


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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a winged man on a horse, holding a staff and a book. Above the figure is a crown with a cross on top. To the left is a castle tower, and to the right is a lion rampant. The seal is surrounded by Latin text: "CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CÆTERAS" and "MATENSIS INTER CÆTERAS".

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL CHEQUE Y LAS REPERCUSIONES
LEGALES EN SU UTILIZACIÓN COMO MEDIO DE
PAGO, CUANDO LA CUENTA BANCARIA SE
ENCUENTRA CANCELADA**

DIEGO RAFAEL HERNÁNDEZ DEBROY

GUATEMALA, MAYO DE 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL CHEQUE Y LAS REPERCUSIONES
LEGALES EN SU UTILIZACIÓN COMO MEDIO DE
PAGO, CUANDO LA CUENTA BANCARIA SE
ENCUENTRA 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

DIEGO RAFAEL HERNÁNDEZ DEBROY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2011

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente	Lic. Victor Hugo Barrios Barahona
Secretario	Lic. Gerardo Prado
Vocal	Licda. Rosa Maria Ramirez Soto

Segunda Fase:

Presidente	Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez
Secretaria	Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Vocal	Licda. Maria Lesbia Leal Chavez

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 del Examen General Público).



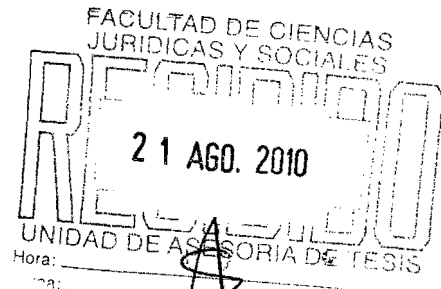
Lic. OTTO RENE VICENTE REVOLORIO
Abogado y Notario
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
5 Av. 14-62 Zona 1 Of. 307 Guatemala. Tel. 57044504 – 50748242
Correo: ottovrderecho@yahoo.com



Guatemala, 21 de agosto de 2010.

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Distinguido Licenciado:



Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que en mi calidad de Asesor de Tesis del Bachiller **DIEGO RAFAEL HERNÁNDEZ DEBROY**, he procedido a asesorar metódica y técnicamente al estudiante en el desarrollo de su tesis titulada: **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL CHEQUE Y LAS REPERCUSIONES LEGALES EN SU UTILIZACIÓN COMO MEDIO DE PAGO, CUANDO LA CUENTA BANCARIA SE ENCUENTRA CANCELADA”**

EXPONGO:

- A) El contenido científico y técnico del trabajo de investigación, es en relación al derecho mercantil y su relación con el derecho penal, en el uso de un título de crédito denominado cheque común, debido a que su uso permite estafar a terceros que reciben el mismo de buena fe como medio de pago.
- B) En el desarrollo y preparación del trabajo de tesis, el sustentante utilizó métodos de investigación diversos, como lo son el método científico y el método histórico, asimismo utilizó variedad de técnicas de investigación y se apoyó en extensa bibliografía.
- C) Se corroboró la utilización correcta y docta del lenguaje y el léxico técnico jurídico propia de un profesional de las ciencias jurídicas.
- D) Respecto a la contribución científica, surge de la necesidad de reformar el Código Penal, en el cual se realicen las reformas legales, que permitan iniciar ampliar los elementos del tipo penal, regulando en mejor manera el delito de estafa mediante cheque.



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



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

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



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

Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de octubre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante DIEGO RAFAEL HERNÁNDEZ DEBROY, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL CHEQUE Y LAS REPERCUSIONES LEGALES EN SU UTILIZACIÓN COMO MEDIO DE PAGO, CUANDO LA CUENTA BANCARIA SE ENCUENTRA CANCELADA".-

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.





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

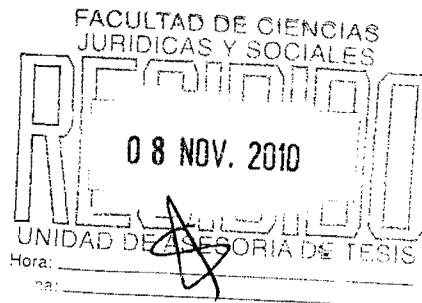


Guatemala, 8 de noviembre de 2010.

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

Respetable Licenciado.



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

I) El trabajo de tesis se denominó originalmente **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL CHEQUE Y LAS REPERCUSIONES LEGALES EN SU UTILIZACIÓN COMO MEDIO DE PAGO, CUANDO LA CUENTA BANCARIA SE ENCUENTRA CANCELADA”**.

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

III) En relación a los extremos indicados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público se establece lo siguiente: **a) Contenido científico y técnico de la tesis:** El sustentante abarcó tópicos de importancia en materia mercantil enfocado desde un punto de vista jurídico-mercantil, por ser un tema



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



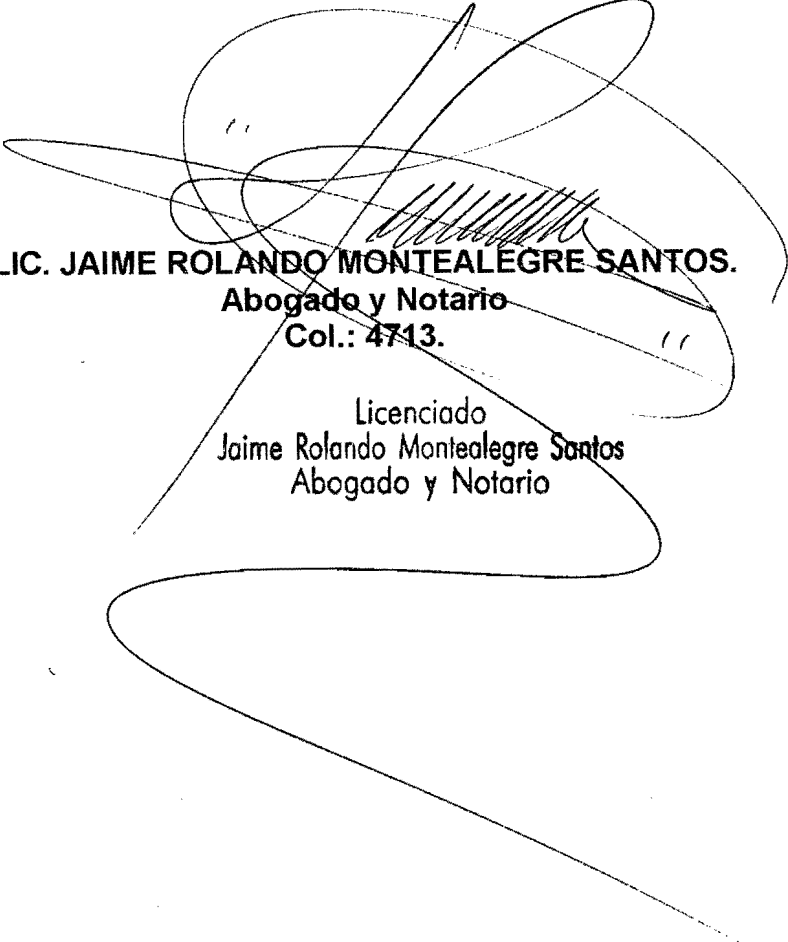
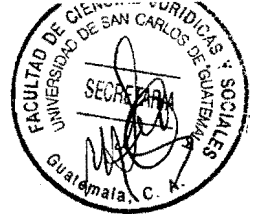
importante que se enfoca a la realidad de nuestro país en cuanto al Cheque cuando es utilizado como medio de pago y la cuenta se encuentra cancelada. **b) La metodología y técnicas de la investigación** : Para el efecto se tiene como base el método analítico, para comprender los elementos o componentes característicos de la problemática que enfrentan los tenedores de un cheque común que no pueden ser cobrados, los efectos negativos en la institución bancaria, por no haber requerido los talonarios de dichos documentos, el método deductivo para conocer las distintas doctrinas que sobre este fenómeno existe en el ámbito jurídico social; y por último las técnicas investigativas, siendo la bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente las repercusiones legales en su utilización del cheque como medio de pago; c) **La redacción**: la estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos se realizó en una secuencia ideal empezando con temas que llevan al lector poco a poco al desarrollo del tema central para el buen entendimiento del mismo que ha cumplido con todos los procedimientos del método científico; d) **Conclusiones y recomendaciones**: Las mismas obedecen a una realidad social, mercantil, penal y jurídica. Conclusión importante a la cual arribó el sustentante es que el signatario de un título de crédito queda obligado en su cumplimiento y debe responder de los daños y perjuicios que se causan al tener en caso de negativa de pago del título, conclusiones y recomendaciones que comparto con el investigador puesto que las mismas se encuentran estructuradas al contenido del plan de investigación y están debidamente fundamentadas. Además se comprobó que la bibliografía fuera la correcta, en los métodos y técnicas fueron aplicadas adecuadamente, en virtud que con ellos, se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo.

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

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



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



LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS.
Abogado y Notario
Col.: 4713.

Licenciado
Jaime Rolando Montealegre Santos
Abogado y Notario

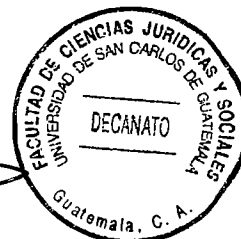


DECANATO DE LA FACULTAD EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiuno de febrero del año 2011.

Con vista en los dictámenes que anteceden se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **DIEGO RAFAEL HERNÁNDEZ DEBROY**, Titulado **ANÁLISIS JURÍDICO DEL CHEQUE Y LAS REPERCUSIONES LEGALES EN SU UTILIZACIÓN COMO MEDIO DE PAGO, CUANDO LA CUENTA BANCARIA SE ENCUENTRA CANCELADA**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh





DEDICATORIA

A DIOS:

Por guiarme en la senda correcta e iluminarme en la culminación de mis estudios.

A MI FAMILIA:

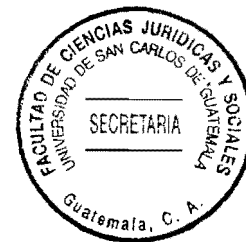
Por los valores espirituales y morales inculcados a quienes manifiesto mi agradecimiento por el cariño y apoyo constante e incondicional que me han brindado a lo largo de mi carrera.

A MIS AMIGOS:

Por la amistad brindada y los momentos compartidos durante nuestra formación profesional.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala. Por forjar hombres que con su labor engrandecen a Guatemala.



ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1.	El derecho mercantil guatemalteco.....	1
1.1.	La naturaleza del derecho mercantil.....	1
1.2.	Factores que separan al derecho civil del derecho mercantil.....	6
1.3.	<i>Fuentes del derecho mercantil y sus principios</i>	7
1.4.	Los sujetos de una relación mercantil.....	9

CAPÍTULO II

2.	Del cheque como título de crédito.....	13
2.1.	Antecedentes históricos.....	14
2.2.	Características de los títulos de crédito.....	15
2.3.	Requisitos generales de los título de crédito.....	17
2.4.	La creación y puesta en circulación de un título de crédito.....	19
2.5.	El protesto.....	20
2.6.	La institución del cheque.....	21
2.7.	El cheque y su regulación legal.....	28

CAPÍTULO III

3.	El derecho penal y la teoría del delito.....	39
3.1.	El derecho penal.....	40
3.2.	<i>La ley penal</i>	45
3.3.	La teoría del delito.....	46
3.4.	El delito	51

CAPÍTULO IV

4.	El cheque común como medio de pago.....	55
4.1.	El uso del cheque en Guatemala.....	55
4.2.	El cheque y sus diferentes formas de creación.....	56
4.3.	El delito de estafa en forma genérica.....	61
4.4.	El cheque común y las repercusiones legales en su utilización <i>como medio de pago si la cuenta bancaria esta cancelada</i>	66
4.5.	Reforma de la ley.....	79
	CONCLUSIONES	83
	RECOMENDACIONES	85
	BIBLIOGRAFÍA	87



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se ha realizado, con el objetivo de analizar los efectos que se derivan de la utilización del cheque común como medio de pago, cuando la cuenta bancaria se encuentra cancelada.

El objetivo general, fue demostrar la falta de regulación de los efectos jurídicos que se derivan del uso del título de crédito, que no permite iniciar acciones legales de tipo penal por el delito de estafa mediante cheque, sino por el contrario, debe realizarse la denuncia por estafa común, lo cual es objeto de análisis jurídico, por no contemplar dicho supuesto la norma penal.

La hipótesis se centra en demostrar la necesidad, importancia y urgencia que tiene el problema de la circulación de cheques como títulos de crédito, de aquellas cuentas bancarias canceladas, con lo cual se defrauda en su patrimonio a otras personas, sin que exista responsabilidad alguna de la institución bancaria.

La metodología utilizada fue el método analítico, para comprender los elementos o componentes característicos de la problemática que enfrenta los tenedores de un cheque común que no puede ser cobrado, los efectos negativos en la institución bancaria, por no haber requerido los talonarios de dichos documentos; el método deductivo para conocer las distintas doctrinas que sobre este fenómeno existen en el ámbito jurídico y social; y por último

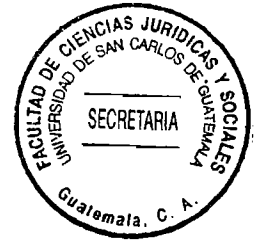


las técnicas investigativas, siendo la bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio.

La presente investigación consta de cuatro capítulos: siendo el primero relacionado con el derecho mercantil guatemalteco; en el segundo se desarrolla lo relativo al cheque común título de crédito; el tercero se refiere al derecho penal y la teoría del delito; y finalmente el cuarto capítulo trata sobre el cheque común como medio de pago.

Con la presente investigación se pone en conocimiento que existe la necesidad de contemplar en el delito de estafa mediante cheque, el supuesto de que los títulos puestos en circulación, aún cuando sean de una cuenta cancelada, se comete el ilícito penal, evitando que se inicie una investigación por estafa común.

Se concluye que el Estado debe proteger a los sujetos que intervienen en una actividad comercial en el país, 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, analizando que en un futuro, las entidades bancarias, tengan responsabilidad en el simple hecho de dejar en poder del cuenta-habiente un talonario de cheques de una cuenta cancelada.



CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil guatemalteco

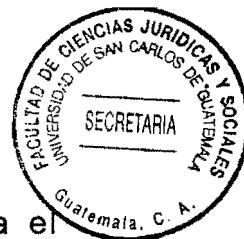
El derecho mercantil, como rama del derecho en general, es de reciente creación si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas, siendo de naturaleza jurídica privada.

Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización, en actividades de tipo mercantil, que a través del tiempo se han simplificado.

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.

1.1. La naturaleza del derecho mercantil

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.

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 apareció 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.

El Doctor René Arturo Villegas Lara, expone respecto al derecho mercantil 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 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

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.

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



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. Los aportes importantes de esta etapa: letra de cambio, la consolidación de diversos tipos de sociedades mercantiles, fomento del contrato de seguro, inicio del registro mercantil, entre otras.

Lo más importante es que el derecho mercantil se transformó en un derecho autónomo del derecho civil.

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

a) 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.



b) 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.

c) Rapidez

Esta característica, destaca que la actividad desarrollada por el comerciante, debe ser realizada en el menor tiempo posible.

d) 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.



e) 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.

1.2. Factores que separan al derecho civil del derecho mercantil

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

- 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. El derecho civil postula exigencias de una profunda cohesión en la sistematización de los conceptos más generales.
- El derecho mercantil tiende a ser internacional.



- La existencia de los llamados títulos de crédito sólo pueden funcionar dentro de un derecho flexible, rápido y poco formalista como el derecho mercantil.
- Los negocios a distancia provocan problemas que en el derecho civil no resuelven en forma rápida.
- Los negocios mercantiles se desarrollan en masa, a diferencia de los civiles que generalmente son aislados.

1.3. Fuentes del derecho mercantil y sus principios

La palabra fuente del derecho significa origen, fenómeno de donde proviene.

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.



Seguidamente se encuentra la jurisprudencia, cuya función es adecuar correctamente la norma al caso concreto; es interpretar el derecho vigente y preexistente.

Como fuente principal se encuentra la ley, puesto que es necesario regular cada una de las instituciones del derecho mercantil.

Podemos 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.

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;



- La buena fe;

- La verdad sabida;

- Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

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

1.4. Los sujetos de una relación mercantil

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.

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...."

De conformidad con el Artículo 6 del Código de Comercio preceptúa: "... tienen capacidad para ser comerciantes 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.

El mismo texto legal en su Artículo 7 establece: "Cuando un incapaz adquiera por herencia o donación una empresa mercantil o cuando se declare en interdicción a un comerciante individual, el juez decidirá con



informe de un experto, si la negociación ha de continuar o liquidarse y en 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, respecto a ésto el Artículo 8 establece: “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. Del cheque como título de crédito

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 en forma literal en dichos títulos.

Son denominados títulos valores porque existe una especial relación entre el derecho y el documento, de tal manera que haya una conexión permanente, que no pueda invocarse al derecho sin tener el documento, puesto que está inmerso en el título de crédito, denominado como cheque.

El Código de Comercio establece en el Artículo 385 respecto a los títulos de crédito 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."



2.1. Antecedentes históricos

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 en 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.

2.2. Características de los títulos de crédito

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 que está inmerso 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.

En contra de ello no se puede oponer prueba alguna, ésta es la regla general.

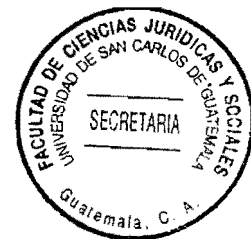
d) Autonomía

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.

2.3. Requisitos generales de los título de crédito

Los títulos de crédito deben llenar ciertos requisitos tales como:



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



2.4. La creación y puesta en circulación de un título de crédito

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

El título 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.

La forma en que se pone en circulación los títulos de crédito se dividen en 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. En la doctrina también se le denominan a los títulos de crédito: títulos valores, papeles comerciales, instrumentos negociables.

2.5. El 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 por la entidad bancaria.



La razón o sello que pone la cámara de compensación, en el caso de los cheques que se cobran por medio de esa dependencia, para hacer efectivo el pago de un cheque.

2.6. La institución del cheque

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 lo requisitos para los documentos de crédito.

- Un formulario impreso o aprobado por un banco.

- Solamente se puede librar contra éste.

El autor René Arturo Villegas Lara, 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."²

El mismo tratadista señala que: "... muchos autores consideran que el cheque no es un verdadero título de crédito, si le damos a este término

² Villegas Lara, René Arturo. Ibid. Pág. 79



su verdadero significado. En verdad, el cheque no tiene un crédito; se le considera más un instrumento de pago, similar al papel moneda... ”³.

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.”

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

a) 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 en este caso será el banco, el que tendrá que cumplir con la obligación de pagar la cantidad dineraria contenida en el cheque.

³ Villegas Lara, René Arturo. *Ibid.* Pág. 80



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

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



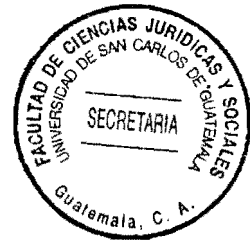
banco adquiere la propiedad del dinero depositado; y por lo mismo, no se puede ceder una propiedad que no se tiene.

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.

El Doctor Villegas Lara establece que: "... el cheque no puede desligársele de los usos bancarios, que dan a las instituciones de crédito facultades para escoger sus clientes. Si el cheque fuera un medio de sustituir la clientela, el banco podría rehusar el pago de un cheque porque tiene libertad de contratar con quien más le convenga...."⁴

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.

⁴ Villegas Lara, René Arturo. Ibid. Pág. 81



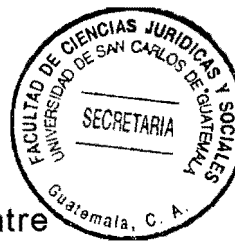
c) Del contrato a favor de un tercero

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.

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.

El Doctor Villegas Lara establece que: "... 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 si tendría si se tratara de un estipulación en su favor. En resumen el negocio bancario



del cual se pueden originar los cheques es un vinculo exclusivo entre depositantes y bancos, y por tal, razón, no hay ninguna estipulación que pueda generarse de tal relación....”⁵

Como contrato no se genera tal acuerdo puesto que la contratación del servicio bancario, existe al suscribir el contrato de cuenta corriente, pero éste 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.

⁵ Villegas Lara, René Arturo. Ibid. Pág. 81



El Doctor Villegas Lara, establece que: "... no hay mandato sin que previamente se celebre un contrato...."⁶

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

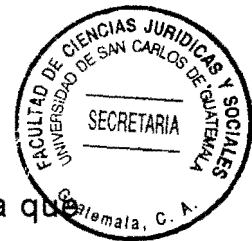
2.7. El cheque y su regulación legal

Para que el cheque exista deben existir ciertas circunstancias previas para su creación tales como:

- 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.

⁶ Villegas Lara, René Arturo. *Ibid.* Pág. 80



- El librador tiene que entregar fondos suficientes al librado para que éste 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;
- Nombre del banco librado.

El Código de Comercio en el Artículo 495 establece que: “Además de lo dispuesto por el Artículo 386 de este código, el cheque deberá contener: 1º. La orden incondicional de pagar 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.”

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



- Es un título estrictamente bancario.

- Se caracteriza por la exigencia de una previa provisión de fondos en poder del librado.

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

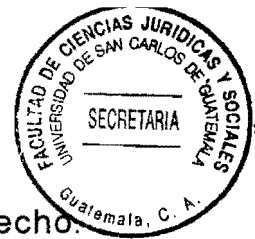
- El cheque es un título de crédito, éste es, el documento necesario para ejecutar el derecho literal consignado en el mismo.

- Es un documento constitutivo-dispositivo y formal.

- Participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito.

- Es considerado cosa mercantil.

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.

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



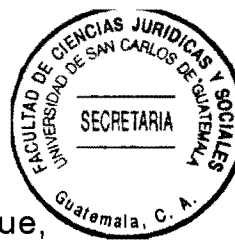
crédito, de las operaciones en ellos consignadas y de los actos o contratos que sobre ellos se celebren.

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. Ésto 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 efectúa el pago al beneficiario o tenedor.

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



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

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 los siguientes puntos:

- Requiere descripción del número de cuenta a nombre del cuenta habiente.
- Número de cheque en relación al talonario autorizado.
- Lugar y fecha.
- Es un formulario en papel moneda diseñado por garantías de seguridad.



- Es una orden de pagar al portador o a una persona específica el monto del cheque.

Es necesario que el librador haya celebrado previamente un contrato con el banco que será su librado. Este contrato se le llama "Contrato de giro" o "Contrato de cheque", que genera una cuenta de depósitos abiertos, cuyos fondos 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:

- Firma registrada del librador o cuenta habiente.



- Eventualmente algún espacio para referencia de su emisión.

- Cantidad en números.

- Cantidad en letras.

El Doctor Villegas Lara, expone sobre cheque que : "... es un documento instrumental por medio del cual se pueden retirar los depósitos dinerarios existentes en las cuentas abiertas que se negocian con los bancos, ya sea por el mismo depositante o por medio de terceras personas; y que le sirven al banco para ir determinando los saldos de lo que se le ha depositado y la cuantía de su obligación como depositario."⁷

⁷ Villegas Lara, René Arturo. Ibid. Pág. 82





CAPÍTULO III

3. El derecho penal y la teoría del delito

Los autores guatemaltecos de León Velasco y de Mata Vela exponen: “... se ha definido el derecho penal en forma bipartita desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo... en suma podemos definir 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.”⁸

La división indicada en la definición anterior, sigue siendo 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 autor Manuel Osorio define al derecho penal como: “... normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como

⁸ De León Velasco, Héctor Anibal y de Mata Vela, José Francisco. Curso de derecho penal guatemalteco. Pág. 5.



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.”⁹

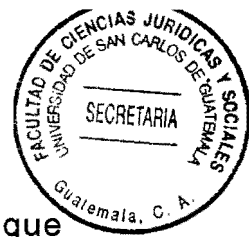
3.1. El derecho penal

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

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

El autor Alvarado Polanco expone que: “El apareamiento del derecho va parejo a la presencia de intereses opuestos y contradictorios entre los miembros de las comunidades primitivas, cuando la producción de bienes pasa de los niveles del 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

⁹ Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 238.



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.”¹⁰

Los autores de León Velasco y de Mata Vela, indican que: “... de las ciencias eminentemente jurídicas, es sin lugar a dudas el derecho penal la disciplina cuya misión siempre ha sido filosóficamente, proteger valores fundamentales del hombre, tales como su patrimonio, su dignidad, su honra, su seguridad, su libertad, su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás, hasta llegar a

¹⁰ Alvarado Polanco, Romeo. *Introducción al derecho I*. Pág. 21



la protección del Estado y de la Sociedad en la medida en que se tutele y se garantice la convivencia humana.”¹¹

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

a) Reales o materiales

Tienen su fundamento en la realidad 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.

Son las expresiones y manifestaciones socio naturales previas a la formalización de una ley penal, mediante las actividades de la sociedad, que necesitan ser objeto de regulación.

b) Formales

Se refiere al proceso de creación jurídica de las normas penales y a los órganos donde se realiza el mencionado proceso legislativo que en

¹¹ De León Velasco, Héctor Anibal y de Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 5



Guatemala corresponde al Congreso de la República, es decir el proceso legislativo. Es decir, que son los diferentes pasos que se deben observar para la creación de una ley.

c) Directas

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

La Ley es la única fuente directa del derecho penal, por cuanto 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.

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.

Es preciso establecer que la única fuente directa del derecho penal, es la ley, de conformidad con lo establecido en 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."

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 estrictus 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 las siguientes:

- Generalidad, obligatoriedad e igualdad. La Ley Penal se dirige a todas las personas que habitan un país, todos están obligados a acatarlas.

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

- Permanencia e inelubilidad. Se refiere a que la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que sea derogada.
- Imperatividad. Las leyes penales contienen generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir, no dejado a la voluntad de las personas su cumplimiento.
- Sancionadora. Es siempre sancionadora de lo contrario seria una ley penal sin pena.
- Constitucional. Se fundamenta en la Constitución Política.

3.3. La teoría del delito

El tratadista Enrique Bacigalupo define: “La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley.”¹²

El término teoría del delito, lleva a una visualización mucho mas apegado a descripción de elementos que lo integran, así, durante mucho tiempo la definición teoría del delito, llevaba implícito los

¹² Bacigalupo, Enrique. Manual de derecho penal general. Pág. 67



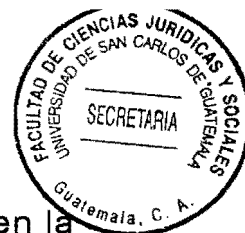
elementos enumerados, de acción, tipicidad y culpabilidad, con los cuales se instauro el contenido de la nominación delito.

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

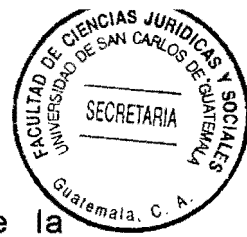


encuadrar una conducta, tipificando lo realizado con lo sustentado en la norma, por ello al ser el primer paso, se dice que se esta frente a una teoría, algo que no esta plenamente comprobado y que esta sujeta a esta comprobación, busca determinar la autenticidad de la acción y refutarle su comisión, 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 puniendi, con esta facultad el ente público, delega a órganos específicos el ejercicio de esa facultad instaurada en la intención de la sociedad que representa, con ello se busca afianzar un verdadero estado de derecho y en consecuencia la vida social armoniosa, otorgando los derechos inherentes a las personas en el principio del bien común.

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

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 cuanto 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.

Respecto a la política criminal la misma es el conjunto sistematizado de principios conforme a los cuales debe el Estado organizar la lucha contra la criminalidad, en protección de sus habitantes.

Esta no es una ciencia 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, por los ilícitos que cometen en contra de los miembros de una sociedad, como la guatemalteca.

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, busca sancionar las conductas delictuales.

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 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..."

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

Para definir al delito es necesario referirnos a los siguientes aspectos:



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

El injusto (conducta típica y antijurídica) revela el desvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma en tanto que la

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

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.

Respecto a la fase interna, dentro de ella encontramos 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 de "el pensamiento no delinque."



En la fase externa esta 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.

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.”



CAPÍTULO IV

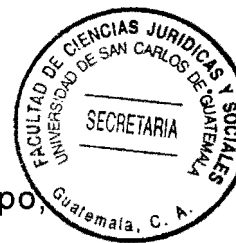
4. El cheque común como medio de pago

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.

4.1. El uso del cheque en Guatemala

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.



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.

a) Cheque cruzado

Es aquel en el cual el librador o tenedor coloca dos líneas en el anverso del cheque y el efecto es que sea cobrado únicamente por un banco.

Tiene que ser depositado en cuenta para que sea pagado, no puede ser cobrado en efectivo. Este cheque puede circular, puede ser endosado.

b) Cheque para abono en cuenta

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

El borrado o alteración de la expresión o de cualquier agregado a la misma, se tendrán por no puestos. Se corta la circulación del cheque si se pone que para abonar en cuenta.

El librado que pague en forma diversa a la prescrita en los artículos anteriores, responderá por el pago irregular.



c) 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 (igual a la del título) por quince días que tiene de presentación del cheque.

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

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

d) Cheque con provisión garantizada

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



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

e) Cheque de caja o de gerencia

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

f) Cheque de viajero

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

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



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

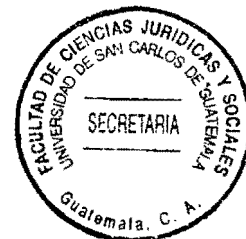
El que pague o reciba el cheque deberá verificar la autenticidad de la segunda firma del tenedor, cotejándola con la firma puesta ante el librador.

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

g) Cheques con talón para recibos y causales

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

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



4.3. El delito de estafa en forma genérica

Es importante para la presente investigación que se desarrolle lo que legalmente se establece como estafa en forma genérica, determinando la conducta que esta 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.

Los tratadistas De León Velasco y De Mata Vela señalan que: "... 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..."¹³

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

¹³ De León Velasco, Héctor Anibal y de Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 531



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

Los tratadistas De León Velasco y De Mata Vela señalan que: “... las legislaciones modernas ante lo arduo de encontrar una definición que comprenda integrante en reducidos termino la complejidad del fraude, prefieren hacer una lista detallada de los casos de incriminación, previstos cada uno de constitutivas especiales pero comprendido todo ellos bajo la denominación común de fraude..”¹⁵.

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.

¹⁴ Ossorio Manuel, Manuel. Ob. Cit. Pág.297

¹⁵ De león Velasco, Héctor Anibal y de Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 531



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.

El autor Ormozabal indica que "... 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."¹⁶

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

El mismo autor relacionado anteriormente establece: "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

¹⁶ Hommozabal Malarre, Herman. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*. Pág. 152

antijuridicidad, dará lugar a una unidad: el injusto. Será por este injusto concreto, realización personal de un sujeto dotada de sentido y significación social, que deberá establecerse si dicho sujeto debe o no responder penalmente por el....”¹⁷

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 la siguiente: El agente despliega una actividad engañosa

¹⁷ Hormonozabal Malarre, Herman. Ob. Cit. Pág. 171



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 esta viciada desde el comienzo por la actividad fraudulenta del actor.

En el abuso de confianza, la voluntad de la víctima no esta viciada y la entrega de la cosa es valida y licita; pero luego de la entrega, el delincuente abusa de la confianza de la víctima.

Como se puede observar, 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. El cheque común y las repercusiones legales en su utilización como medio de pago si la cuenta bancaria esta cancelada

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

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



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

Como elementos del tipo de la figura del delito de estafa mediante cheque encierra los siguientes elementos:

Como elemento material, la acción de librar un cheque en pago y que el mismo no tenga fondos para su pago por parte del banco librado.

Como elemento interno, la culpabilidad, el dolo que es la intención de girar cheque defraudando en su patrimonio a aquel que lo recibió.

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



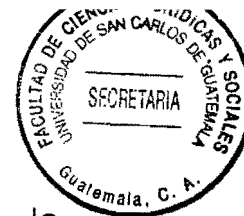
ser usado como instrumento de circulación de dinero, como medio de pago, en lugar de la moneda legal.

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

La estafa mediante cheque es una defraudación que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino al patrimonio;

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.



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.

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.

Los legisladores deben tomar en cuenta que, al relacionarse la institución del cheque en el Código Penal y su relación con el Código de Comercio, deberán realizarse cambios no en la legislación penal, sino en la legislación mercantil, es decir el Código de Comercio.

A través de una reforma legal, se permitirá distinguir en forma clara cuales son los elementos del delito y las circunstancias que permiten tipificarlo, evitando con ello que el patrimonio de las personas sufran 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.

Sin embargo 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.

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



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

Fundamentalmente es un instrumento o medio de pago que substituye económicamente al pago en dinero. El destino del cheque consiste en ser usado como instrumento de circulación de dinero, como medio de pago, en lugar de la moneda legal. El pago mediante cheque no produce los mismos efectos jurídicos que el pago 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 sol vendo. Esto es la entrega del cheque no libera jurídicamente al deudor ni, consecuentemente extingue su débito. Sino que esto sucede hasta que el título es cubierto por el librado.

De lo expuesto debe realizarse la reforma en el Código de Comercio, permitiendo así iniciar la acción penal por el delito de estafa mediante cheque.

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. Debiendo tener en cuenta la redacción del Código de Comercio establece en su Artículo 496, desglosándolo en partes ejemplo:

- 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.
- 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.

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.

En el sistema comercial y social guatemalteco, el título de crédito denominado cheque, el que es utilizado en la realización de negociaciones civiles y mercantiles, no como un título de garantía, por lo que la persona que lo recibe, asume que al presentarse a la institución bancaria que corresponda, se le hará efectivo el pago, sin tomar en cuenta que la cuenta este o no vigente.

Se da una 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.

La relación existente entre el librador de un cheque 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, fondos insuficientes o cuenta cancelada.

La persona que pone en circulación un cheque, ordena al librado el pago del título, pero, se obliga frente al tomador a que el cheque será pagado, es decir que se presume la existencia de la cuenta y que este vigente.

Muchas personas que han cancelado su cuenta, pero que se quedan los títulos es decir los cheques, perjudican en su patrimonio a otras personas, al pagar con dicha forma de pago, pero con la intención de perjudicar a tomador de buena fe.

No existe un mecanismo para determinar si se ha recibido un cheque de una cuenta cancelada, reciben el cheque de buena fe, dándose por bien pagados por la compra o por un servicio prestado. Será hasta el momento de presentarse a cobrar el cheque cuando se les informe, que la cuenta esta cancelada.

Actualmente el Código Penal, no establece en los tipos penales, el supuesto de que se cometa delito de estafa mediante cheque, por



haberse girado un cheque de una cuenta cancelada, lo que debe regularse en forma concreta.

Los supuestos jurídicos del tipo penal descrito en la norma que contempla la estafa mediante cheque, no regula la hipótesis de una cuenta cancelada para tipificar dicho delito, 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 ante el ente investigador.

En la práctica procesal, los tribunales al iniciarse un proceso penal por estafa mediante cheque, rechazan para su trámite las querellas que se presentan por este delito, con justa razón, puesto que la norma penal no contempla ese supuesto.

La institución del cheque necesita de la tutela que da la represión al ilícito penal cometido, 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, no existirá seguridad jurídica en el uso del mismo.

4.5. Reforma de la ley

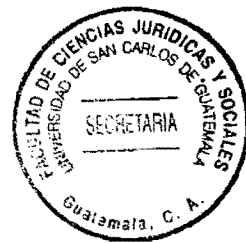
DECRETO NUMERO _____

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que el Estado debe proteger a los sujetos de toda actividad comercial en el país, así como el desarrollo y seguridad jurídica de las personas que se encuentren en el territorio nacional, en las relaciones jurídico comerciales que realicen.

Se debe determinar 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.



POR TANTO:

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

DECRETA:

LA REFORMA AL DECRETO AL 2-70 DEL CONGRESO DE REPUBLICA. CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA

Artículo 1. Se reforma el artículo 496, el cual queda así:

Artículo 496. 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



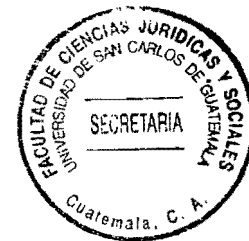
mismo, será responsable del delito de estafa, conforme al Código Penal. Cometerá el delito de estafa mediante cheque, el que defraudare a otro, entregándole en pago un cheque del cual la cuenta en la institución bancaria se encuentre ya cancelada.

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

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU PUBLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO.

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





CONCLUSIONES

1. En el derecho mercantil la institución del cheque genera controversia al considerarse efectivamente que el cheque es un equivalente al papel moneda, la persona que lo recibe se da por bien pagados, asumiendo que tiene fondos en la Institución bancaria.
2. La relación mercantil, se fundamenta en los principios de 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.
3. El signatario de un título de crédito queda obligado en su cumplimiento y debe responder de los daños y perjuicios que se causen al tenedor en caso de negativa de pago del título.
4. El organismo legislativo no ha tomado en cuenta que, al relacionarse la institución del cheque en el Código Penal y su relación con el Código de Comercio, este último debe ser concreto y claro para que su interpretación quede completamente



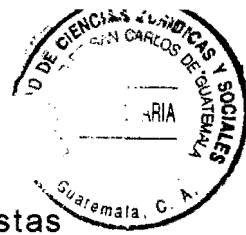
clara, en relación a las cuentas canceladas y los títulos de crédito denominados cheques en poder del usuario.

5. No existe determinada una responsabilidad para la entidad bancaria, que no tenga control de los talonarios de cheques, que el titular de una cuenta bancaria conserve en su poder, lo que permite su utilización en forma anómala para defraudar a terceros en su patrimonio.



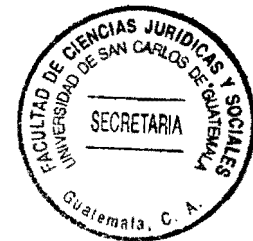
RECOMENDACIONES

1. El Estado debe proteger a las personas que reciben en pago un cheque común, regulando su uso dando certeza de que podrán accionar por el delito de estafa mediante cheque, cuando el título librado sea de una cuenta bancaria cancelada.
2. Que el Organismo Legislativo regule el tráfico mercantil para ser ágil, debe regular los aspectos básicos de los títulos de crédito como lo es el cheque, con el objeto de que no se pierda la seguridad jurídica en las transacciones que la sociedad realiza.
3. Que el Congreso de la República, debe regular ampliamente la institución del cheque común, estableciendo el dolo del sujeto que tiene la intención de defraudar a otra persona en su patrimonio, con el simple hecho de poner en circulación un título de una cuenta bancaria que se encuentra cancelada.
4. Las instituciones del sistema bancario nacional, deben accionar penalmente, en forma solidaria en contra de aquellos sujetos que con el ánimo de defraudar a terceros, ponen en



circulación cheques que les han sido proporcionados por estas instituciones, en virtud de que se pone en duda la honorabilidad del ente bancario.

5. La Superintendencia de Bancos, debe requerir a las entidades bancarias la depuración de los clientes que utilizaron títulos de crédito denominados cheque común, que ya cancelaron la cuenta bancaria.



BIBLIOGRAFÍA

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y Levene Ricardo. **Derecho procesal penal.** (s.e.) Argentina. 1945.

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

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

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

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

DEVIS ECHENDIA, Hernando. **Teoría general del proceso.** s.e. Universidad de Buenos Aires. Argentina. 1984.

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

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

NÚÑEZ, Ricardo C. **Derecho penal argentino.** Parte General. Ed. Bibliográfica Argentina Lavalle. Argentina. 1985.



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

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal.** Ed. Ediar S.A. Argentina. 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 de Guatemala. 1970.

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