, compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas y/o medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen”¹⁷

El aparecimiento del derecho va parejo a la presencia de intereses opuestos y contradictorios entre los miembros de las comunidades primitivas, cuando la producción de bienes pasa de los niveles del consumo necesario de la comunidad.

Comienza a acumularse una reserva, la cual es apropiada por los más fuertes o de mayor preeminencia, dando lugar entonces a las actividades de intercambio comercial, a la existencia de sujetos que dejan de ser productores y consumidores como al principio lo eran todos, para transformarse en intermediarios que se aprovechan de unos y otros.

¹⁷ De Mata Vela, José Francisco y De León Velasco, Héctor Anibal. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 5.

3.1. El derecho penal

Respecto al derecho penal se establece que: “El (ius poenale) es el conjunto de normas jurídicas que a determinadas conductas previstas como delitos asocian penas o medidas de seguridad y corrección. Regula la potestad punitiva (retributiva y preventiva) del Estado. El ilimitado poder de punir, atributo de la soberanía del Estado, se convierte en poder jurídico, es decir, en Derecho subjetivo (ius puniendi), en virtud del imperio de la norma objetiva que vincula también, autolimitándolo, al propio Estado.”¹⁸

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

El Estado puede imponer penas y medidas sólo dentro de los límites de la ley, y no más allá. El derecho penal puede ser contemplado, pues, en sentido objetivo como conjunto de normas, y en sentido subjetivo como facultad que tiene el Estado de imponer penas y medidas de seguridad y corrección a los súbditos cuando se cumplen los presupuestos legalmente señalados.

¹⁸ Barrientos Pellecer, César. **Los poderes judiciales talón de Aquiles de la democracia.** Pág. 135.

“Normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así la responsabilidad del sujeto activo y asociado a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”¹⁹

El derecho penal es una rama del derecho público interno, que tiende a proteger intereses individuales y colectivos; la tarea de penar o imponer una medida de seguridad es una función típicamente pública que solo corresponde al Estado como expresión de su poder interno producto de su soberanía, además de que la comisión de cualquier delito genera una relación directa entre el infractor y el Estado que es el único ente titular del poder punitivo, en tal sentido se considera que el derecho penal sigue siendo de naturaleza pública, porque corresponde al Estado mantener la paz social.

3.1.1. Antecedentes

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

¹⁹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 238.

jurídicamente tutelado son reprobados por el Derecho Penal en nombre del Estado.

“El aparecimiento del derecho va parejo a la presencia de intereses opuestos y contradictorios entre los miembros de las comunidades primitivas, cuando la producción de bienes pasa de los niveles del consumo necesario de la comunidad y empieza a acumularse una reserva, la cual es apropiada por los más fuertes o de mayor preeminencia, dando lugar entonces a las actividades de intercambio comercial, a la existencia de sujetos que dejan de ser productores y consumidores como al principio lo eran todos, para transformarse en intermediarios que se aprovechan de unos y otros. Entonces principian las desigualdades de orden socio-económico en el seno de la comunidad, creando las consiguientes divisiones y conflictos, pues se diferencia claramente un grupo de individuos que no trabaja ni en el cultivo de la tierra, ni en la caza, pesca y pastoreo, sino que se consagra al cambio e incremento de los bienes sobrantes en la colectividad y de los cuales se han apropiado; este grupo se enriquece y a la par de esa superioridad económica, afirma una jerarquía social por encima de los demás, se aprovechan de ello y los domina, poniéndolos pronto a su servicio.”²⁰

“De las ciencias eminentemente jurídicas, es sin lugar a dudas el derecho penal la disciplina cuya misión siempre ha sido filosóficamente, proteger

²⁰ Alvarado Polanco, Romeo. **Introducción al derecho I.** Pág. 21.

valores fundamentales del hombre, tales como su patrimonio, su dignidad, su honra, su seguridad, su libertad, su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás, hasta llegar a la protección del Estado y de la Sociedad en la medida en que se tutele y se garantice la convivencia humana.”²¹

Es la disciplina cuya misión siempre ha sido filosóficamente proteger valores fundamentales del hombre, tales como su patrimonio, su dignidad, su honra, su seguridad, su libertad, su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás, hasta llegar a la protección del Estado y de la Sociedad en la medida en que se tutele y se garantice la convivencia humana.

3.1.2. Fuentes

En el derecho penal se denomina fuente al manantial de donde brota algo, el lugar donde se origina, de donde se emana o se produce el derecho, se conocen así a aquellas que tienen su fundamento en la realidad de los hombres y por ende de los pueblos.

Son las expresiones humanas, los hechos naturales o los actos sociales que determinan el contenido de la norma jurídico penal, es decir son las

²¹ De Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 65.



manifestaciones socio naturales previas a la formalización de una ley penal, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

a) Reales o materiales

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

b) Directas

Las fuentes directas se dividen en fuentes de producción y fuentes de cognición. Las indirectas son aquellas que solo en forma indirecta pueden coadyuvar en la proyección de nuevas normas jurídico penales e incluso pueden ser útiles tanto en la interpretación como en la sanción de la ley penal.

No pueden ser fuente de derecho penal, ya que por sí solas carecen de eficacia para obligar. Son aquellas que por sí mismas tienen la virtud suficiente para crear normas jurídicas con carácter obligatorio, de donde se emana directamente el derecho penal. La Ley es la única fuente directa del



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

Las fuentes directas se dividen en fuentes de producción y fuentes de cognición. En relación a las directas de producción, son las integradas por la autoridad que declara el derecho, el poder que dicta las normas jurídicas que no es más que el Estado, a través del Organismo Legislativo.

Las directas de cognición son las manifestaciones de la voluntad estatal. La expresión de la voluntad del legislador, es decir la fuente de conocimiento que es precisamente el Código Penal y las Leyes Penales especiales. El Artículo 1 del Código Penal que establece: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.”

c) Formales

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



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

3.2. La Ley Penal

Se identifica con el derecho penal, aunque hay que establecer que el derecho penal es el género y la ley penal es la especie. La ley penal es aquella disposición por virtud de la cual el Estado crea derecho con carácter de generalidad estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define. En su strictus sensu es una norma de carácter general que asocia una sanción a una conducta prohibida por ella. Como características de la ley penal se pueden establecer la generalidad, obligatoriedad e igualdad. La Ley Penal se dirige a todas las personas que habitan un país, todos están obligados a acatarlas.

Es exclusiva, ya que solo la ley puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad, por lo que es permanencia e inelubilidad y se refiere a que la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que sea



derogada. Existe imperatividad, ya que las leyes penales contienen generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir, no dejado a la voluntad de las personas su cumplimiento.

Es sancionadora, ya que de lo contrario seria una ley penal sin pena, teniendo su fundamento constitucional, al contemplarse su aplicación en la Constitución Política de la República de Guatemala y basarse en ella para desarrollar los derechos de los habitantes del país.

3.3. La teoría del delito y la política criminal

“La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley.”²²

El derecho penal es un discurso que está destinado a orientar las decisiones jurídicas que forman parte del proceso de criminalización secundaria, dentro del cual constituye un poder muy limitado, en comparación con el de las restantes agencias del sistema penal. El término teoría del delito, lleva a una visualización del termino mucho mas apegado a descripción de elementos que lo integran, así, durante mucho tiempo la definición teoría del delito, llevaba

²² Bacigalupo, Enrique. **Manual de derecho penal general**. Pág. 67



implícito los elementos enumerados, de acción, tipicidad y culpabilidad, con los cuales se instauro el contenido de la nominación delito.

Las pretensiones sociales llevan a visualizar la posibilidad de la comisión delictiva, generar un procedimiento mental en el cual encontremos definiciones, es situarse en momentos hipotéticos, sujetos a la eventualidad de que se podrán realizar, lo mismo ocurre en el delito.

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

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

Con la individualización de los actos humanos, al situarse en una norma bajo la lupa de los elementos del tipo penal, es la acción de encuadrar una conducta, tipificando lo realizado con lo sustentado en la norma, por ello al ser el primer paso, se dice que se esta frente a una teoría, algo que no esta plenamente comprobado y que esta sujeta a esta comprobación, busca



determinar la autenticidad de la acción y refutarle su comisión, dentro de la descripción típica para su análisis jurídico.

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

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

Dentro de todo el contexto de teorizar una norma y una conducta, se lleva a cabo un proceso penal, con cada una de sus incidencias para llegar a una etapa final de condena o absolución, para lo que es necesario previamente situar esta conducta bajo el imperio de la hipótesis normativa.

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

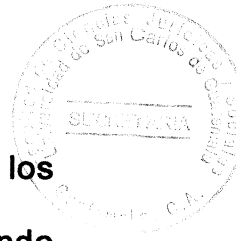


encuadra dentro del concepto de delito. Es una construcción dogmática, que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto. La dogmática jurídico-penal establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal en forma segura y previsible y lo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

En la construcción de la teoría del delito, no es más que la conceptualización y definición de un delito y con esto los juzgadores no solo conocen la verdad histórica del proceso, sino que también pueden aplicar una verdadera justicia. La teoría del delito además es importante en cuando a determinar cual es el fundamento de su aplicación, lo que radica en la protección del bien jurídico tutelado, que no es más que el bien o valor que socialmente se justiprecia para encontrar el parámetro del desvalor jurídico.

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

Esta no es una ciencia si no un criterio directivo de la reforma penal que debe fundamentarse sobre el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y demás medidas de defensa social contra el delito sobre esta base ha de examinarse el derecho en vigor apreciando su adaptación, al



momento presente, su idoneidad como medio de protección social contra los criminales y como el resultado de tal criterio proponer las mejoras, haciendo las reformas necesarias tanto en el terreno de la legislación penal como en el campo penológico.

3.4. El delito

El Artículo 11 del Código Penal establece respecto al delito doloso que: "... es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto." El injusto es una conducta típica y antijurídica, revela el desvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma en tanto que la culpabilidad es una característica que la conducta adhiere por una especial condición del autor.

El Artículo 12 del mismo texto legal, respecto al delito culposo establece que: "... es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia..." Existen aspectos importantes que deben resaltarse para comprender los alcances de lo que es un delito.

Es el comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las relaciones sociales y que frente a ello exige una sanción penal. Dogmáticamente es la acción típica, antijurídica y culpable.



Formalmente el delito es todo aquello que la ley describe como tal. Toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Legalmente es necesario definir al delito en la forma que se expone el Código Penal, tal como el delito doloso, culposo y consumado.

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

Es el comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las relaciones sociales y que frente a ello exige una sanción penal. Dogmáticamente es la acción típica, antijurídica y culpable y formalmente el delito es todo aquello que la ley describe como tal. Toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

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

El delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal que revela su prohibición, que por no estar permitida por ningún precepto jurídico, es contraria al orden jurídico y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable. El injusto revela el desvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta



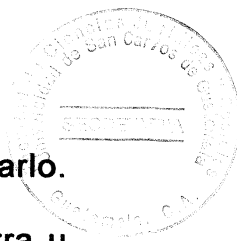
misma en tanto que la culpabilidad es una característica que la conducta adhiere por una especial condición del autor por la reprochabilidad que del injusto se le hace al autor.

3.5. La ruta del delito

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

Dentro de ella se encuentran las llamadas voliciones criminales, que no son mas que las ideas delictivas nacidas en la mente del sujeto activo, que mientras no se manifiesten o exterioricen de manera objetiva no implica responsabilidad penal, ya que la mera resolución de delinquir no constituye nunca un delito, este estadio del iter criminis se basa en el principio del pensamiento no delinque.

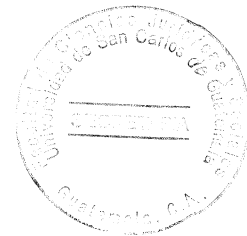
El Código Penal reconoce expresamente dos formas de resolución criminal una individual que es la proposición y una colectiva que es la conspiración establecidas en el Artículo 17 que establece: "Hay conspiración, cuando dos



o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo.

Hay proposición, cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas a ejecutarlo. La conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción para cometer un delito, sólo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente.”

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



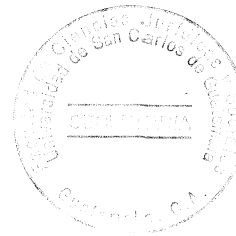
CAPÍTULO IV

4. El delito de estafa mediante cheque

“La estafa “se configura por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño, tales como el uso de nombre supuesto, de calidad simulada, falsos títulos, crédito, comisión, empresas o negociación.”²³

El cheque en el derecho guatemalteco, es un título mercantil e instrumental por medio del cual se pueden retirar los depósitos dinerarios existentes en las cuentas abiertas que se negocian con los bancos, ya sea por el mismo depositante o por medio de terceras personas; y que le sirven al banco para ir determinando los saldos de lo que se le ha depositado y la cuantía de su obligación como depositario. El cheque se utiliza en la realización de negociaciones civiles y mercantiles, no como un título de garantía, sino como un medio de pago, es decir que la persona que lo recibe, asume que al presentarse a la institución bancaria que corresponda, se le hará efectivo el pago del cheque. Analizando la institución del cheque es la relación librador-librado, que se presenta como una orden de pago, pero a la vez, en la relación librador-tomador, contiene una promesa de pago.

²³ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 277.



4.1. El uso del cheque en Guatemala

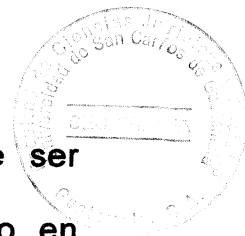
El librador ordena al librado el pago del cheque, pero, al mismo tiempo, se obliga frente al tomador a que el cheque será pagado, es decir que se presume la existencia de la cuenta en el banco.

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

En muchas ocasiones se giran cheques de cuentas que se encuentran canceladas en el Banco, pero el librador dispone aún de los títulos con los cuales continúa perjudicando en su patrimonio a otras personas, lo cual es el objeto principal de la presente investigación.

4.2. El cheque y sus diferentes formas de creación

Actualmente en el derecho guatemalteco se conocen y manejan las siguientes modalidades del cheque. El cheque cruzado, que es aquel en el cual el librador o tenedor coloca dos líneas en el anverso del cheque y el



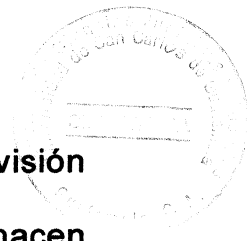
efecto es que sea cobrado únicamente por un banco. Tiene que ser depositado en cuenta para que sea pagado, no puede ser cobrado en efectivo. Este cheque puede circular, puede ser endosado.

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

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

En relación al cheque certificado, es aquel en que el librador pide antes de la emisión, que el librado certifique que existen fondos. La certificación no puede ser parcial, ni extenderse en cheques al portador, así como no es negociable. Es una operación contable en el cual el banco congela una parte por quince días que tiene de presentación del cheque.

La certificación hará responsable al librado frente al tenedor de que, durante el período de presentación tendrá fondos suficientes para pagar el cheque. Se manifiesta por razón puesta por el banco librado en el propio cheque, en la



que consta la suma certificada y la firma del librado. El cheque con provisión garantizada, es el emitido por los propios bancos en los cuales ellos hacen constar que por el cheque emitido, efectivamente se tienen fondos suficientes para su pago.

El librado tiene que hacer un depósito de fondos y luego el banco le da el talonario especial. Estos cheques no pueden ser al portador. La garantía se extiende, si los cheques se emiten después de tres meses de la fecha de entrega de formularios, y si el título no se presenta al cobro durante el plazo de presentación. El cheque de caja o de gerencia, consiste en aquel documento que los bancos podrán expedir de caja o de gerencia a cargo de sus propias dependencias. Estos cheques son no negociables y no pueden expedirse al portador.

El cheque de viajero, es el que es librado por el librador a su propio cargo y serán pagados por su establecimiento principal o por sus sucursales. Para su circulación y cobro necesitan de tres firmas, siendo una de ellas la de la institución creadora y dos del tomador o beneficiario, prescriben en 2 años. Al entregar el cheque de viajero el librador al beneficiario, éste estampará su firma en lugar adecuado del título.

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



falta injustificada de pago del cheque de viajero dará acción al tenedor para exigir, además de la devolución de su importe, el pago de daños y perjuicios sin necesidad de protesto. Los cheques con talón para recibos y causales, llevarán adherido un talón separable que deberá ser firmado por el titular al recibir el cheque y que servirá de comprobante del pago hecho. Los cheques causales expresarán el motivo del cheque y servirán de comprobante del pago hecho, cuando lleven el endoso del titular original.

4.3. El delito de estafa

“La esencia de los fraudes punibles (estafas) reside en el elemento interno: el engaño, que es, la mutación o alteración de la verdad para defraudar el patrimonio ajeno. Mediante una manipulación o ardid, se procura hacer llegar al dominio del activo, el bien ajeno... La estafa en si, es una especie del fraude genérico...”²⁴

Es importante para la presente investigación que se desarrolle lo que legalmente se establece como estafa en forma genérica, determinando la conducta que está calificada en la ley sustantiva y las variantes conocidas como elementos típicos. El significado de estafa puede entenderse en forma general como defraudación, en donde prevalece en denominador común el engaño.

²⁴ De Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 531.

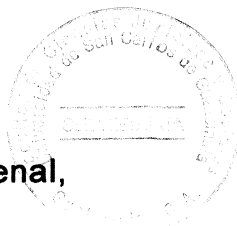


El Código Penal guatemalteco define la estafa en el Artículo 263 estableciendo como elementos que: “Comete estafa quien, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno.”

“Los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico. Surgen de la base de la relación social y constituyen una superación, en la síntesis de la confrontación social. De esta forma los bienes jurídicos con relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno.”²⁵

El delito genérico de defraudación que se configura por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño; tales como el uso de nombre supuesto, de calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o ficción de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación. Las legislaciones modernas ante lo arduo de encontrar una definición que comprenda integrante en reducidos terminos la complejidad del fraude, prefieren hacer una lista detallada de los casos de incriminación, previstos cada uno de constitutivos especiales pero comprendido todo ellos bajo la denominación común de fraude.

²⁵ Hormonozabal Malarre, Herman. **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho** Pág. 152.



Se hace necesario determinar que el concepto que maneja el Código Penal, Decreto del Congreso de la Republica, 17-73, agrega el complemento nominativo propia, o dicho de otro modo la estafa la clasifica tácitamente en propia e impropia, por lo que se interpreta que se refiere a la estafa que propiamente se denomina como tal.

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

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

“Será el bien jurídico colocado como referente en la base misma de la teoría del delito el que le dará contenido material al injusto. La tipicidad y la antijuridicidad se constituye en dos momentos valorativos y diferentes de un mismo hecho. Este hecho, estando ya definida la tipicidad y la antijuridicidad, dará lugar a una unidad: el injusto. Será por este injusto concreto, realización personal de un sujeto dotada de sentida y significación social, que deberá establecerse si dicho sujeto debe o no responder penalmente por el.”²⁶

²⁶ Hormonozabal Malarre, Herman. Ob. Cit. Pág. 171



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

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

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

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



engaño empleado por el estafador. La voluntad de la víctima está viciada desde el comienzo por la actividad fraudulenta del actor.

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

4.4. Los elementos del delito de estafa mediante cheque

En nuestro país, la existencia del delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos pasó inadvertido, a pesar de encontrarse tipificado en el Código de Comercio, Decreto 2-70 Congreso de la República, que en su Artículo 496 establece: disponibilidad: el librador debe tener fondos disponibles en el banco librado y haber recibido de éste autorización expresa o tácita para disponer de esos fondos por medio de cheques.

No obstante la inobservancia de estas prescripciones, el instrumento es válido como cheque. El que defraudare a otro librando un cheque sin tener fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su cobro o alterado cualquier parte del cheque o usando indebidamente del mismo, será

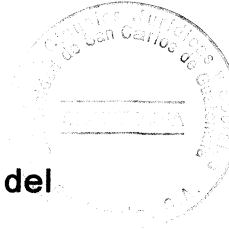


responsable del delito de estafa, conforme al Código Penal, el cual en ese entonces lo constituía el Decreto 2164 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, y que en su libro II título XIII, contenía lo relativo al delito de estafa y otros engaños.

Es una figura genérica que no establece en forma determinante el delito de estafa mediante cheque, motivo de estudio ya que dicho ordenamiento su vigencia fue hasta el año de 1973, el cual fue derogado por el Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal vigente, que ya contiene esta incriminación en forma específica con todos sus elementos.

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

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



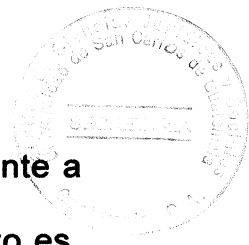
documento. De conformidad con el Artículo 502 del Decreto Número 2-70 del Congreso de la República Código de Comercio establece que: "Los cheques deberán presentarse para su pago dentro de los quince días calendario de su creación".

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

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

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

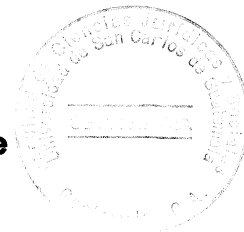
El pago mediante cheque no produce los mismos efectos jurídicos que el pago realizado en moneda del curso legal. En efecto, el que paga una deuda



con un cheque en vez de hacerlo con moneda circulante no se libera frente a su acreedor. El pago con cheque no es pro soluto sino pro solvendo, esto es, la entrega del cheque no libera jurídicamente al deudor ni, consecuentemente extingue su débito. Sino que esto sucede hasta que el título es cubierto por el librado.

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

Los fondos depositados en las instituciones de crédito, con la potencialidad económica que les presta su concentración, se canalizan hacia el comercio y la industria, favoreciendo la creación de nuevas fuentes de riqueza en beneficio de la economía general y de la prosperidad del país. Para lograr una mayor difusión del empleo del cheque en los pagos, por las importantes ventajas que del mismo se derivan en los ámbitos particular y general, las leyes de casi todos los países han dotado al cheque de un régimen legal privilegiado, eximiéndolo del pago de impuestos u otorgándole beneficios fiscales de otra índole, y concediendo una enérgica protección al derecho del tenedor, y consecuentemente a la circulación de este documento a través inclusive de sanciones de carácter penal.

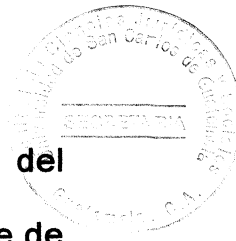


4.5. Justificación de la reforma del delito de estafa mediante cheque

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

Por el contrario el tomador recibe el cheque de buena fe, dándose por bien pagados por la compra o por un servicio prestado, es hasta el momento de presentarse a cobrar el cheque cuando se les informa que la cuenta esta cancelada. Los supuestos jurídicos del tipo penal descrito en la norma que contempla la estafa mediante cheque, no regula la hipótesis de una cuenta cancelada, por tal razón la persona que se ve perjudicada con recibir el título, simplemente no puede accionar por el delito de estafa mediante cheque, sino por el delito de estafa propia.

La institución del cheque necesita de la tutela que da la represión penal puesto que al sustituirse por medio del cheque la circulación directa del dinero, no es posible lograr su aceptación universal en el comercio, si los tomadores del documento no gozan de las garantías jurídicas suficientes tuteladoras de la buena fe de la emisión en la rápida circulación y en el exacto pago del documento. Es necesario determinar cuales son los efectos económicos y jurídicos que afectan las relaciones civiles y mercantiles, de la población del Municipio de Guatemala, derivado de la ineficacia en la

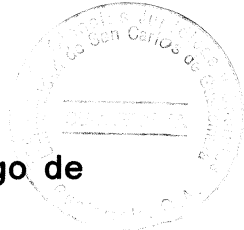


regulación del delito de estafa mediante cheque, cuando el Artículo 268 del Código Penal, no contempla que dicho delito se realiza al librar un cheque de una cuenta cancelada.

Es evidente que la persona que recibe un cheque desconoce la situación en la que se encuentra la cuenta del girador en la Institución bancaria, ya que recibe el título de buena fe y se da por bien pagado, hasta el momento de que el Banco niega el pago.

En la práctica los órganos jurisdiccionales, al iniciarse el proceso penal, rechaza para su trámite las querellas que se presentan por el delito de estafa mediante cheque, si el rechazo se debió a que la cuenta estaba cancelada y con justa razón, puesto que la norma penal no contempla ese supuesto.

Como justificación para regular en mejor forma el delito de estafa mediante cheque, se debe partir de que el derecho debe regular las conductas de los habitantes de un lugar, por lo que al existir en la práctica civil y comercial, el uso de título de crédito como lo es el cheque como un medio de pago de una obligación, es un acto humano que debe ser regulado, puesto que causa efectos en el mundo jurídico, si por cualquier circunstancia no llegare a efectuarse su pago. El Congreso de la República de Guatemala, debe tomar en cuenta que, al relacionarse la institución del cheque en el Código Penal y su relación con el Código de Comercio, deberán realizarse cambios no en el



la legislación penal, sino en la legislación mercantil, es decir el Código de Comercio.

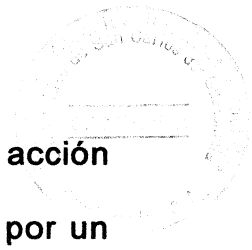
Es a través de una reforma legal, se permitirá distinguir en forma clara cuales son los elementos del delito y las circunstancias que permiten tipificarlo, evitando con ello que el patrimonio de las personas sufra detrimento por la comisión de un acto delictivo.

Las personas que reciben un cheque, lo hacen de buena fe, sabiendo que es un pago casi en efectivo, puesto que confían que al llegar a la institución bancaria, se les pagará en forma inmediata.

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

Es práctica común que las personas que reciben cheques en calidad de pago de alguna obligación, o pago inmediato de alguna compra, confían en que podrán accionar no sólo en la vía penal, por el delito de estafa mediante cheque.

Al momento de presentarse a la institución bancaria por el no pago del título cheque, por estar la cuenta cancelada, accionan ante los órganos



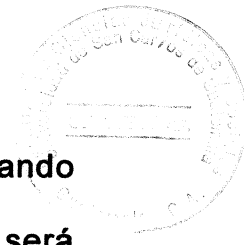
jurisdiccionales, recibiendo otra frustración más, al indicárseles que la acción no puede ser entablada por el delito de estafa mediante cheque, sino por un delito de estafa.

El cheque que es rechazado para su pago por que la cuenta esta cancelada, no varía la intención del sujeto activo del delito, por el contrario, se manifiesta en mayor medida la intención de defraudar al tenedor del título, lo cual es una deficiencia en la regulación de la institución del cheque, por tal razón deberá realizarse la reforma en el Código de Comercio, permitiendo así iniciar la acción penal por el delito de estafa mediante cheque.

Como resultado de la investigación final, se propone un proyecto de reforma, que permita tener claro la redacción que permita proteger a los sujetos pasivos del delito de estafa mediante cheque, permitiendo así su protección jurídica.

El Código de Comercio establece actualmente en su Artículo 496 que: “El librador debe tener fondos disponibles en el Banco librado y haber recibido de éste autorización expresa o tácita para disponer de esos fondos por medio de cheques.

No obstante la inobservancia de estas prescripciones, el instrumento es válido como cheque. El que defraudare a otro librando un cheque sin tener fondos o

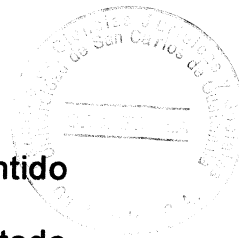


disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su cobro alterando cualquier parte del cheque o usando indebidamente del mismo, será responsable del delito de estafa, conforme al Código Penal.”

La norma penal como a toda norma jurídica nace con el objeto de proteger algo, cada norma protege un bien determinado. En particular desarrollan un carácter protector de determinados bienes que han sido tomados como tales, es decir que dicha norma se convierte en una norma tuitiva, desde el punto de vista que ampara cierto bien. En otras palabras es una norma tutelar. En el caso de las normas penales, la función protectora o tuitiva desarrollada, es mayor a la de otras clases de normas, puesto que la violación a una de ellas implica una sanción mayor a la aplicable en cualquier otra esfera del derecho.

Más precisa sería la expresión bien jurídico penal por lo que sería deseable que se generalizara su uso. La norma jurídico penal es tutelar de los bienes de la comunidad. Por considerarse este un patrón suficientemente importante, la norma debe establecer una sanción lo suficiente coercitiva, pues lograr su observancia, y como razón esencial la protección del bien tutelado, en este caso el patrimonio, el cual tiene por dicha circunstancia el carácter de jurídico.

Uno de los fundamentales principios que cimientan la actividad del derecho penal es el de legalidad, toda vez que constituye la licencia para que el

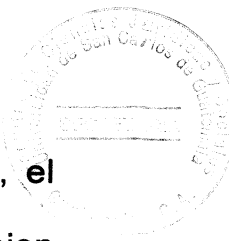


Estado pueda juzgar a cualquier ser humano, sea o no nacional y en sentido contrario, puede ser tomado como el derecho de todo ciudadano a que todo delito o incluso falta, que se le imputa a cualquiera debe estar contenido con la debida antelación en la ley, previo a la perpetración de la conducta tomada como ilícita y contraria a derecho, es decir debe estar anticipadamente definida por un tipo penal específico.

Adicional a tal situación está el hecho de que toda pena a imponer por el Estado debe también previamente estar contenida en ley. Sirve por tanto, de orientación en la aplicación de la sanción al responsable de cometer un delito, de tal manera que no se le puedan asignar penas que no correspondan a las indicadas en la punibilidad relacionada con la acción o la omisión.

Derivado de que se confirma la hipótesis operativa, de que debe protegerse a los sujetos de toda actividad comercial en el país, así como el desarrollo y seguridad jurídica de las personas que se encuentren en el territorio nacional, en las relaciones jurídico comerciales que realicen, determinando a través de normas jurídicas.

El uso en el tráfico mercantil de los cheques como títulos de crédito y medio de pago de obligaciones y transacciones mercantiles en forma ágil, se hace necesario realizar una propuesta concreta de la forma en que debe redactarse el delito de estafa mediante cheque, con la finalidad de dar una mejor



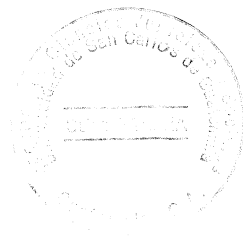
protección a las personas que reciben como medio de pago un cheque, el cual puede ser que sea de una cuenta bancaria sin provisión de fondos o bien de una cuenta cancelada, es por ello que se realiza la propuesta siguiente:

Reforma del artículo 496 del Código Penal, el cual queda así:

“El librador debe tener fondos disponibles en el Banco librado y haber recibido de éste autorización expresa o tácita para disponer de esos fondos por medio de cheques. No obstante la inobservancia de estas prescripciones, el instrumento es válido como cheque.

El que defraudare a otro librando un cheque sin tener fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su cobro alterando cualquier parte del cheque o usando indebidamente del mismo, será responsable del delito de estafa, conforme al Código Penal.

Cometerá el delito de estafa mediante cheque, el que defraudare a otro, entregándole en pago un cheque del cual la cuenta en la institución bancaria se encuentre ya cancelada.”



CONCLUSIONES



1. En Guatemala, la institución del cheque genera controversia al considerarse efectivamente que el cheque es un equivalente al papel moneda, la persona que lo recibe se da por bien pagado, asumiendo que tiene fondos en la Institución bancaria.
2. El sistema bancario nacional, no tiene control sobre el uso de los talonarios de cheques de cuentas canceladas de sus cuentahabientes, por lo que existe un mal uso de los títulos de crédito, al ser utilizados para defraudar a otra persona en su patrimonio, cuando el sujeto que lo libra conoce que la cuenta bancaria se encuentra cancelada.
3. En el delito de estafa mediante cheque, no se regula el tipo penal del uso de un cheque de una cuenta cancelada, por lo que su persecución penal es por el delito de estafa, lo que repercute en una ineficaz persecución penal al autor del delito.
4. Las transacciones mercantiles, se encuentran afectadas cuando a través del uso fraudulento de los títulos de crédito denominados cheques, se hace mal uso de ellos, con la intención de perjudicar patrimonialmente a la persona que recibe el mismo como medio de pago.





RECOMENDACIONES

1. El Estado debe aplicar una política pública de protección al tráfico mercantil en Guatemala, para dotarlo de una certeza en la utilización de los títulos de crédito denominados cheques, con un medio efectivo de pago.
2. Los bancos del sistema, deben procurar un mejor control del uso de los talonarios de cheques de cuentas canceladas, estableciendo como requisito la devolución de los mismos, evitando la conservación y utilización de forma fraudulenta.
3. El Congreso de la República de Guatemala, debe regular como delito de estafa mediante cheque, la defraudación causada con el pago de un cheque de una cuenta cancelada, logrando disminuir los perjuicios ocasionados en las transacciones con cheques que ya no se encuentran vigentes en la institución bancaria.
4. Las transacciones mercantiles, tienen como fundamento la verdad sabida y en la buena fe guardada, por lo que es menester que ningún acto posterior pueda desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse en una negociación mercantil y recibir un pago con un título de crédito que no garantiza el pago.





BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO POLANCO, Romeo. **Introducción al derecho I.** Guatemala. (s.e.), 1985.

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito.** Argentina: Ed. Januraby R.L., 1989.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 1995.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Los poderes judiciales talón de Aquiles de la democracia.** Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 1996.

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual.** Argentina: Ed. Heliasta, 1976.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito.** México: Ed. Herrero S.A., 1973.

CHACON CORADO, Mauro. **Los conceptos de acción, pretensión y excepción.** Guatemala: Ed. Centro Vile S.A., 1998.

DE MATA VELA, José Francisco y Anibal de León. **Derecho penal Guatemalteco.** Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix. 2005.

GARRINQUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** México: Ed. Porrúa. S.A., 1975.

HORMONAZABAL MALARRE, Herman. **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho.** México: (s.e.), 2005..



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.**
Argentina: Ed. Heliasta. S.R.L., 1987.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.**
Argentina: Ed. Porrúa. 2001.

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

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

Legislación

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

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

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

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

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

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

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

