

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



**LA INEFICACIA DEL PROCESO PENAL POR EL DELITO
DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN GUATEMALA**

VÍCTOR RUBÉN CARIÁS MONTERROSO

Guatemala. AGOSTO de 2011.

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

**LA INEFICACIA DEL PROCESO PENAL POR EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE
CHEQUE EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

VÍCTOR RUBÉN CARIÁS MONTERROSO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, agosto de 2011

GUATEMALA, AGOSTO DE 2010.
HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana

VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López

VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi

VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz

VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría

VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez

SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana.

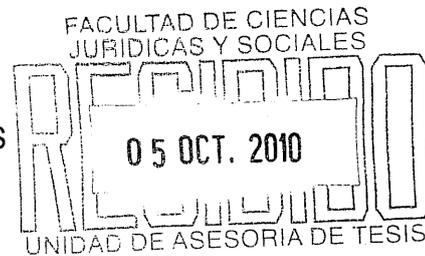
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas contenido de la tesis".
(Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Licenciada Ingrid Yvonne Garzaro Porres
Abogada y Notaria



Guatemala, 17 agosto de 2010.

LICENCIADO
MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



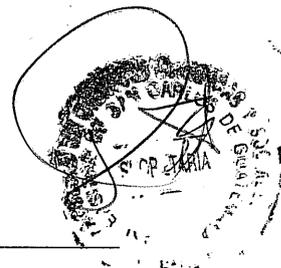
Licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento del nombramiento emitido por su Jefatura el día ~~veintinueve de abril~~ del año dos mil diez, procedí a **asesorar** el trabajo de tesis del bachiller, VÍCTOR RUBÉN CARÍAS MONTERROSO, carné 9722138, intitulado "LA INEFICACIA DEL PROCESO PENAL POR EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN GUATEMALA". En atención ha dicho nombramiento y habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

- a) El contenido científico y técnico de la tesis es de carácter jurídico, es un tema de actualidad y el tema propuesto hace un aporte valioso para la sociedad en general y al Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal del Municipio de Guatemala,
- a) Los recursos metodológicos empleados por la bachiller fueron el deductivo, analítico y sintético, pues se inició la presente investigación con el acopio de información general para poder establecer la información específica relaciona al tema, para luego analizar y sintetizar la misma. Las técnicas utilizadas fueron las bibliográficas y a entrevista las anteriores con el fin de elaborar una investigación exhaustiva, precisa y confiable;
- b) Respecto a la redacción utilizada en el trabajo elaborado por la bachiller opino que fue correctamente utilizada pues dicho trabajo fue redactado en su totalidad un solo tiempo verbal, asimismo se siguieron todas las reglas ortográficas de la Real Academia Española de la Lengua atinente al presente trabajo;
- c) La contribución científica del tema radica en enriquecer las ciencias jurídicas y sociales y proporcionarle a la población en general la información respecto al desarrollo de la comisión del delito de Estafa Mediante Cheque en Guatemala;

Licenciada Ingrid Yvonne Garzaro Porres
Abogada y Notaria

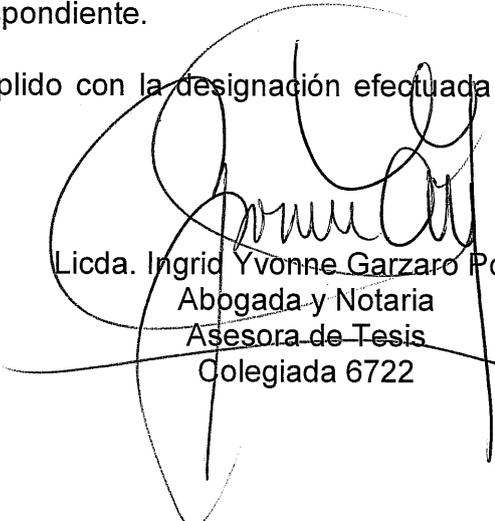


- d) Las conclusiones a las que se han llegado en el trabajo fueron las acertadas pues representan los juicios a los que la bachiller llegó en el desarrollo de cada capítulo, éstas son de carácter general, están relacionadas con el tema y fundamentadas en la investigación. Asimismo opino que las recomendaciones son realizables en la práctica y que están relacionadas con las conclusiones, por lo tanto considero que éstas son adecuadas y que aportan soluciones al problema planteado en el plan de investigación;
- e) La bibliografía ha sido utilizada de manera correcta y ha generado exitosos resultados en el trabajo de investigación pues fueron consultados textos doctrinarios de autores extranjeros y nacionales que refieren en forma precisa la temática contenida en la investigación realizada;
- f) En virtud de lo anterior me es grato:

OPINAR:

- i. Al haber finalizado la etapa de asesoría del trabajo de tesis mencionado y al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del examen General Público, me resulta procedente aprobar el trabajo de tesis asesorado, razón por la cual doy mi DICTAMEN EN SENTIDO FAVORABLE;
- ii. En consecuencia nombrar al revisor de tesis a efecto que el presente trabajo sea aprobado y discutido posteriormente en el examen público correspondiente.

Esperando haber cumplido con la designación efectuada por el señor Decano, atenta y respetuosamente.


Licda. Ingrid Yvonne Garzaro Porres
Abogada y Notaria
Asesora de Tesis
Colegiada 6722

Licda. Ingrid Yvonne Garzaro Porres
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



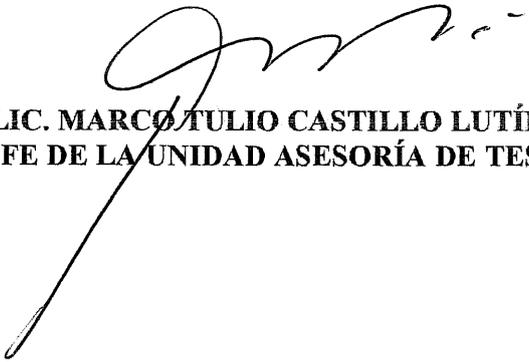
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS LEONEL ROBLES PÉREZ,
para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante VÍCTOR RUBÉN
CARIAS MONTERROSO, Intitulado: "LA INEFICACIA DEL PROCESO PENAL
POR EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN GUATEMALA".

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 TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

Licenciado Carlos Leonel Robles Pérez

Abogado y Notario



Guatemala, 21 de octubre 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
Su despacho



Distinguido Licenciado Castillo:

En atención al nombramiento como revisor de tesis notificado a mi persona el trece de octubre del año dos mil diez por esta jefatura, procedí a revisar el trabajo investigativo del bachiller **Víctor Rubén Carías Monterroso, carné 9722138.**

Siendo que el trabajo reúne todos los requisitos requeridos y cumple especialmente lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, apruebo el trabajo de tesis relacionado de conformidad con el siguiente:

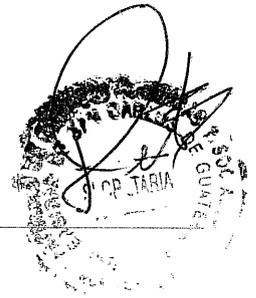
DICTAMEN:

- I) Que el contenido científico y técnico del tema propuesto contribuye en gran manera a los estudios del derecho penal y procesal penal, especialmente relacionado al delito de Estafa Mediante Cheque en Guatemala. El contenido científico y técnico versó sobre los conocimientos de carácter jurídico procedentes tanto de la investigación como del estudio de la realidad social, mismos que coadyuvaron a comprender como se desarrolla el proceso penal por la comisión de dicho delito.

- II) El bachiller Carías Monterroso, en su trabajo de investigación ha utilizado atinadamente la metodología de investigación deductiva, al realizar un estudio partiendo de las generalidades del derecho penal hasta llegar a los temas específicos aplicables al delito de Estafa Mediante Cheque en Guatemala objeto del trabajo de tesis. Asimismo utilizó correctamente el método analítico al penetrar hondamente en todas y cada una de las características generales y específicas

Licenciado Carlos Leonel Robles Pérez

Abogado y Notario



del proceso penal por delitos de acción privada, utilizando por último el método sintético. En relación a las técnicas de investigación utilizadas opino que fueron necesarias para comprobar la hipótesis planteada en el plan de investigación;

- III) La redacción en el trabajo de investigación ha sido empleada de manera correcta, ya que se enmarca una buena utilización de las reglas ortográficas normadas por la Real Academia de la Lengua Española, además todo el texto del trabajo de tesis fue redactado en primera persona del singular;
- IV) En relación a la contribución científica del tema opino que el bachiller anteriormente mencionado, en su trabajo de tesis realizó una investigación tanto doctrinal como de campo para poder determinar cómo se da el proceso penal por el delito de Estafa Mediante Cheque en Guatemala , por lo que considero que dicha tesis aporta una importante fuente de análisis y de información para las ciencias jurídicas y sociales;
- V) Del contenido del trabajo de investigación se ha llegado a cinco conclusiones de carácter general, relacionadas con el tema y fundamentadas en el desarrollo de cuatro capítulos del trabajo de tesis por lo que considero son coherentes y consecuentes con el contenido del informe. Las recomendaciones aportadas por el bachiller Carías Monterroso son congruentes con las conclusiones, y aportan soluciones viables en cuanto al desarrollo del proceso penal por el delito de Estafa Mediante Cheque.
- VI) La bibliografía consultada es actualizada y adecuada, pues fueron consultados textos, trabajos de tesis, leyes, páginas Web de autores nacionales y extranjeros que con sus aportes enriquecieron de manera correcta el trabajo de tesis objeto de mi revisión.

Con base en lo anteriormente expuesto, me resulta procedente aprobar el trabajo de tesis revisado, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se autorice la impresión de la tesis de **VICTOR RUBEN CARIAS MONTERROSO**, cuyo título es: **"LA INEFICACIA DEL PROCESO PENAL POR EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN GUATEMALA"**.

Licenciado Carlos Leonel Robles Pérez

Abogado y Notario



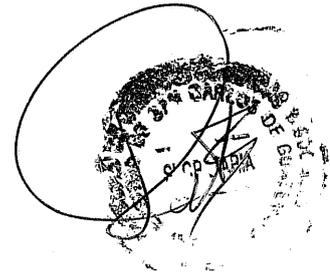
Sin otro particular, me suscribo, con muestras de mi más alta consideración y estima.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Carlos Leonel Robles Pérez".

Lic. Carlos Leonel Robles Pérez
Colegiado 5597

*Licenciado
Carlos Leonel Robles Pérez
Abogado y Notario*



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de abril del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante VICTOR RUBEN CARIAS MONTERROSO, Titulado LA INEFICACIA DEL PROCESO PENAL POR EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

DEDICATORIA



A DIOS TODOPODEROSO:

Ser omnipotente, dador de vida, de sabiduría y paciencia, por concederme la fortaleza para llegar a este logro, le presento mi gratitud.

A MIS PADRES:

Juan Humberto Carías Morales (Q.E.P.D.) con quien compartí escasos cinco años de mi vida, quien me enseñó a luchar por lo que quiero y a nunca darse por vencido, a quien un día juré graduarme de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, a quien admiro por el acto demostrativo de amor que hizo el último día de su vida, persona que recuerdo todos los días desde que era un niño, aunque de hecho no esté conmigo y, a mi madre, Catalina Monterroso Morales Vda. de Carías, por su sacrificio que con todo amor hizo por mí, por esas noches de desvelo y sufrimiento, con todo mi amor, respeto y admiración, por ser mi fundamento de existir, por su apoyo, único e incondicional y auténtico en cada momento de mi vida y por haber creído indubitablemente en mí.

A MI HIJA:

Delmy Nallely Carías Loy por ser mi inspiración y la máxima expresión de felicidad, amor y ternura.

A MI ESPOSA:

Por su delicadeza, afección, agrado, simpatía, ternura, confianza, amor y comprensión.



A MIS HERMANOS:

Arnoldo de Jesús Carías Monterroso, María Leticia Carías Monterroso, Evelia Carías Monterroso, por el lazo que nos une, por el sacrificio que han hecho por mí y por haber creído siempre en mí sin duda alguna, con todo mi amor y con especial cariño.

A MIS TÍOS:

Gregorio Carías Morales; César Romeo Monterroso Morales; Alfredo Monterroso Morales (Q.E.P.D.), José Ventura Carías Morales, Félix Carías Morales, Paulino Carías Morales, Gilberto de Jesús Carías Morales, Enrique Carías Morales, Benedicto Carías Morales, Arturo Carías Solares, con profundo cariño, admiración y gratitud.

A MIS TÍAS:

Herlinda Monterroso Morales. María Clemencia Monterroso Morales, Marta Delia Monterroso Morales; Sara Monterroso Morales, María Luz Monterroso Morales, Isabel Carías Morales, Flora Carías Solares, por su especial cariño y respeto.

A MIS ABUELITOS:

Rufina Morales Rodríguez; Juana Morales Donis (Q.E.P.D.); Miguel de Jesús Monterroso González (Q.E.P.D.); Marcos



Carías García (Q.E.P.D.) por su amor y cariño.

A MIS SOBRINOS:

Rony Oswaldo, Gilmer, Yomirita, Gustavito, Ingrid, Halan, Darlin Rosemery, Felipito y Elsy Dayana por su incondicional cariño y amistad.

CON CARIÑO:

A mis padrinos, Javier Carías y Augusto Carías Morales, por su aprecio y cariño.

CON CARIÑO:

Mis madrinas, Margarita Morales, y Alicia Cordero (Q.E.P.D.) por su cariño, amistad y comprensión.

A:

A todos mis compañeros de estudio en todos los niveles, por su amistad, cariño y comprensión.

CON CARIÑO:

A Nery Morales Juárez y familia, German Morales Donis y familia, Eladio Morales Juárez y familia, Julia Morales Donis y familia por su valiosa amistad y cariño.

CON CARIÑO:

A Manuel de Jesús García Montenegro, esposa y familia, por su amistad, comprensión y respeto, quienes siempre creyeron indubitablemente en mí.

A TODA MI FAMILIA:

Por sus palabras de aliento y solidaridad.

A MIS MAESTROS:

Por darme el pan del saber, conocimiento y ciencia, con respeto y admiración.



A LOS PROFESIONALES:

Lic. Oscar Ruperto Cruz Oliva, Lic. Otto Gonzalo Muñoz, Lic. Fernando Girón Cassiano, Ingrid Yvonne Garzaro Porres, Fernando de Jesús Fortuny, Lic. Carlos Leonel Robles Pérez, Dr. Rafael Sáenz, con todo mi cariño y gratitud.

CON CARIÑO:

A Elida María Girón Lucero, por su apoyo incondicional, amistad, respeto y comprensión.

A MIS AMIGOS:

Martín Reynoso Morales y hermanos, Nery López Solares, sacerdotes: Santiago Javier Juárez Morales y Benedicto Moscoso Miranda, Rafael Donis (Q.E.P.D.) por su amistad y cariño.

A MIS CUÑADOS:

Milder, Miguel, Alexander, Roosmery, Elizabeth, Ludín, Rafael y Felipe, por su valiosa amistad, cariño y comprensión.

A MIS SUEGROS:

Miguel Ángel Loy Ortiz (Q.E.P.D.) y Catalina Reyes Juárez, por ser personas ejemplares, llenas de amor y comprensión, con todo cariño y admiración.

A:

LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA. Prestigiosa alma mater en la educación superior, con gratitud y respeto,

por haberme permitido realizar mi sueño de llegar a ser un profesional universitario.



A:

LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, por cobijarme en sus aulas del saber, a quien agradezco eternamente los conocimientos fundamentales de mi carrera.

ÍNDICE



	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Teoría general del delito.....	1
1.1. Concepto de teoría del delito.....	1
1.2. Importancia de la teoría general del delito.....	1
1.3. Concepto de delito.....	2
1.3.1. Elementos del delito.....	3

CAPÍTULO II

2. La pena.....	19
2.1. Etimología de la pena.....	19
2.2. Concepto.....	19
2.3. Definición de la pena.....	21
2.4. Características de la pena.....	22
2.5. Historia.....	26
2.6. Principios.....	27
2.7. Funciones y fines de la pena.....	29
2.8. Teorías penales.....	29
2.9. Función del derecho penal.....	36
2.10. Campo del derecho penal democrático.....	36
2.11. Selección de valores.....	37
2.12. Función de la pena.....	37
2.13. Legislación española.....	39
2.14. Limitaciones de la pena.....	40



2.15. Punibilidad del delito de estafa mediante cheque.....	41
2.16. Determinación de la pena.....	42
2.17. Determinación legal de la pena.....	43
2.18. Reglas de determinación legal de la pena.....	45
2.19. La determinación judicial de la pena.....	46
2.20. Beneficios del Código Penal Guatemalteco al momento de imposición de la pena.....	47
2.21. Requisitos para otorgar el beneficio de la suspensión condicional de la pena.....	48

CAPÍTULO III

3. Principios que inspiran al proceso penal.....	51
3.1. Sistema acusatorio.....	60
3.2. Sistema acusatorio formal o mixto.....	61
3.2.1. Características.....	62
3.3. La estafa mediante cheque en el derecho penal comparado.....	62
3.3.1. La estafa en el derecho penal argentino.....	63
3.3.2. La estafa en el derecho penal español.....	64
3.3.3. La estafa en el derecho penal mexicano.....	65
3.3.4. La estafa en el derecho penal colombiano.....	66

CAPÍTULO IV

4. La ineficacia del proceso penal por el delito de estafa mediante cheque en Guatemala.....	69
4.1. El delito de estafa mediante cheque.....	69
4.1.1. Antecedentes históricos.....	69
4.1.2. Importancia de la tutela del cheque.....	70



4.1.3. Concepto doctrinario.....	71
4.1.4. Definición de estafa.....	72
4.1.5. Elementos específicos de la estafa.....	73
4.1.5.1. Inducción mediante engaño.....	73
4.1.5.2. Error.....	74
4.1.5.2.1 Clases de error.....	75
4.2. Estafa mediante cheque.....	76
4.2.1. Definición.....	77
4.2.2. Del delito de estafa mediante cheque.....	78
4.2.3. Elementos específicos del delito de estafa mediante cheque en la ley.....	78
4.3. Momento consumativo.....	83
4.4. La exigibilidad.....	89
4.5. La punibilidad en el delito de estafa mediante cheque.....	91
4.6. La responsabilidad civil en el delito de estafa mediante cheque.....	92
4.7. Vía procesal para juzgamiento de estafa mediante cheque.....	92
4.7.1. La acción privada.....	92
4.7.1.1 Definición.....	93
4.7.1.2. Características.....	93
4.8. Iniciación.....	95
4.8.1. La querella.....	95
4.8.1.1. Concepto.....	95
4.8.1.2. Definición.....	95
4.8.1.3. Características.....	96
4.8.1.4. Formalidades de la querella.....	97
4.9. Clases de querella.....	97
4.10. Investigación preparatoria.....	98
4.11. Mediación y conciliación.....	98
4.12. El imputado.....	99
4.13. Medidas de coerción.....	99



4.14. Finalización.....	100
4.15. Procedimiento posterior.....	100
4.16. Desistimiento tácito.....	100
4.17. Renuncia, retractación y explicaciones satisfactorias.....	101
4.18. Desistimiento expreso.....	101
4.19. Efectos del desistimiento.....	101
4.20. Última ratio e intervención mínima.....	102
CONCLUSIONES.....	105
RECOMENDACIONES.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	109

INTRODUCCIÓN



En el presente trabajo se realizó una investigación sobre la ineficacia del delito de estafa mediante cheque en Guatemala, debido al problema que la pena por este delito es muy baja y que por tal motivo incita al delincuente a cometer dicho ilícito penal porque goza de beneficios, como la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

La hipótesis de por que en Guatemala se comete a diario el delito de estafa mediante cheque, se debe a que la pena es muy baja, la cual estimula al delincuente a cometer dicho ilícito y que debe ser aumentada.

Los objetivos que se pretenden alcanzar con este trabajo son: Generales, establecer la ineficacia del proceso penal por el delito de estafa mediante cheque y específicos: establecer que la baja pena aplicar por este delito incita al delincuente a cometer el ilícito penal; que la pena por el citado delito es muy baja y debe reformarse la ley que lo regula, establecer que el delincuente viola la norma jurídica penal, porque este goza de beneficios como la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En cuanto a los supuestos de la investigación se postula que la baja pena en el delito de estafa mediante cheque en Guatemala es el factor determinante por el cual se comete el delito de estafa mediante cheque, porque este goza de beneficios, estimulando al delincuente a delinquir.

La presente investigación se dividió en cuatro capítulos. En el capítulo uno de desarrolla el tema de la teoría del delito; en el dos la pena; en el tres principios que inspiran al proceso penal y el delito de estafa mediante cheque en el derecho penal comparado; en el cuatro la ineficacia del proceso penal por el delito de estafa mediante cheque, el delito de estafa mediante cheque, estafa mediante cheque y el momento consumativo del delito, vía procesal para juzgamiento de estafa mediante cheque, última ratio e intervención mínima.



En cuanto al enfoque metodológico para la ejecución de la presente investigación se utilizó el método analítico, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos; sintético reconstruyendo todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se hizo una explosión metódica breve; inductivo yendo de lo particular a lo general y deductivo yendo de lo general a lo particular.

En cuanto a las técnicas de investigación se utilizó, las fichas bibliográficas, la entrevista y el cuestionario.

El delito de estafa mediante cheque en Guatemala sucede todos los días y por tal virtud se investigó todo lo relacionado al tema logrando comprobar la hipótesis planteada para hacer un aporte para todos aquellos estudiantes y profesionales que deseen consultar el presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I



1. Teoría general del delito

Es de vital importancia el estudio de la teoría general del delito para el presente trabajo de investigación cuyo tema principal es el estudio del delito de estafa mediante cheque en Guatemala y para ello analizaremos los siguientes aspectos:

1.1. Concepto de teoría del delito

A nuestro criterio es un procedimiento por medio del cual se analizan las características comunes o bien aquellas que diferencian a todos los delitos en general para establecer su existencia y determinar la imposición de una sanción si así corresponde.

Según el tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni se denomina teoría del delito "a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuales son las características que debe tener cualquier delito"¹

La teoría general del delito se ocupa de todos aquellos elementos comunes a todo hecho punible.

1.2. Importancia de la teoría del delito

La teoría del delito constituye un instrumento de análisis científico de la conducta humana, utilizado por juristas, ya sea en la función de jueces, fiscales, defensores o bien como estudiosos del derecho para determinar la existencia del delito.

¹Zafaroni Eugenio Raúl, "Manual de derecho penal parte general" Pág. 318.



Según el tratadista Enrique Bacigalupo constituye "un método de análisis de distintos niveles, cada uno de estos presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirán la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación"²

1.3. Concepto de delito

La legislación guatemalteca no define el término delito. Es por ello que resulta importante el estudio de la doctrina de los autores para lograr una definición que pueda ilustrar los diferentes elementos que componen el delito.

Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales define el término delito de la siguiente manera: "El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción".³

Por su parte los autores De Mata Vela , De León Velasco citando a Luis Jiménez de Asúa: "El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella".⁴

José María Rodríguez Devesa: El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena.

Según los autores De Mata Vela, De León Velasco citando a Raúl Carrancá y Trujillo; "El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a

² Bacigalupo Enrique, "Manual de derecho penal parte general", Pág. 67.

³ Ossorio, Manuel, "Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales". Pág. 212.

⁴ De Mata Vela, José Francisco, De León Velasco, Héctor Aníbal, "Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial", Pág. 136.



condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".⁵

El delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal.

El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

Se puede apreciar que los conceptos enunciados en los párrafos anteriores coinciden con que delito es una acción, típica, antijurídica, culpable, sancionada con una pena y en algunos casos hacen referencia a situaciones objetivas que deben ser tomadas en cuenta al momento de imponer la pena. Se puede desprender que para entender el concepto de delito es necesario hacer una enumeración y breve descripción de cada uno de los elementos que forman el concepto de delito.

1.3.1. Elementos del delito

Todo intento de definición del delito siempre va aparejado a una enumeración de elementos que forman a la figura del delito y el presente caso no es excepción. Cabe la aclaración que por ser éste un capítulo de introducción no se puede desarrollar a fondo cada uno de los elementos y las diferentes teorías que han surgido en relación con este punto.

- La acción o conducta humana

Es todo comportamiento derivado de la voluntad y la voluntad implica siempre una finalidad. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin; la acción es siempre el ejercicio de una voluntad final.

⁵ Ídem.



- Definición de acción

De León Velasco, Héctor Aníbal, y varios autores coordinados por Diez Ripollez, José Luis y Jiménez Salinas Colomer, Esther, definen la acción: “ en sentido general es toda la concreción de la voluntad humana en realización externas que pueden preverse por el sujeto y ser esperadas por el ordenamiento jurídico, y que consecuentemente pueden evitarse, en forma que al no realizarse su evitación puede no configurarse un tipo penal”.⁶

En el caso del delito de estafa mediante cheque, la acción consiste en girar un cheque sin provisión de fondos con la intención de dañar patrimonialmente a una persona.

Los tratadistas Francisco Muñoz Conde, Francisco y García Arian Mercedes, expresan: “Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica siempre una finalidad”.⁷

Una vez propuesto el objetivo, pasa a la fase externa en donde el autor pone en marcha su plan y procura alcanzar la meta propuesta. En el caso del delito de estafa mediante cheque que es el tema que ocupa en el presente trabajo, el delincuente una vez obtiene su chequera en algún banco del sistema con el propósito de extender cheques a terceras personas lo extiende y con ello externa a sabiendas que no hay fondos, suficientes fondos, cancela la cuenta o revoca el pago, está externando su voluntad de dañar patrimonialmente a una persona.

⁶ De León Velasco, Héctor Aníbal, y varios autores Coordinados por Diez Ripollez, José Luis y Jiménez Salinas | Colomer, Esther, impresos industriales S.A. Guatemala, “Manual de derecho penal guatemalteco” 2001 Pág. 154.

⁷ Muñoz Conde, Francisco, García Arian, Mercedes, “Manual de derecho penal parte general”, Pág. 198.



La conducta o acción en sentido amplio es todo comportamiento derivado de la voluntad del hombre y la voluntad implica siempre finalidad; la acción es, por eso, siempre ejercicio de una voluntad final.

Irma Amucha Tegui Requena define la acción de la siguiente forma: “La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales mecanismos e incluso mediante personas”.⁸

Se puede apreciar de los conceptos enunciados, que la acción puede ser considerada únicamente como el acto, la exteriorización de una voluntad o bien, se puede considerar como una suma de elementos, el interno y el externo. El interno se refiere al pensamiento o al deseo y el externo a la realización del deseo o del pensamiento.

Es obvio, que para que una acción sea considerada como delito, ésta se debe exteriorizar. Se debe llevar a cabo por el sujeto para que la acción pueda ser enmarcada dentro de las figuras penales tipificadas dentro de la ley penal. Tal aseveración, nos obliga a ver la acción no como un elemento único, se debe considerar en conjunto. Para que una acción pueda ser sancionada o cuestionada de antijurídica, es necesario que la misma se lleve a cabo, no es suficiente que el responsable únicamente sienta el deseo de actuar de determinada manera, se necesita que actúe, para que pueda ser sometido a un proceso penal y se le pueda imponer la sanción determinada.

- **La conducta humana**

La norma penal está estructurada en dos partes, el supuesto del hecho o sea la

⁸ Amucha Tegui Requena Irma G. “Derecho penal”, Pág. 153.



conducta esperada y la consecuencia jurídica. El derecho penal le interesan comportamientos humanos en donde la acción o la omisión constituyen el primer elemento o categoría del delito y de manera general se refieren a la realización u omisión de la conducta humana penalmente relevante.

En el campo del derecho penal, existen múltiples teorías respecto de los actos humanos penalmente relevantes, algunas de éstas son encontradas entre sí, muestra de ello es la problemática relativa a la definición del término adecuado para designar el comportamiento desplegado por una persona que puede tener consecuencias jurídicas penales; muchos autores usan los términos conducta y acción indistintamente, mientras que otros lo llaman conducta, comportamiento humano, o bien, acción en un amplio sentido.

Podríamos partir de la opinión de que el estudio de la conducta es propiamente el examen del punto en el cual el hombre entra en contacto con el ordenamiento, empero tenemos que aportar mayores explicaciones a fin de esclarecer los diferentes estadios por los que ella atraviesa, así como los elementos que la conforman.

Algunos autores argumentan que lo más correcto es hablar de la conducta , ya que ésta engloba tanto a la acción como a la omisión; sin embargo, esta connotación denota una problemática basada en la característica material del delito y al aspecto eminentemente subjetivo de la conducta, así como el hecho de que sólo resulta atribuible a un ser humano, siendo absurdo otorgarle al delito la característica de contar con una conducta, cuando más bien ésta le es atribuible al ser humano; en consecuencia, el delito debe ser analizado como hecho material y no como circunstancia formal, es decir, debe analizarse el tipo, por un lado y el delito como hecho, por el otro.

Por otra parte, existen pronunciamientos en el sentido contrario esto es, que una conducta puede ser realizada por cualquier ser vivo y una acción es exclusiva del ser



humano, por lo que resulta más adecuado denominarla acción, pero con una acepción en amplio sentido, de la cual deriva una conclusión en el sentido de que la acción puede ser tanto positiva (acción propiamente dicha) como negativa (omisión), pero vinculada estrictamente al resultado típico producido o que pudo haber causado, puesto que, por otra parte, no puede constituir un delito el pensamiento, las ideas o la misma resolución a delinquir; en tanto no se manifieste en la modificación del mundo exterior, es decir, mientras no exista un resultado típico producido, o bien, la probabilidad de que dicho resultado pudo producirse pero se evitó por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, no existirá la acción ni la omisión.

Para los que se apegan a la primera propuesta, la acción no es uno de los elementos básicos del delito, sino que se encuentra incluida en la conducta, esta opinión niega a la acción el papel de elemento esencial del delito y le atribuye a la conducta dicho carácter.

En el sentido anterior, la conducta puede adoptar dos formas diferentes: una positiva y otra negativa. Puede consistir en un hacer o en un no hacer. En el primer caso se tiene la acción (en sentido estricto, denominada acción positiva) y en el segundo caso encontramos a la omisión (o acción negativa).

La conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediende de un cambio en el mundo externo. La idea de acto supone, en primer término una manifestación de voluntad (objetiva), es decir, la conducta voluntaria es la que se encuentra libre de violencia física o psicológica, está determinada motivada por las representaciones. La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento.

La conducta es el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre.



Si es positivo consiste en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o síquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado.

La conducta abarca a las nociones de acción y omisión, por lo que la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o involuntario, Apuntamientos de la parte general de derecho penal.

De Mata Vela y De León Velasco la define como: "La conducta es sinónimo de acción y de acto. La omisión no existe como forma de acción o de conducta, sino que antes del tipo todas son acciones".⁹

Este comportamiento humano tiene dos aspectos, el querer y la voluntad, de los cuales surgen dos frases, la interna o sea el querer o desear realizar una conducta aún está en el pensamiento a la que como lo expresa Zaffaroni: "pertenece la proposición de un fin, y la selección de los medios para su obtención".¹⁰

En el caso del delito de estafa mediante cheque la conducta sería la expedición del cheque a sabiendas de que no tiene fondos suficientes.

- **La tipicidad**

En el precepto de la disposición penal, el legislador señala las notas esenciales

⁹ De Mata Vela y de León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 137.

¹⁰ Zaffaroni, **Ob. Cit.** Pág. 343.



referentes al comportamiento, al autor, a la víctima, a los factores subjetivos y a la situación de hecho. De esta manera, determina el contenido ilícito material del acto incriminado. Hablamos de tipicidad, cuando nos referimos al elemento del delito y tipificar cuando se trata de adecuar la conducta humana a la norma legal.

En términos generales se entiende la antijuricidad como una relación de contradicción con el orden jurídico. Esta contradicción ya se ha dado, aun de modo provisional, en cuanto se comprueba la realización del tipo. Sin embargo, algunas acciones en principio contrarias al orden jurídico pueden en determinados casos considerarse finalmente ilícitas.

Sierra González define la antijuricidad de la siguiente forma: "Es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto" ¹¹

Se puede apreciar que la tipicidad es el elemento básico que se debe reunir para que una conducta pueda ser considerada como delito. La conducta debe estar descrita como delito, antes que el sujeto la realice, para que el responsable pueda ser sometido a un proceso penal. Si la acción no está enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, no se puede hablar de un delito.

Se considera que cuando se refiere a que la tipicidad es seleccionadora, se está hablando que los legisladores al momento de crear figuras delictivas, seleccionan conductas que han afectado a la sociedad, y consideran que éstas deben ser sancionadas. Es garantista, ya que si una conducta no está individualizada dentro del ordenamiento jurídico penal como delito, no se puede someter a un proceso penal a sus autores.

¹¹. Sierra González, José Arturo. "Derecho constitucional guatemalteco", 2000 Pág. 115.



Beltrán, Carlos, Fernández Armesto, Juan definen al antijuridicidad de la siguiente forma: “La antijuridicidad significa conducta contraria a derecho. Es uno de los caracteres esenciales positivos del delito. Actúa antijurídicamente quien contraviene las leyes penales. Presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la ley penal. Este juicio recae sobre la acción realizada y aunque concurren elementos fundamentalmente de carácter objetivo, en algunos supuestos y de manera excepcional también hay que tener en cuenta los subjetivos”.¹²

Se puede concluir que la antijuridicidad es contrariar el ordenamiento jurídico vigente, por medio de la realización de actos que están tipificados como delito en la ley penal.

- **La culpabilidad**

Entre los tratadistas del Derecho Penal, hay algunos que sostienen que el concepto de la culpabilidad está íntimamente ligado a la función motivadora de la norma penal, y para ello el tratadista Muñoz Conde define a la culpabilidad así: “lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena”¹³

En el caso del delito de estafa mediante cheque prohíbe con la amenaza de una pena de conformidad con el Artículo 268 del Código Penal Guatemalteco, el que preceptúa: Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su presentación será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales. Igual sanción se aplicara a quien endosare un cheque con conocimiento de la falta de fondos del librador.

¹² Beltrán, Carlos, Fernández Armesto, Juan, “El derecho del mercado financiero”, Pág. 76.

¹³ Muñoz Conde, Francisco, “Teoría general del delito”, Pág. 125.



Resulta de los conceptos anteriores que para lograr comprender a su esplendor el término de culpabilidad es necesario exponer, de manera resumida, los diferentes elementos que componen a la culpabilidad. En la doctrina se reconocen tres, principalmente, aunque existen tratadistas que mencionan hasta cinco. Pero la mayoría coincide en los siguientes: imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad de obediencia al derecho.

Esto tres elementos son definidos de una manera breve por los tratadistas Diez Ripollés y Giménez-Salinas así: “a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, que consiste en tener madurez física y psíquica para poder determinarse conforme lo indica la ley penal, lo que se encuentra normalmente en personas mayores de edad y mentalmente sanas, b) Conocimiento de la antijuricidad, esto es, el individuo debe poder conocer, aunque sea a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones que se encuentran en la ley, pues sólo así este individuo puede motivarse conforme a la norma. c) Exigibilidad de obediencia al Derecho, que supone que el comportamiento antijurídico se ha realizado en condiciones normales, ya que hay ciertas situaciones excepcionales en que al sujeto, aun siendo imputable y conociendo la prohibición, no se le puede exigir que obedezca las normas”¹⁴

La culpabilidad, es pues, el elemento que considera al sujeto y la acción. Si el sujeto reúne las características para poder ser sujeto dentro de un proceso, y si la acción cometida es una acción que es contraria al ordenamiento jurídico, y además la circunstancia en que se cometió no encuadra en aquellas causas de justificación reconocidas dentro del ordenamiento jurídico penal vigente.

¹⁴ José Luis Diez Ripollés, Esther Giménez-Salinas Colomer, (Coordinadores), “Manual de derecho penal guatemalteco”, parte general. Pág. 147.



- **La punibilidad**

La punibilidad no sólo es un requisito esencial de la infracción, sino quizá el principal puesto que sin ella, siempre existirá un injusto, pero para que ese injusto sea penal, es preciso que esté sancionado con una pena.

- **Definición**

Punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma.

Para lograr enmarcar el delito de estafa mediante cheque dentro de lo que es la acción y los elementos que la componen puede decirse que la acción opera en este delito cuando la persona emite un cheque sin provisión de fondos, fondos insuficientes, cancelando la cuenta o revocando el pago antes de que el cheque sea presentado para su cobro en el banco correspondiente.

- **El dolo**

Es conocimiento, saber voluntad de realizar el tipo objetivo. En el tipo doloso, hay coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere.

De este concepto se derivan sus elementos intelectual o cognoscitivo, que es conciencia y conocimiento de los elementos objetivos del tipo. No basta desear, sino querer, tener intención o propósito de la realización de los elementos de cada tipo penal en particular.



- Definición de dolo

De Mata Vela y De León Velasco definen el dolo de la siguiente forma: “Dolo es querer del resultado típico”.¹⁵ “Dolo es pues, la voluntad realizadora del tipo objetivo”.¹⁶ “Dolo es una voluntad determinada que presupone un conocimiento determinado”.¹⁷

En opinión del autor de esta tesis se considera que hay dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. Dicho de otra forma el dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito.

- Aspecto cognoscitivo del dolo

En un sentido estricto, el elemento intelectual consiste en la conciencia o conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo

En nuestra humilde opinión, en el caso del delito de estafa mediante cheque en Guatemala, el conocimiento efectivo sería el saber se tiene una cuenta en un banco sin provisión de fondos suficientes y se gira un cheque, se gira un cheque con la intención de cancelar la cuenta previo a que el tenedor del cheque haga efectivo el cobro, también girar un cheque y revocar el pago antes de que sea presentado para su cobro y de igual manera el endosar un cheque a sabiendas de que no tiene fondos suficientes para hacer efectivo el pago. Asimismo el aspecto cognoscitivo del dolo abarca el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo y por otra parte, el

¹⁵ De Mata Vela, De León Velasco. *Ob. Cit.* Pág. 168.

¹⁶ *idem.*

¹⁷ *idem.*



conocimiento de los elementos normativos del tipo (como es el conocimiento de la cosa en el hurto) requiere un conocimiento de la valoración jurídica o ética a que responden estos elementos.

- **Clases de dolo**

Según sea la mayor intensidad del elemento intelectual o del volitivo, se distingue entre dolo directo y dolo eventual”

El Artículo 11 del Código Penal, preceptúa: “El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo presenta como posible ejecuta el acto”

~~El dolo directo se regula en la primera parte del Artículo 11 Código Penal Guatemalteco.~~

El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto.

- **Dolo directo**

En el dolo directo, el autor quiere realizar precisamente el resultado del homicidio (de causar la muerte de una persona), en el hurto (apropiarse de un bien mueble ajeno), o causar lesiones corporales a otro, o bien realizar la acción típica en los delitos de mera actividad. Si predomina el elemento volitivo estaremos ante un dolo directo de primer grado.



- **Dolo eventual**

Ubicado en la segunda parte del Artículo 11 Código Penal Guatemalteco vigente, al sujeto se le presenta el resultado como de probable producción, aunque no quiere producirlo, sigue actuando y admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado, pero admite su producción y acepta el riesgo. Su importancia consiste en establecer los límites entre el dolo eventual y la culpa inconsciente o con representación. En algunos casos con dolo eventual, se puede solicitar un criterio de oportunidad, tomando como base la responsabilidad mínima y no el límite de la pena.

La diferencia entre dolo eventual y la culpa con representación, consiste en que en el primero, el sujeto no quiere pero acepta la ejecución del acto; mientras que en la culpa inconsciente o con representación, no se quiere causar la lesión al bien jurídico, pero reconoce el peligro de la situación y confía en que no dará lugar al resultado lesivo.

- **Error en el tipo**

El desconocimiento de los elementos objetivos del tipo, como el descriptivo y normativo dan lugar a un error en el elemento intelectual del dolo y por consiguiente, a la ausencia de dolo. Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente.

Si el dolo requiere conocer y querer la realización del tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o algunos, o todos los elementos del tipo injusto.

- **Clases de error de tipo**

Al tratar las clases de error de tipo, no referimos a aquel tipo de conducta que asume



el delincuente cuando no está manifiesto el dolo.

- **Error de tipo vencible**

Cuando no se pudo evitar o superar el error en el conocimiento del elemento objetivo, se le denomina invencible y su consecuencia es la exclusión del dolo, y por lo tanto de la culpabilidad.

- **Error de tipo invencible**

Hay error de tipo vencible cuando el autor puede evitar, superar, o vencer el desconocimiento de los elementos del tipo. Es por ello que su tratamiento es diferente, ya que hay ausencia de dolo por incumplimiento de la norma del deber de cuidado y su acción se convierte en imprudente.

- **Aplicación del error del tipo**

El Código Penal Guatemalteco no regula el error de tipo, sin embargo, en el caso concreto, después de un buen argumento dogmático, la base legal es la Constitución Política de la República de Guatemala, que en el Artículo 2° establece que el Estado se organiza para garantizar la justicia de las personas; el Artículo 4° que se refiere a los principios de dignidad de la persona humana e igualdad ante la ley; pues el Estado por medio de sus órganos (Tribunales, Ministerio Público) no podrá tratar de igual forma a la persona que conoce los elementos objetivos del tipo, y a una persona que los desconoce; el Artículo 5 de la libertad de acción, en donde la persona no puede ser perseguida ni molestada por actos que no impliquen infracción a la ley, pues la ausencia de dolo por error en el tipo, trae como consecuencia que su acción sea atípica. No será aplicable por ser de menor rango y tratarse de una ley general para



todas las ramas del derecho, el Artículo 3° de la Ley del Organismo Judicial, incluso, contraviene lo regulado en la norma constitucional antes mencionada.

- **Error en el golpe** (aberratio ictus desviación de la trayectoria)

Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física de las personas. Podemos decir que en el caso de delito de estafa mediante cheque en Guatemala, el error en el golpe puede aplicarse en el caso de que el librador de un cheque negociable sin provisión de fondos tenga toda la intención de dañar patrimonialmente al tenedor del cheque, pero este lo endosa sin conocimiento de la falta de fondos suficientes, la cual resulta perjudicada en su patrimonio, porque el cheque no tiene cobertura. El sujeto activo del delito daño a la persona equivocada.

- **La antijuridicidad**

Se da cuando se infringe una norma de carácter penal, es decir, contravenir una norma penal por aquellas conductas tipificadas como delitos.

- **Concepto**

En sentido amplio, la antijuridicidad es toda conducta contraria al derecho; por ejemplo, no pagar la renta en un contrato de alquiler, no asistir al trabajo sin excusa y abarca todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, para el derecho penal son importantes solo las acciones antijurídicas que encuadran en un tipo penal llamadas conductas típicas.

En sentido estricto La antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber su contradicción con las prohibiciones o mandatos del derecho penal, mientras que injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor.



Una acción u omisión es antijurídica cuando encuadra en un tipo penal (acción típica) y no concurren causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, y legítimo ejercicio de un derecho). La antijuricidad es también un juicio de valor realizado en la conducta del sujeto. Es por ello que una conducta puede ser típica pero no antijurídica.

- **Definición**

Beltrán Carlos y Fernández Armesto, definen al antijuridicidad de la siguiente forma: “La antijuricidad significa conducta contraria a derecho. Es uno de los caracteres esenciales positivos del delito. Actúa antijurídicamente quien contraviene las leyes penales. Presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la ley penal. Este juicio recae sobre la acción realizada y aunque concurren elementos fundamentalmente de carácter objetivo, en algunos supuestos y de manera excepcional también hay que tener en cuenta los subjetivos”.¹⁸

Se puede concluir que la antijuricidad es contrariar el ordenamiento jurídico vigente, por medio de la realización de actos que están tipificados como delito en la ley penal.

¹⁸ Beltrán, Carlos, Fernández Armesto, Juan. **El derecho del mercado financiero**. Pág. 76.



CAPÍTULO II

2. La pena

Se deriva de la realización del delito, esto es, de una acción típica, antijurídica, culpable y punible, impuesta tras un debido proceso por los órganos jurisdiccionales.

2.1. Etimología de la pena

Etimológicamente a la pena se le ha atribuido varios significados en el devenir histórico del derecho penal, algunos consideran que se derivan del vocablo Ponus, que significa peso, otros consideran que el vocablo pena se deriva de punya que quiere decir pureza o virtud, otro grupo creen que se origina de ponos que es trabajo y fatiga y por último se cree que proviene de la palabra latina poena que significa castigo o suplicio En cuanto a la terminología jurídica empleada en nuestro medio y en sentido muy amplio se habla de pena, sanción, castigo, condena, punición etc.

2.2. Concepto

La pena es la consecuencia jurídica que se deriva de la realización de un delito, esto es, de una acción típica, antijurídica, culpable y punible, impuesta tras un debido proceso por los órganos jurisdiccionales

Por su parte De León Velasco y De Mata Vela citando a José María Rodríguez Devesa analizan el significado de la pena desde dos puntos de vista. "Estáticamente dice, la pena es simplemente la consecuencia primaria del delito. El delito es el presupuesto necesario de la pena; entre ambos hay una relación puramente lógica; puede decirse que es una retribución del delito cometido, si se descarga a esta palabra de todo el significado vindicativo. Dinámicamente considerada, la pena tiene primordialmente los



mismo fines de la ley penal, la evitación de las conductas que la ley prohíbe o manda ejecutar."¹⁹

La pena es un mal que genera un costo social debido a los efectos estigmatizantes y deteriorantes que provoca sobre la persona que padece. Estos efectos tan negativos no pueden ser soslayados por el legislador al momento de establecer una pena, puesto que el autor del delito no deja de ser sujeto de protección del Estado. De ello surge la necesidad de preservar al máximo la intangibilidad de otros derechos que corresponden al condenado a lo largo del periodo de ejecución penitenciaria.

La pena es la más grave de las sanciones dentro del ordenamiento jurídico. La distinción de la pena con respecto a otras sanciones semejantes del ordenamiento jurídico estriba en que tiene como presupuesto necesario la comisión de un delito y que debe ser impuesta por jueces independientes en juicio conforme a las reglas del derecho procesal penal. Esta simultaneidad no constituye infracción del principio de **ne bis in idem**.

Finalmente, es importante resaltar que la pena, a diferencia de otras sanciones contempladas por el ordenamiento jurídico, afecta los bienes más importantes de un individuo: su vida, su libertad y su patrimonio.

La pena por ello debe ser una manifestación de principio de intervención mínima y los tipos de penas deben estar orientados a la satisfacción de fines sociales, pero, sin instrumentalizar al individuo en beneficio de la sociedad.

La pena es retribución, es decir, compensación del mal causado por el delito.

¹⁹De León Velasco, De Mata Vela. **Ob. Cít.** Pág. 264



2.3. Definición de la pena

La pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito directa del principio de legalidad, de ahí su importancia en el entendido que se trata de una institución que constituye uno de los pilares fundamentales dentro del sistema penal, en efecto, la pena es un instrumento de control estatal. Es un tanto difícil dar una definición de lo que se entiende por pena, nuestra legislación carece de un concepto y solo se limita a clasificarla; es fundamental hacer un análisis de lo que varios tratadistas consideran como pena, para poder estar en la capacidad de hacer nuestra propia definición.

En su libro de derecho penal, los autores De León Velasco y De Mata Vela, señalan que "la Escuela Clásica del Derecho Penal (época en que el Derecho Penal había alcanzado su más alto grado de perfeccionamiento), consideraba la pena como un mal, a través del cual, se realiza la tutela jurídica, siendo esta la única consecuencia del delito".²⁰

Landrove Díaz define la pena como: "La privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal"²¹

Algunos autores se refieren a la pena como un mal que impone el Estado al delincuente como castigo retribuido a la comisión de un delito, otros se refieren a la pena como tratamiento para la reeducación y rehabilitación del delincuente tendiente a la inserción nuevamente del delincuente a la sociedad, muchos han definido a la pena atendiendo a varios puntos, por tanto, no existe uniformidad en lo que se definirá como pena.

Para De León Velasco y De Mata Vela, la pena "Es una consecuencia eminentemente

²⁰ Ob. Cit. Pág. 54.

²¹ Landrove Díaz, Gerardo. "Consecuencias jurídicas del delito" Pág. 17



jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado al responsable de un ilícito penal".²²

Como lo menciona el tratadista Landrove Díaz, en su libro "Consecuencias Jurídicas del Delito define La Pena de la siguiente manera: "La pena es una amarga necesidad que hace posible la convivencia de los hombres".²³

2.4. Características de la pena

Las características que se desarrollan a continuación son las que distinguen a la pena desde un punto de vista criminal.

- Personal

Con respecto a esta característica se entiende que solamente debe de imponerse la pena al autor culpable, atendiendo de esta manera al principio de culpabilidad; por consiguiente, nadie puede ser castigado por ilícitos cometidos por otros, la responsabilidad se entiende que es personal porque va ser aplicada a la persona que resulte culpable después de haber llevado a cabo un juicio previo; no obstante, no podemos negar que el sufrimiento del condenado pueda extenderse a su familia o a terceras personas, es decir, que a pesar de que es personal tiene trascendencia social.

Un efecto secundario lo encontramos en las repercusiones negativas que la ejecución de la pena pueda tener en la familia del condenado, un claro ejemplo lo encontramos en el alto índice de adicción a las drogas de niños y adolescentes, la desintegración familiar, la prostitución etc. Que son la consecuencia de la aplicación de una pena a

²² De León Velasco, De Matas Vela. **Ob. Cit.** Pág. 267.
²³ Landrove Díaz, Gerardo. **Ob. Cit.** Pág. 17.



algún familiar; de esta manera se provoca así la existencia de auténticas víctimas indirectas del delito por ser víctimas directas de la pena.

- **Proporcionada**

Con relación a esta características. De León Velasco y De Mata Vela señalan que “la pena debe ser proporcionada a la naturaleza y a la gravedad del delito, atendiendo a los caracteres de la personalidad del delincuente, valorados objetiva y subjetivamente por el juzgador en el momento de dictar sentencia condenatoria. Esta proporcionalidad que debe existir entre la pena y el delito es tarea primordial del juzgador, quien debe ser objetivo a la hora de aplicar una pena, basándose en los medios probatorios que se produzcan durante el debate; sería ilógico pensar que una persona que se le encuentre culpable de un hurto de una cadena de oro se le imponga una pena máxima”.²⁴

La proporcionalidad de la pena debe tener en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su importancia.

- **Determinada**

En cuanto a esta característica considero consideramos que la pena debe de estar determinada e la legislación penal, el condenado no debe de tener más sufrimiento que el que la ley señala, esta característica va íntimamente relacionada con el principio de legalidad puesto que el juzgador no debe de aplicar una pena que no esté previamente establecida en la ley.

²⁴ De León Velasco, De Mata Vela. **Ob. Cit.** 268.



- Flexible

A la anterior característica le sumamos la de flexibilidad, en el entendido que debe ser fijada la pena dentro del mínimo y máximo que señala la ley, en el artículo 65 del Código Penal se establece que "el juez o tribunal determinará en la sentencia, la pena que corresponda, dentro de un mínimo y una máximo señalado por la ley, para cada delito". Esta característica se extiende a que debe ser flexible también en cuanto a una impugnación para reparar un error judicial; como dice Sebastián Soler, Citado por De León Velasco y De Mata Vela, "la pena es elaborada y aplicada por el hombre, por el cual supone siempre una posibilidad de equivocación"²⁵

- Pronta e ineludible

Para cumplir con las finalidades de la pena, es necesario que la justicia se apronta e ineludible. Citado por Mapelli Caffarena, Robespierre, en su discurso sobre los principios de moral política, afirma taxativamente que "la lentitud de los juicios equivale a la impunidad y la incertidumbre de la pena estimulada a todos los culpables. Una administración de justicia ineficaz consigue con su lentitud que el poder intimidante de la pena desaparezca, la conciencia social perturbada por el crimen quede insatisfecha al ver que los culpables siguen sin castigo y la ejemplaridad de este desaparece con el tiempo, ejemplo latente en estos tiempos son los linchamientos, ya que las personas optan por hacer justicia con su propia mano".²⁶

De todo lo anterior, se puede afirmar que la pena debe ser aplicada con la mayor brevedad posible, por la incidencia negativa de los retrasos en la aplicación de justicia que es latente cuando el sujeto se encuentre en prisión preventiva.

²⁵ De León Velasco, De Mata Vela. *Ob. Cit.* 269.

²⁶ Mapelli Caffarena, Borja, "Consecuencias jurídicas del delito", Págs. 49 y 50.



- Individualizada

Partiendo del principio constitucional de que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, la ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador al tipificar los hechos constitutivos del delito, no lo hace para alguna persona en particular, lo hace en forma abstracta, de manera de que a la hora de que alguna persona transgreda la ley exige que debe de individualizar al infractor para poder aplicar la pena.

Como señala Mapelli Caffarena: "La ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador tipifica hechos; no puede tener a la vista personalidades concretas. Pero como la pena no se impone a hechos sino a personas, y no a personas en abstracto, sino a individuos concretos, se exige su individualización". Por supuesto, la individualización, que supone acercamiento de la norma general al caso concreto, no puede hacerse atendiendo a rasgos específicos que no justifiquen un tratamiento penal diferenciado".²⁷

El principio de legalidad impone la relativización del concepto de la pena, como sucede también con el concepto de delito.

Así, la pena desde un punto de vista Jurídico puede definirse como la privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la ley e impuesta por un órgano jurisdiccional competente, al que ha cometido un delito. Cuatro son las notas características de esta definición, que a la vez la diferencian de otras instituciones semejantes:

La pena es la reacción del ordenamiento jurídico frente al delito. Se puede imponer una pena al que ha cometido un delito o una falta. Esta nota es la que distingue la pena de la

²⁷ Mapelli Caffarena, *Ob. Cit.* Págs. 52 y 53.



medida penal, porque esta última se impone en función del delito sino de su peligrosidad.

La pena es una privación o restricción de bienes jurídicos. Puede consistir en una privación de libertad, una restricción de libertad, restricción de derechos, etc.

La pena debe estar establecida por la ley, en sentido estricto. Pero la garantía penal, como expresión del principio de la legalidad, entra en colisión con la necesidad de adaptar la pena al caso concreto. Esta colisión se resuelve, mediante establecimiento de un sistema de marco legal; esta es, un marco señalado por la ley, dentro del cual se mueve el juez a su arbitrio, para adaptar la Pena al sujeto en concreto.

Por último, la pena debe ser impuesta por el órgano jurisdiccional independiente. Esta nota es consecuencia de la garantía judicial del principio de legalidad.

2.5. Historia

Según Landecho, Carlos María, "La pena existe porque es una institución necesaria. Todo grupo de hombres requiere un conjunto de normas que regule el comportamiento de los miembros para facilitar su convivencia en sociedad y también una sanción, cuando estas normas sean contravenidas".²⁸

Para ello, si se define la pena como el mal que se impone al delincuente por la comisión de un delito, como hacia Antón Oneca, se puede afirmar que desde los tiempos más remotos las sociedades han poseído un sistema de penas.

En épocas primitivas el sistema de penas venia conformado por la influencia de dos consideraciones:

²⁸ Landecho, Carlos María, "Derecho penal español, parte general", tomo II, Pág. 824.



De un lado, las normas que regulan la convivencia en pueblos primitivos son tanto normas jurídicas como religiosas, que las infracciones graves de estas normas ofendan a la instancia sobrenatural protectora, y que deban ser lavadas en beneficio de la colectividad.

La pena tiene así un contenido sacral y mágico. De otro, las ofensas menos graves se ventilaban entre particulares mediante la venganza.

La evolución de la pena hasta llegar a nuestros días pasa por la superación de estas dos consideraciones. Paulatinamente se va abandonando el fin sacral de la pena esto de un sentido jurídico y, por otra parte, se va evolucionando de la justicia y se va dotando a esto de un sentido jurídico y, por otra parte, se va evolucionando de la justicia privada al monopolio estatal de las penas.

2.6. Principios

La evolución del pensamiento en torno a la pena ha convertido en axiomas varios Principios que en otras épocas distaron mucho de ser admitidos.

Según el tratadista José María Landecho, en cuanto a los principios los explica de la siguiente forma:

- **El principio de la personalidad**

Significa que la pena no trasciende a los familiares ni a los herederos del sujeto activo.

La responsabilidad criminal es una cuestión personal.



La evolución del pensamiento en torno a la pena ha convertido en axiomas y principios que en otras épocas distaron mucho de ser admitidos.

- **El principio de igualdad ante la ley**

Quiere decir que la pena no puede ser diferente según la condición social del sujeto.

El principio de proporcionalidad entre la culpabilidad y las penas pone de manifiesto que la Pena tiene que estar en función de la culpabilidad de sujeto. Lo que a su vez lleva a dos consecuencias distintas. La primera, que no se puede imponer una pena más que al culpable de un delito o falta; al que no lo es, se podrá someter a una medida penal en función de su peligrosidad, pero nunca a una pena propiamente dicha. La segunda consecuencia es que la pena no puede sobrepasar en ningún caso la culpabilidad del sujeto, aunque no es menester que llegue a ser igual a la misma.

Finalmente el principio de humanidad de las penas indica que estas no puede ser nunca inhumanas ni degradantes para la dignidad del delincuente que, a pesar de su situación, sigue siendo un conciudadano digno de toda consideración como persona y cuyos derechos fundamenta/es hay que respetar en todo caso".²⁹

- **Diferencia con otros conceptos**

No debe confundirse el concepto jurídico de la pena con la pena en sentido natural, moral o social.

Para la ley, el concepto de pena es independiente de que efectivamente cause o no un sufrimiento a quien la padece y por ello no debe confundirse con la pena natural.

²⁹Landecho, Carlos María, **Ob. Cit.** Pág. 825 y 826.



Tampoco puede equipararse la pena legal con la pena moral. El derecho regula los comportamientos externos del individuo en cuanto interfieren en la vida social; por lo que debe detenerse ante la intimidad del mismo, donde anida la moral. No puede tampoco identificarse la pena legal con la reacción social. En ocasiones la sociedad reacciona, aunque el hecho no constituya delito, incluso con gran dureza e injusticia; por poner un ejemplo, piénsese en los linchamientos. Por el contrario, en otras ocasiones aprueba o no ve con malos ojos conductas que el ordenamiento jurídico sanciona.

2.7. Funciones y fines de la pena

Se va a tratar en este apartado de la función y de los fines de la pena. En primer lugar se tratarán las distintas teorías penales que se han mantenido hasta la fecha, para intentar a continuación fundamentar los fines de la pena y la función de la misma. Se terminará indicando lo que dice la legislación española sobre la función y los fines de la pena.

2.8. Teorías penales

Durante siglos se han venido defendiendo en esta materia dos teorías las opuestas (absoluta y relativa) que en la actualidad van convergiendo hacia teorías mixtas que son las que encuentran amplio consenso en la doctrina penal, aunque con distintas.

Se termina este epígrafe con una breve consideración sobre la función y fines de las medidas penales.

- Teorías absolutas

Según Alejandro Rodríguez Barillas al respecto manifiesta: "justificación de la



Pena exclusivamente en el delito cometido (puniturquiapaccatumest)”³⁰

Las teorías absolutas mantuvieron un carácter retributivo para la pena.

El aforismo puniturquiapaccatumest recoge el postulado fundamental de las mismas: se castiga porque se ha delinquido, la pena persigue retribuir el desorden causado por el delito. De paso hay que observar que en el aforismo latino aún se confunde aun el fin religioso con el fin jurídico de la pena, puesto que se habla de peccatumest en vez de usarse la expresión delictum u otra semejante.

Desde esta perspectiva, la finalidad esencial de la pena se agota en el castigo del hecho cometido; la pena se satisface por sí misma. Esta fue la posición defendida, desde perspectivas distintas, por Kant y Hegel.

Para Kant la pena es un imperativo categórico, una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria. Hegel, de acuerdo con su habitual proceso tricotómico, considera la pena como superadora del delito. La pena restablece el derecho, conculcado por el delito, por lo que es la síntesis de ambos extremos.

Que la pena se agote en el castigo del hecho cometido no significa que no cumpla una función. Las teorías absolutas asignan a la pena la función de la realización de la Justicia, sobre la base ideal del hombre libre. En la actualidad a la retribución se le reconoce como principal aportación la de garantizar la proporcionalidad entre el delito y la pena. La retribución sin duda está estrechamente vinculada a razones religiosas y éticas, que confunden delito con pecado y pena con expiación, vinculada a concepciones religiosas.

³⁰ Rodríguez Barillas, Alejandro, "Manual de derecho penal". Pág. 524.



- Teorías relativas

Teorías relativas fundamentan la pena en su necesidad para la subsistencia de la sociedad, por lo que también se les denomina teorías utilitarias. En este sentido, la pena no tiende a la retribución del delito cometido, sino a la prevención de futuros delitos.

“Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro. El postulado de las Teorías Relativas se recoge el aforismo puniturnepeccetur: se castiga para que no se delinca”.³¹

A estas teorías se les reconoce como principal aportación la de haber hecho reflexionar sobre la realidad de que la función de la pena en una sociedad no es el mero restablecimiento de la Justicia, sino mantener la convivencia pacífica entre los ciudadanos al evitar el delito.

Este punto de partida común se concreta de manera deferente en las dos corrientes en que se dividen las teorías relativas: la prevención general y la prevención especial.

- Prevención general

La prevención general supone la prevención frente a la colectividad. Se atribuye a la Pena la finalidad de motivar a los miembros de la sociedad para que no caigan en el delito. Así para Feuer Bach la Pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan.

La teoría de la prevención general sin límites presenta serlas objeciones. En primer lugar, cabe aducir que convierte al individuo en mero objeto de escarmiento para el

³¹Landecho, Carlos María. *Ob. Cit.* Pág. 829.



resto de los ciudadanos. En segundo término, los delitos menos graves, en los que se da un rechazo social natural, deberán ser castigados con penas más graves para contrarrestar la falta de convicciones sociales; mientras que los delitos muy graves deberían ser objeto de penas mínimas porque ya existe un freno social que hace menos necesario el recurso a la pena estatal.

- **Prevención especial**

La prevención especial tiende, por su parte, a prevenir los delitos que puedan proceder de un delincuente concreto. La finalidad de la pena es así evitar que quien la sufra, vuelva a delinquir. La pena debe servir de escarmiento o como vía para la resocialización del sujeto.

La prevención general operaba en el momento de la conminación penal, la prevención especial lo hace en la ejecución de la pena.

Contra esta corriente se suele argumentar que por sí sola llevarla a intolerables resultados. “En primer término, la impunidad para los culpables de delitos graves que no precisen de intimidación o resocialización porque no existe peligro de que reincidan. Por otra parte, en los supuestos en los que no fuese posible la resocialización del individuo, la prevención especial llevarla a la inocuidad perpetua, incluso en los casos de delincuentes por delitos de escasa entidad”.³²

- **Teorías mixtas**

La lucha de escuelas, que tuvo lugar en Alemania durante el siglo pasado, dio como resultado una dirección ecléctica o mixta, iniciada por Merkel, que en la actualidad constituye la opinión dominante en aquel país y en el nuestro. Se admite la retribución

³²Landecho, Carlos María, **Ob. Cit.** Pág. 829.



pero al servicio de la protección de la sociedad, función hasta que justifica la retribución. Para estas corrientes mixtas la retribución es el límite máximo de la prevención, en cuanto que es garantía de proporcionalidad entre la culpabilidad y el delito.

- La prevención general positiva

“Últimamente, y sin abandonar el marco de las teorías mixtas, la crisis de la posibilidad de resocialización del delincuente (pues se duda en la actualidad por muchos sobre la posibilidad de llegar a resocializarlo) y la imposibilidad de retorno a la teoría de la retribución pura, han potenciado la prevención general como fin de la pena, pero dotada de un nuevo contenido”.³³

Estas teorías, que suelen denominarse de la prevención general positiva o de la prevención de integración, aluden al aspecto preventivo general de la pena, pero explican su consecución poniendo de relieve efectos distintos del tradicional intimidatorio; resaltan, en primer lugar, que la pena afirma la vigencia del derecho como mecanismo regulador de conductas y que lo restablece en su calidad de tal ante los ciudadanos en general y en segundo lugar, que la pena actúa como instrumento de conformación de la conciencia jurídica colectiva y que su aplicación restablece la confianza y fidelidad del ciudadano a la norma jurídica.

Sin embargo, las corrientes agrupadas aquí bajo la denominación común de prevención general positiva, no forman una postura unitaria que dote de contenidos homogéneos a la misma y tampoco existe una terminología acunada que corresponda a estos contenidos; por lo que se podrán caracterizar estas posiciones de una manera negativa diciendo que todas ellas defienden aspectos preventivos generales distintos de la intimidación.

³³Landecho, Carlos María, **Ob. Cit.** Pág. 831.



La teoría de la prevención general positiva o integrada comúnmente busca la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Conforme a ello, la pena tiene la misión de demostrar la individualidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y reforzar la confianza jurídica del pueblo.

Tres aspectos se pueden distinguir dentro de la prevención general positiva: 1) El efecto aprendizaje, motivado social-pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del derecho que se origina en la población por la actividad de justicia penal, el efecto de confianza surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; 2) El efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y se considera solucionado el conflicto con el autor.

- Teoría de la diferenciación

Según Landecho, cabe también señalar que, últimamente, “se ha dado un importante giro en el planteamiento tradicional de la función de la pena. Tanto las teorías absolutas como las relativas y las mixtas partan de una consideración unitaria, independiente de los distintos momentos de operatividad de la pena”.³⁴

Frente a ellas surge la que puede llamarse teoría de la diferenciación, iniciada por Shmidhauser y Roxin, que combina de una forma peculiar los puntos de vista de las distintas teorías sobre la pena asignándole funciones diversas en los distintos momentos en que opera.

La función de la pena en el momento legislativo, que tiende a la protección de bienes jurídicos y de prestaciones públicas imprescindibles (que son, según Roxin las dos únicas razones por las que se pueden imponer penas), no puede ser si no la

³⁴ Landecho, Carlos María, **Ob. Cit.** 832.



prevención general, porque la amenaza por parte del legislador al ciudadano con el castigo penal es anterior al delito. Por eso, en este momento, no sirven ni la prevención especial ni la retribución.

Es la previa delimitación del ámbito de lo punible por el legislador (dicho de otro modo, de lo que el legislador puede castigar penalmente) la que impedirá los excesos a los que la prevención general puede llevar; esto es, a convertir al ciudadano en un mero objeto de escarmiento.

En el momento de la imposición y medición de la pena, esta tiene dos funciones: servir de complemento a la función de prevención general, puesto que la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta por parte de la ley; y la realización de la justicia, en el sentido de que la pena impuesta no puede sobrepasar la culpabilidad del autor, con lo que la retribución cumple.

La última fase en la vida de la pena, la de su ejecución sirve a la confirmación de los fines anteriores bajo el punto de vista de la prevención especial. Ello supone que la pena dictada por el juez por exigencias de prevención general y dentro del límite de la culpabilidad, deberá ejecutarse de forma que tienda a la resocialización del delincuente.

La función de las medidas penales es la prevención del delito por la resocialización de un sujeto concreto peligroso; porque si se consigue que dicho sujeto abandone su carrera delincencial, se disminuirá el número de delitos de un país. Para ello que se le debe tratar de modo que su conducta se adapte al salir de la prisión a los moldes sociales adecuados.

Las medidas penales pueden ser de resocialización o de deshabitación; solo si estas fallan habrá que acudir a las medidas de seguridad, que son, por tanto, el último extremo.



Así, se va admitiendo en todos los países la inconstitucionalidad de las medidas predelictuales, que cabe aplicar en el plano voluntario. Igualmente se postula que las medidas post delictuales se apliquen voluntariamente, incluso a los condenados, entre otras razones porque a nadie se le puede obligar a cambiar de conducta contra su voluntad. También admite la necesidad de dejar en manos del equipo criminología de tratamiento de orden de la aplicación de la pena y la medida, cuando se imponen ambas por un juez, entre otras razones para que pueda así influir sobre el delincuente, a fin de que se decida a resocializarse.

2.9. Función del derecho penal

Landecho, describe la función del derecho penal de la siguiente manera: “El derecho penal es el arma más dura que pone el ciudadano en manos del Estado para que este puede asegurar la convivencia pacífica. De aquí se derivan las precauciones de todo género de la que hay que revestir su empleo, si no se quiere dejar al ciudadano desarmado ante un estado de derecho en el uso del derecho penal subjetivo como contrapartida al monopolio estatal del derecho penal y que tratan de evitar todo abuso por parte del estado de justicia social.”³⁵

2.10. Campo del derecho penal democrático

Pero el ciudadano pone esa arma en manos del Estado para que este asegure la convivencia pacífica mediante la protección de bienes jurídicos más necesitados. Por tanto el legislador penal ha de estar continuamente alerta, para detectar las conductas más perjudiciales para dicha convivencia pacífica y tipificarlas. Y, por lo mismo, ha de vigilar para despenalizar las conductas que han dejado de ser tan fuertemente dañinas para la convivencia. De donde se deriva el hecho que el derecho penal sea la parcela de derecho más necesitada de revisión de crítica.

³⁵ Landecho. *Ob. Cit.* Pág. 838.



Pero el derecho penal no está obligado a castigar todo lo malo, sino tan solo lo más perjudicial para la convivencia ciudadana en el momento histórico de que se trate. Porque el Estado pretendiera castigar penalmente todo lo malo, tendría que multiplicar desmesuradamente el aparato policial y el judicial y, además, se expondría a agarrotar la vida ciudadana.

Esto trae consigo que el derecho penal debe ser la última ratio, dicho con otro nombre, el Principio de la mínima intervención penal del Estado, principio que, aunque es universalmente admitido por la doctrina y del que con frecuencia habla el legislador, no es tan practicado por ese en la realidad, ya que por el contrario ha utilizado frecuentemente la que suele denominarse huida del derecho penal.

2.11. Selección de valores

Finalmente hay que tener en cuenta la que suele llamarse función pedagógica del derecho penal. Esto quiere decir que al hecho de estar penadas como delitos ciertas conductas, se hace que la población en general se abstenga en gran medida de ellas.

Luego cuando el Estado quiere inculcar ciertos valores entre los ciudadanos, puede y debe recurrir al derecho penal.

2.12. Función de la pena

De lo dicho, hasta ahora se deriva la función de pena en un estado de derecho. Se va a resumir brevemente, sistematizándola en las tres vertientes de la justicia de que se ha hablado.

Según el citado tratadista: "La pena tiene que cumplir la función de justicia conmutativa que es la que postulan las teorías retributivas y el principio de proporcionalidad entre el



delito y la pena. Por tanto, en ninguna hipótesis podrá sobrepasar la pena el límite merecido por el delito”.³⁶

Dentro de ese límite, la pena ha de cumplir funciones de prevención general por imperativo de la justicia distributiva. Porque el ciudadano pone en manos del Estado el terrible poder que confiere el derecho punitivo para que mantenga la paz en la convivencia social. En este sentido hay que agradecer a los partidarios de la teoría de la prevención general positiva su gran contribución al esclarecimiento de los efectos positivos de la prevención general.

Por último hay que destacar la función de justicia social que compete a la pena a través de la prevención especial. Esta función no debe limitarse a la resocialización del delincuente, sino que tiene una extensión mucho mayor; entre otros aspectos hay que incluir aquí el principio de la humanidad de las penas, el cuidado en evitar la estigmatización del delincuente y todas las tendencias modernas a suprimir en lo posible las penas privativas de libertad, principalmente en su vertiente desocializadora. Pero tampoco puede ejercitar mera prevención especial, sin tener en cuenta los imperativos de la prevención general, para no bajar el nivel de prevención de la población, al observar el trato excesivamente benigno dado a los delincuentes y el límite máximo que traza la retribución por el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

Dicho de otro modo, ninguno de los fines de la pena puede absolutizarse, sino que todos ellos deben estar en mutua relación, incluso, aunque según la teoría de la diferenciación haya que subrayar en cada una de las tres fases de la pena uno de los fines más que los restantes, en ninguna se puede prescindir totalmente de ninguno de ellos, si quiere llegar a practicar una auténtica justicia penal.

³⁶ Landecho, **Ob. Cit.** Pág. 840.



2.13. Legislación española

Las ideas que acaban de exponerse encuentran su refrendo en la legislación española.

Sigue manifestando el citado tratadista. “En primer lugar, por lo que se refiera la función primordial de la pena, no debe olvidarse que la constitución en el artículo uno regula que: España se constituye en un estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”³⁷

La caracterización del estado como Estado de derecho, implica que no puede instrumentarse al individuo en aras de la prevención, y su calificación social amplia los objetivos de la pena más allá de la pura retribución. De aquí que sean las teorías mixtas de la pena las que mejor se adecuen al marco político del estado social y democrático de derecho.

Según el citado autor, se van a distinguir en estas conclusiones, la consideración estática y dinámica, las funciones de la pena y un resumen final, y para ello explica de la siguiente forma:

“Una consideración estática de la norma penal obliga a afirmar que la pena en el derecho positivo, no solo en el español es consecuencia jurídica del delito, y en tal sentido la pena es un mal que se impone como respuesta a la comisión de un delito.

Por tanto, desde este punto de vista, la pena “es la retribución por el delito. Luego conceptualmente la pena es retribución.”³⁸

³⁷ Landecho, **Ob. Cit.** Pág. 841.

³⁸ Landecho, **Ob. Cit.** Pág. 842.



2.14. Limitaciones de la pena

Manifiesta Landecheo: "Hoy suele admitirse que la función de la pena está ligada íntimamente a la función de derecho penal en un estado social democrático de derecho".³⁹

"Ante todo no se postula la vinculación del derecho penal subjetivo, para evitar abusos estatales. Se señala también como función de la pena la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los más ataques intolerables. Para ello se postula el principio de mínima intervención penal del estado. Hay que añadir que como función de la pena la de inculcar a los ciudadanos los valores fundamentales para la convivencia pacífica, valores que han de determinarse por criterios extrapenales, de acuerdo con los derechos fundamentales de la persona."⁴⁰

Enfocada la cuestión que claro en primer lugar que la pena no puede tener meramente una función retribucionista, porque el fin del estado no es ni se puede realizar la Justicia en abstracto, sino servir al bien común de los ciudadanos por la realización de la justicia en todas las vertientes de la misma; teniendo siempre en cuenta que es el servicio del hombre y no a la inversa.

En segundo término tampoco la pena puede tener una función exclusivamente Preventiva, ni siquiera en el sentido de prevención general positiva, porque no puede convertirse en individuo en chivo expiatorio, ni tampoco puede el Estado erigirse en motor de moralización de la sociedad. Por ello la función retributiva sigue siendo el límite máximo de la pena, conforme al principio de proporcionalidad entre el delito y la pena. Luego debe concluirse que ni las teorías absolutas ni las teorías relativas son suficientes para explicar la función de la pena. Tampoco sería adecuado atribuir a la pena un amera función de prevención especial, que desmoraliza a la población en

³⁹ Landecheo, **Ob. Cit.** Pág. 843.

⁴⁰ Landecheo, **Ob. Cit.** Pág. 844.



general, al ver que se trataba al delincuente como a un enfermo y que, además en ocasiones el trato que se le daba era mejor que muchos de los restantes ciudadanos.

Luego uno de los límites de la prevención especial es el de la prevención general. El otro límite sigue siendo la retribución, porque no se puede castigar a un ciudadano con pena mayor que la que ha merecido por el delito, aunque el fin sea el de resocializarlo; ese campo quedara a lo más reversado para las medidas penales.

Resumiendo lo dicho la función de la pena, es la protección de los bienes jurídicos más importantes de los ataques más intolerables, siendo sus fines la prevención de los límites exigidos por la proporcionalidad entre el delito y la pena, propios de la retribución.

2.15. Punibilidad del delito de estafa mediante cheque

En la legislación sustantiva penal guatemalteca, este delito se encuentra regulado como estafa mediante cheque, y se comete al librar cheques sin provisión de fondos, delito denominado en otras legislaciones como delito de cheque al descubierto.

Según Sainz Cantero, la punibilidad puede ser entendida de dos formas distintas: “como una previsión legal y abstracta de la pena”; y “como posibilidad de aplicar la pena conminada a una conducta típica, antijurídica y culpable”.⁴¹

En relación a esta segunda concepción, dicho profesor define la punibilidad como: “La posibilidad jurídica de imponer una sanción penal al autor de una conducta típica, antijurídica y culpable”⁴².

⁴¹ Sainz Cantero, José, *Ob. Cit.* 123.

⁴² **Idem.**



En cambio Antón Oneca nos habla solamente de penalidad diciendo al respecto “tiene su contenido propio en el sistema del delito, pues hay acciones típicamente antijurídicas y culpables que, sin embargo, no son punibles”.⁴³

Cobo del Rosal al respecto manifiesta: “Es decir que, la pena es una consecuencia del delito, pero no forma parte como elemento integrante del mismo”.⁴⁴

Como indica Cobo del Rosal, en la historia dogmática existe una polémica sobre la naturaleza jurídica de la punibilidad como elemento integrante del delito, distinguiéndose tres corrientes: 1) La de quienes niegan a la punibilidad no sólo la condición de elemento del delito, sino Incluso la cualidad de ser nota necesaria como referencia conceptual para definirlo. 2) La de quienes la consideran simplemente una referencia conceptualmente necesaria del delito La de aquellos que la entienden como elemento esencial de la estructura del delito.

2.16. Determinación de la pena

Al hablar de la determinación de la pena nos referimos a la clase de pena a aplicar, la determinación, así como los sistemas y reglas para determinarla.

- Concepto

Se entiende por determinación de la pena la fijación de la pena que corresponde al delito. Ello afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como la cantidad de la que se señale. En un sentido amplio se incluye también la determinación de la pena la decisión acerca de la suspensión de la misma o su sustitución por otras penas o por otras medidas de seguridad.

⁴³ Oneca, José Antón, *Estafas y otros engaños en el código penal y en la jurisprudencia*” Pág. 21.

⁴⁴ Cobo Del Rosal, Manuel, “*La punibilidad en el sistema de la parte general del derecho penal español*”, Pág. 23



2.17. Determinación legal de la pena

Para determinar la pena es de gran importancia tratar los puntos siguientes:

- Criterios generales

El Código Penal Guatemalteco, sigue la orientación tradicional de determinar la penalidad de cada uno de los delitos y faltas atendiendo a los hechos consumados cometidos por sus autores. La determinación de la pena para los cómplices, la tentativa, las circunstancias modificantes etc., se realiza a partir de la penalidad precedente.

Según los autores, Héctor Aníbal de León Velasco, José Francisco de Mata Vela, Carlos Roberto Enríquez Cojulun, Carlos Enrique Estrada Arispe, Augusto Eleazar López Rodríguez, Luis Rodolfo Ramírez García, Alejandro Rodríguez Barillas “en determinación legal del marco penal las legislaciones se ubican en dos grandes sistemas”.⁴⁵

- Sistema de pena indeterminada

La pena prevista para el delito carece de límites máximos y mínimos, o de límite máximo, haciéndose depender su duración de las necesidades de reforma del delincuente. Este sistema fue defendido por el correccionalismo y por la escuela positiva, pero en la actualidad ha perdido vigencia, pues considera contrario al principio de legalidad.

⁴⁵Díez Ripolles, José Luis, Salinas Colomer, Ester Gimenez, De León Velasco, Héctor Aníbal, De Mata Vela, José Francisco, Enríquez Cojulun, Carlos Alberto, Estrada Arispe, Carlos Enrique, Ramírez García, Luis Rodolfo, López Rodríguez, Augusto Eleazar, Rodríguez Barillas, Alejandro, **Manual de derecho penal guatemalteco**, parte general, Pág. 656.



- **Sistema de pena determinada**

En ellos se asigna la pena prevista para el delito, bien mediante una pena fija, bien mediante una pena con un límite mínimo y otro máximo, cuando menos con un límite máximo.

La segunda alternativa de los sistemas de pena determinada es la más acreditada, pues frena los posibles abusos por parte de los juzgadores, sin impedirles al mismo tiempo que ejerzan una discrecionalidad limitada.

El Código Penal Guatemalteco vigente ha optado por ella, estableciendo penas elásticas para cada delito, con un límite mínimo y otro máximo, dentro de los cuales ha de moverse el legislador. No existen por consiguiente penas indeterminadas pero tampoco fijas.

Es el caso de estafa mediante cheque en Guatemala, con el Artículo 268 del Código Penal Guatemalteco, que estipula un mínimo de tres y un máximo de cinco años de pena de prisión por la comisión de dicho ilícito.

Por otro lado, hay que señalar que el delito puede tener previstas varias penas, que pueden ser acumulativas o alternativas. En primer caso la ley establece para un determinado delito dos o más penas, que deben aplicarse de manera conjunta, sin que el juez tenga posibilidad de elección.

Siguen manifestando los citados autores que "en algunos ordenamientos jurídicos cada pena, o la mayoría de ellas, contienen legalmente dentro de sí dos o tres grados, que se denominan mínimo, medio o máximo y que deben ser tenidos en cuenta por el Juez, a la hora de apreciar los preceptos que permiten graduar la pena en función de la circunstancias modificativas. Ello da lugar en ocasiones a complicadas operaciones. El



problema se acentúa si, como a veces también sucede, las diversas penas están agrupadas en diferentes escalas sin comunicación o con escasa comunicación, entre ellas”.⁴⁶ El Código Penal Guatemalteco da por el contrario, mayor libertad al juez.

Así, en el Artículo 65 del Código Penal Guatemalteco se deduce que la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes como de los otros elementos en ese precepto citado, deberá realizarse sin salir de los límites mínimos y máximos establecidos en la pena abstracta prevista para el delito.

De acuerdo con el Artículo 66 establece el procedimiento a seguir: De acuerdo en él, cuando la pena deba, por prescripción legal aumenta o disminuye en una cuota o fracción determinada, se deberá aumentar o disminuir en su caso, tanto el límite mínimo como el máximo de la pena legalmente prevista en la proporción correspondiente, obteniéndose una nueva pena con su nuevos límites mínimo y máximo.

2.18. Reglas de determinación legal de la pena

En el concurso real del delito, esto es, cuando concurren varios hechos que dan lugar a varios delitos, vienen contenidas en el Artículo 69 del Código Penal Guatemalteco vigente.

Este precepto manda imponer todas las penas correspondientes a las infracciones cometidas por el responsable, a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves.

⁴⁶ Diez Ripolles, José Luis , Salinas Colomer, Ester Gimenez, De León Velasco, Héctor Aníbal, De Mata Vela, José Francisco, Enríquez Cojulun, Carlos Alberto, Estrada Arispe, Carlos Enrique, Ramírez García, Luis Rodolfo, López Rodríguez, Augusto Eleazar, Rodríguez Barillas, Alejandro, **Ob. Cit.** , parte general, Pág. 657.



El concurso real se impone siempre una pena total, por medio de única condena que atienda, según las reglas anteriores, a todos los delitos cometidos. A ello no es obstáculo que los delitos los conozca un solo tribunal o pluralidad de tribunales, ya que en este último caso, con el fin de no perjudicar al pendo, se dispone la conexión.

Esta regla, basada fundamentalmente en la necesidad de evitar las sentencias contradictorias aun a costa de alterar las reglas generales de determinación de la competencia territorial, consideramos que se justifica aquí en razones de economía procesal y facilitación de la fijación de la pena y de la aplicación de los límites establecidos en el Artículo 69 del código penal.

De todos modos, el legislador quiere en estos casos se tenga muy en cuenta cual sea el resultado más favorable para el reo, lo que se aprecia en dos reglas del Artículo 70 que exceptúan la regla inicial. Así y en primer lugar, se le impondrán acumulativamente las penas correspondientes a cada una de las infracciones, si el tribunal considera que este modo de proceder resulta más favorable para el reo. En segundo lugar, si es un concurso ideal entre delitos castigados unos con prisión y otros con multa o entre delitos castigados con penas de multa, el juez podrá aplicar las sanciones correspondientes del modo que estime más beneficioso para el reo.

2.19. La determinación judicial de la pena

La siguiente etapa en la determinación de la pena es la obtención de una pena concreta, fija. Esta tarea corresponde al juez una vez que se ajustado a las reglas previas de determinación legal de la pena, las cuales, no olvidemos, siguen dando lugar a penas elásticas, en cuanto poseen un límite mínimo y otro máximo. A esta actividad el juez denomina determinación judicial de la pena

Las legislaciones penales suelen indicar unos criterios generales a tenor de los cuales el juez debe de llegar a la precisión de la pena concreta a imponer, evitando así una excesiva discrecionalidad que podría conducir a abusos.



Estos criterios suelen dividirse en dos grandes grupos, aquellos que se refieren a la gravedad del hecho cometido, a su contenido injusto, y los que hacen alusión a la persona del autor, a su culpabilidad.

El Código Penal Guatemalteco vigente, recoge los criterios de determinación judicial de la pena en el Artículo 65, tras recordar que la pena deberá mantenerse dentro de los límites mínimo y máximo resultantes tras la determinación legal de la sanción.

Tales criterios atienden en unos casos a la gravedad del hecho, como sucede con la mención a la extensión e intensidad del daño causado, los antecedentes personales de la víctima y aquellas circunstancias agravantes y atenuantes que tienen relación con el injusto.

Y en otros casos se refieren a la culpabilidad del autor, como pasa con los antecedentes personales de este, el móvil del delito y en cierta medida, la mayor o menos peligrosidad del culpable, además de las circunstancias atenuantes o agravantes pertenecientes a la culpabilidad.

2.20. Beneficios del Código Penal Guatemalteco al momento de imposición de la pena

El Código Penal Guatemalteco, en el Artículo 72 regula como beneficio, la suspensión condicional de la pena.

- Suspensión condicional de la ejecución de la pena

La suspensión condicional de pena es un beneficio que otorga un órgano jurisdiccional a favor de un sindicado y para ello nos es de importancia tratar los siguientes aspectos:



- **Concepto**

Significa dejar en suspenso el cumplimiento de la sanción impuesta al autor de un delito leve, si las condiciones personales del mismo autorizan la presunción de que la efectividad de esa sanción carece de objeto práctico. Si la conducta ulterior del condenado es conforme a la ley, esto es, si no comete otro delito durante un tiempo, la condena tiene por no pronunciada”.⁴⁷

2.21. Requisitos para otorgar el beneficio de la suspensión condicional de la pena

Al dictar sentencia, podrán los tribunales suspender condicionalmente la ejecución de la pena, suspensión que podrán conceder por un tiempo no menor de dos años ni mayor de cinco, si concurrieren los requisitos siguientes:

- 1º. Que la pena consista en privación de libertad que no exceda de tres años;
- 2º. Que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso;
- 3º. Que antes de la perpetración del delito, el beneficiado haya observado buena conducta y hubiere sido un trabajador constante;
- 4º. Que la naturaleza del delito cometido, sus móviles y circunstancias, no revelen peligrosidad en el agente y pueda presumirse que no volverá a delinquir.
- 5º. En los delitos contra el régimen tributario a que se refieren los artículos 358 “A” 358 “B” y 358 “C”, si el penado ha cumplido con restituir al Estado el valor de los impuestos retenidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses

⁴⁷ Maqueda Abreu, María Luisa, “Suspensión condicional de la pena y probation”, Pág.37.



resarcitorios que previa liquidación fiscal determine la autoridad tributaria, a pedido del juez competente. En este caso no se tomará en cuenta para el otorgamiento de este beneficio el límite máximo de la pena prevista en la ley para tales ilícitos.

Este beneficio se podrá otorgar al momento de dictarse el fallo, o en los casos en que exista sentencia que haya pasado por autoridad de cosa juzgada cuando el penado cumpla con el pago antes indicado.

La aplicación del beneficio en este último caso corresponderá al juez de ejecución.

La pena como es un forma de castigar al delincuente, ya sea pena de prisión o multa, o medida de seguridad y unos de los fines del derecho penal es la rehabilitación del delincuente, para reinsertarlo en la sociedad y sea útil.



CAPÍTULO III



3. Principios que inspiran al proceso penal guatemalteco

Podemos decir que los principios son axiomas, formulas universales aceptadas para aplicarse en la interpretación del derecho penal.

- Principio jurídico

Según Villalta Ramírez, define el principio de la siguiente forma: “Se entiende como fundamento del derecho, bases de un ordenamiento jurídico y por ende de las concepciones del derecho penal y procesal penal, o valores jurídicos propios de la sociedad constituyendo la parte permanente del derecho y también la cambiante y mutable que determina la evolución jurídica y solo será legitimo cuando su contenido exprese aquello que resulta judicialmente valioso en la conciencia jurídica general”.⁴⁸

- El Principio de legalidad

Artículo 1 del Código Procesal Penal Guatemalteco vigente contiene el principio de legalidad: “No se impondrá pena alguna si la ley no la hubiere fijado con anterioridad”. El Artículo 2 del citado cuerpo legal regula: “No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificadas como delitos o faltas por una ley anterior”.

Sin ese presupuesto es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal. La Constitución Política de la República de Guatemala vigente, se refiere al principio de legalidad en el Artículo 17 que regula: “No hay delito ni pena sin ley”.

⁴⁸ Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno, **Principios, derecho y garantías estructurales en el proceso penal**. Pág. 76.



- Principio de concentración

Este principio nos da el derecho de seguridad jurídica, es decir, que tenemos derecho a que se nos apliquen las leyes penales únicamente sobre aquellas acciones u omisiones que la propia ley califique como delitos o faltas. Si una acción que una persona hace dejamos de hacer no está calificada por una ley como delito o falta, no se nos puede castigar por ello.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Artículo nueve establece: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

El tratadista Muñoz Conde llama al principio de legalidad: "principio de intervención legalizada, para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo del Estado".⁴⁹

- Principio acusatorio

Se puede definir el principio acusatorio, enunciado conforme su formulación latina *Nemoludex sine actore*, "como la garantía que prescribe la prohibición de enjuiciar a una persona sin un requerimiento claro en el cual se indique con precisión los hechos que se le imputan, formulado por un apersona distinta a la que juzga".⁵⁰

- Principio del debido proceso

Debido. Según el Diccionario de la Lengua Española, se refiere a: "Deber. Como es

⁴⁹Muñoz Conde, "Derecho penal, parte general" Pág. 86.

⁵⁰ Manual del Fiscal, Ministerio Público de la república de Guatemala. Pág. 27.



debido, como corresponde o es lícito”.⁵¹

Proceso: Se refiere el Diccionario de la Lengua Española que el termino significa: “Conjunto de las fases sucesivas. ant. Der. Procedimiento, actuación por trámites judiciales o administrativos y solemnidades requeridas por el derecho”.⁵²

El tratadista Cesar Barrientos Pellecer, expone que debido proceso refiere: “nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y por la imputación de un acto calificado por ley anterior al hecho como delito o falta, ante tribunal competente y con observancia de las formas establecidas”.⁵³

- **Debido proceso como principio constitucional**

La Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 12 establece la base legal del debido proceso el cual regula: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgado por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”.

- **Independencia del poder judicial**

Premisa necesaria para poder ser objetivo o imparcial, y excluye el conocimiento de las causas penales de otros órganos que no sean los judiciales; así como reitera el principio del juez natural, que busca que ningún ciudadano sea juzgado por comisiones

⁵¹ Academia de la Lengua Española, **Diccionario de la real academia española**, Pág. 425.

⁵² Diccionario de la Lengua Española. **Ob. Cit.** Pág. 1.

⁵³ Barrientos Pellecer, Cesar, **Derecho procesal penal guatemalteco**. Pág. 81.



o tribunales especiales o sea llevado ante jueces distintos a los llamados por la ley a conocer, antes del hecho que motiva el proceso.

- Principio de presunción de inocencia

Al respecto Barrientos Pellecer: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado responsable en sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada”.⁵⁴

El estado de inocencia, consiste en el derecho de una persona que esté siendo procesada pueda defenderse con todos los medios legales que la ley otorga. Es decir, una protesta, recurso o cualquier otro medio establecido, debe de recibirse y dársele el trámite que corresponda, a fin de que al final del proceso la persona haya tenido a su alcance todos los medios de defensa válidos y legales, desde haber sido citado, oído en un proceso legalmente preestablecido ante un juez competente establecido antes del inicio de la causa, y se le considera inocente hasta en tanto no se encuentre firme y en situación de ejecutarse la sentencia que haya sido emitida en su contra”.⁵⁵

Para ello el Artículo 14 del Código Procesal Penal Guatemalteco regula: “El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o medida de seguridad y corrección.

- Principio de oralidad

Al respecto Barrientos Pellecer, expone: “La oralidad significa fundamentalmente un medio de comunicación: La utilización de la palabra hablada, no escrita, como medio

⁵⁴ Barrientos Pellecer, Cesar, Ob. Cit. Pág. 85.

⁵⁵ Idem.



de comunicación entre las partes y el juez, como medios de expresión de los diferentes órganos de prueba”.⁵⁶

Esta forma de expresión no es más que la posibilidad de exponer de manera verbal ante un juez experiencias, ideas, puntos, razonamientos. Es una forma de ejercitar derechos. Implica también este principio que el tribunal se manifieste al respecto de lo planteado de manera verbal. Sin embargo de las actuaciones judiciales habrá que dejar constancia escrita, que no significa necesariamente copia literal.

- **Principio de concentración**

Barrientos Pellecer manifiesta. “El Código Procesal Penal contiene las reglas que fijan las normas que han de seguir los actos de investigación de un hecho que reviste las características de delictivo y en el caso de determinarse la comisión del mismo, establece los requisitos para imponer las consecuencias que se deriven, las que solo pueden fijarse si existe acusación fundada y después de haber citado, oído y permitido una defensa técnica suficiente al condenado.”⁵⁷

- **Principio de contradicción**

La imparcialidad del juzgador constituye uno de los requerimientos básicos de la administración de justicia. Para asegurarla es necesario permitir a las partes impulsar el proceso bajo la dirección del juez.

Barrientos Pellecer, al respecto manifiesta: “El contradictorio empieza realmente con la formulación de la acusación por parte del Ministerio Público, después de agotada la fase de investigación y al final de la intermedia, que precisamente se orientan”.⁵⁸

⁵⁶Ob. Cit. Pág. 113.

⁵⁷Ob. Cit. Pág. 106.

⁵⁸Ob. Cit. Pág. 107.



- **La no declaración contra sí**

Contempla este principio constitucional, que no se puede obligar a un apersona a declarar en contra de sí mismo, ni declarase culpable. Es un derecho fundamental regulado también en el Artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala vigente regula: “En el proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra el cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el Artículo ocho numeral dos, inciso g), al respecto regula: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

Asimismo el Artículo 15 del Código Procesal Penal Guatemalteco, al respecto establece: “El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El Ministerio Público, el juez o el tribunal, le advertirá clara y precisamente, que puede responder o no con toda libertad a las preguntas, haciéndolo constan en las diligencias respectivas”.

- **Principio de respeto a los derechos humanos**

Al respecto el Artículo 16 del Código Procesal Penal regula: “Los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les imponen la constitución y los tratados internacionales sobre respeto a los derechos humanos”.



Este principio establece el cumplimiento obligatorio por parte de los tribunales y autoridades inmersas en el proceso penal de los derechos humanos contemplados tanto en legislación interna, como internacional ratificada por Guatemala, encuentran respaldo en los Artículos 44 y 46 Constitucionales, el nueve del Organismo Judicial y los Artículos tres y 144 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Artículo 44: “Los derechos y garantías que otorga la constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la constitución garantiza.”

Es uno de los principios fundamentales que informa al derecho guatemalteco, es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del estado constitucional de derecho.

No obstante se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

- **Principio de derecho de defensa**

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula en el Artículo 12 la inviolabilidad del derecho de defensa. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos regula en el Artículo 14 que la persona tiene derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser



informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. Asimismo, le asiste el derecho a estar presente en el proceso y hacer interrogar los testigos de cargo y descargo, a no declarar contra sí mismo y a ser asistida por abogado.

Y al respecto el Artículo 20 del Código Procesal Penal Guatemalteco vigente al respecto regula: “La defensa de la persona a o de sus derechos es inviolable en el proceso penal. Nadie podrá ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento preestablecido y ante tribunal competente en el que se hayan observado las formalidades y garantías de la ley”.

- **Principio de continuidad**

El proceso penal no debe de interrumpirse en sus etapas, y debe observarse celeridad en el mismo, puesto que es de vital importancia para el esclarecimiento del acto cometido, y solamente debería interrumpirse o hacerse cesar en los casos establecidos en el Artículo 103 del Código Procesal Penal Guatemalteco párrafo segundo que regula: “Cuando el abandono del titular o del sustituto ocurra poco antes o durante el debate, se podrá prorrogar su comienzo o suspender el debate ya iniciado, como máximo por cinco días corridos, si lo solicita un nuevo defensor; no se podrá prorrogar o suspender otra vez por la misma causa. En este caso, la intervención del defensor que hubiere sido nombrado de oficio continuará, aunque intervenga después otro defensor de confianza”.

- **Principio de única persecución**

El Artículo 17 del Código Procesal Penal Guatemalteco, al respecto regula: “Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Sin embargo, será admisible nueva persecución”.



- **Principio de cosa juzgada**

De conformidad con el Artículo 18 del código antes citado: “Un proceso fenecido no podrá ser abierto de nuevo, excepto en el caso de revisión conforme a lo previsto en este código.

En este Artículo se encuentra plasmado un principio fundamental , al que se ha denominado cosa juzgada, el cual determina que sin un proceso ha fenecido, no podrá ser abierto de nuevo, dejando a salvo el recurso de revisión, que permite reabrir un proceso incluso en la fase de ejecución de la sentencia, siempre y cuando favorezca el condenado.

- **Principio de igualdad en el proceso**

Es un derecho plasmado en el Artículo cuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala el que regula: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”

El principio de igualdad, plasmado en el Artículo cuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala, impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias.

En dicho Artículo se contempla la libertad e igualdad y consisten en que todos tenemos la misma dignidad y los mismos derechos para hacer todo lo que las leyes nos



permiten no importando si somos hombres o mujeres, ya que por el solo hecho de ser seres humanos a diferencia de los animales, tenemos garantías como personas humanas que somos.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, sino se explica en el plano de la ética, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas ya que de hecho son evidentes sus desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica. Desde esta perspectiva, la igualdad se expresa por dos aspectos: Uno, porque tiene expresión constitucional; y otro, porque es un principio general del derecho. El reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad.

3.1. Sistema acusatorio

La forma acusatoria dice Enrique Ruiz Vallido, citando a Gómez Orbaneja: "Corresponde originalmente a la concepción privada del derecho penal".⁵⁹

Sigue manifestando Ruiz Vallido: "El principio acusatorio, esencial en el ordenamiento jurídico penal, supone la consagración legislativa de la distinción entre la función de acusar y la de juzgar y el establecimiento de determinadas limitaciones en las facultades de los jueces y tribunales para la definitiva subsunción o calificación jurídica del hecho. La acusación fija un techo que el juzgador no puede traspasar. En cambio el suelo de su decisión, incluida la abolición ha de estar siempre en sus manos.

Es, pues, absolutamente, imprescindible que el acusado conozca la acusación en todos sus términos, plataforma indispensable para poder ejercitar sanción en todos sus términos, plataforma indispensable para poder ejercitar con eficacia la defensa y sin tal

⁵⁹Vallido Ruiz, Enrique, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del tribunal constitucional y tribunal supremo*. Pág. 139.



información la condena en esa concreta zona de desinformación no es procedente porque con ella se vulnera un derecho básico.

- **Antecedentes históricos**

“Es originario de Grecia y fue adoptado y desarrollado por los romanos. En un principio corresponde a la concepción privada del derecho penal, en cuanto el castigo del culpable es un derecho del ofendido, quien puede ejercitar su derecho o abandonarlo; si lo ejercita, el castigo y el resarcimiento del daño se tramitan en un mismo procedimiento”.⁶⁰

3.2. Sistema acusatorio formal o mixto

Fruto de las nuevas ideas filosóficas, como reacción ante las denuncias secretas, las confesiones forzadas y la tortura, surge en Francia un nuevo sistema procesal penal que respeta el derecho de todo ciudadano a ser juzgado públicamente en un proceso contradictorio, pero conservando un elemento del sistema anterior, el de la acusación oficial, encargada a funcionarios que de modo permanente suplan la carencia de acusadores particulares, con lo que nace el ministerio fiscal, que es órgano independiente de los juzgadores y representante de la ley y de la sociedad. Además, se conserva una fase de investigación secreta, escrita y no contradictoria, que a diferencia del sistema inquisitivo no sirve de base a la sentencia, sino a la acusación. La sentencia sólo puede basarse en las pruebas practicadas en el juicio.

Por esa mezcla de caracteres se le denomina sistema mixto y se caracteriza porque el poder estatal no abandona a la iniciativa de los particulares la investigación y la

⁶⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_procesal_penal#Sistema_acusatorio



persecución de los delitos, pero el Estado, en cuanto juzga, no investiga y persigue porque se convertiría en parte, y con ello peligraría la objetividad de su juicio.⁶¹

3.2.1. Características

4. Es inderogable.
5. El juez no procede por iniciativa propia.
6. Es contradictorio.
7. Es oral y público.

Al respecto el Artículo 304 del citado cuerpo legal, los funcionarios y agentes policiales que tengan noticia de un hecho punible perseguible de oficio, informarán enseguida detalladamente al Ministerio Público y practicarán una investigación preliminar, para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultación de los sospechosos, igual función tendrán los jueces de paz en los lugares donde no existan funcionarios del Ministerio Público o agentes de policía.

3.3. La estafa mediante cheque en el derecho comparado.

En este apartado se tratará lo relativo al delito de estafa mediante cheque regulado en otros países.



3.3.1. La estafa mediante cheque en el derecho penal argentino

Al hablar de derecho penal argentino nos referimos a lo que contempla regulado el código penal argentino respecto al delito de estafa mediante cheque.

- Del pago con cheques sin provisión de fondos

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

- 1) el que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expuesta para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación;
- 2) El que dé en pago o entregue, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado;
- 3) El que librare un cheque y diera contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago;
- 4) El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización

Haciendo un análisis de la pena que se aplica en argentina por la comisión del delito de estafa mediante cheque podemos decir que la pena mínima de prisión es de seis meses, o sea, igual que en Guatemala, por lo que en Guatemala la pena debe incrementarse para prevenir el delito.



3.3.2. La estafa mediante cheque en el derecho penal español

El derecho penal español al igual que las legislaciones de otros países penaliza la conducta delictiva producida por la expedición de cheques sin fondos de la siguiente manera:

- Emisión de cheques al descubierto

Los delitos de emisión de cheques en descubierto nacen con el texto visado de 1963, que introdujo una nueva sección, la quinta del cap. IV.

Según el Art. 563 bis b): Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas:

1. El que librare, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.
2. El que, habiendo librado un cheque o tan con provisión, retirase los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago.
3. El tomados del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su falta de cobertura.

No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedara exento de responsabilidad penal, el librador del cheque o talón que hiciere efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de su presentación al cobro.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.



En cuanto a la pena a aplicar en el derecho penal español supera al la penalidad que en Guatemala se aplica por la comisión de dicho ilícito penal, puesto que la multa es en gran cantidad, logrando con ello prevenir el delito, caso contrario en Guatemala que la multa es poca y la pena es de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a cinco mil quetzales.

3.3.3. La estafa mediante cheque en el derecho penal mexicano

La legislación penal mexicana contempla dentro del delito de fraude, la estafa mediante cheque.

Artículo 386.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que este se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro Indebido.

Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate.

No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

Las Instituciones, sociedades nacionales y Organizaciones Auxiliares de Crédito, las de Fianzas y las de Seguros, así como los organismos Oficiales y Descentralizados,



autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción.

Las infracciones anteriores se castigarán con las penas siguientes:

Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario.

Con prisión de tres a 6 años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de cien, pero no de quinientas veces el salario.

Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no solo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores, se aumentara con prisión de tres días a dos años.

Como podemos apreciar que existe una gran diferencia en cuanto a la penalidad por dicho delito respecto a la pena que por este delito se aplica en Guatemala, la pena es mayor dependiendo del monto de lo defraudado, caso contrario en Guatemala que la pena es la misma no importando la cantidad.

3.3.4. La estafa mediante cheque en el derecho penal colombiano

Colombia al igual que otras legislaciones regula lo relativo al delito de estafa mediante cheque de la siguiente manera:



- **Fraude mediante cheque**

Artículo 357. Emisión y transferencia ilegal de cheque. El que emita o transfiera cheque sin tener suficiente provisión de fondos o quien luego de emitirlo diere orden injustificada de no pago, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que el hecho no configure delito sancionado con pena mayor.

La pena se aumentará hasta en la mitad, si la cuantía del cheque fuere superior a cien mil pesos. La acción penal cesará por pago del cheque antes de la sentencia de primera instancia. La emisión o transferencia de cheque posdatado o entregado en garantía no da lugar a acción penal.

No podrá iniciarse la acción penal proveniente del giro o transferencia de cheque, si hubiere transcurrido seis (6) meses, contados a partir de la fecha de la creación.

Si comparamos la pena que contempla la norma penal respectiva en Guatemala, se puede determinar que la pena de prisión mínima es de seis meses y la máxima de cinco años y la pena mínima de multa es de cien quetzales y la máxima cinco mil quetzales, mientras que en la legislación colombiana la pena de mínima de prisión es menor y la máxima menor a la pena que se aplica en Guatemala.

En conclusión el delito de estafa mediante cheque es un tipo de conducta delictivo, típico, antijurídico, punible y culpable y es perjudicial para la víctima que fue engañada por un estafador y en Guatemala los casos por la comisión de dicho ilícito, son en gran cantidad puesto que el problema es que el citado delito, goza de muchos beneficios y el proceso penal por este delito es muy flexible logrando con ello hacer ineficaz el proceso penal.



CAPÍTULO IV

4. La ineficacia del proceso penal por el delito de estafa mediante cheque en Guatemala.

Para hablar sobre el presente tema, a criterio del autor de la presente tesis nos es de mucha importancia tratar los aspectos siguientes:

4.1. El delito de estafa mediante cheque

Este delito se comete a diario en Guatemala, por la pena muy baja que regula la ley respecto a la comisión de dicho delito.

4.1.1. Antecedentes históricos

Fue en Europa, donde se preocuparon los legisladores por tutelar la función que desempeña el cheque como instrumento de pago.

En Francia, desde mil 1,817, se sancionó al librador de un cheque sin revisión de fondos con una pena de dos meses a dos años de prisión y la multa no podía exceder del doble del valor nominal del cheque girado, ni ser inferior a la cuenta parte de este, acentuándose esta tendencia en la ley del 12 de agosto de 1,926 las cuales consideraron como coautor del delito a quien a sabiendas, recibiese un cheque no provisto de fondos.

Ha sido muchos los países que se han preocupado por la tutela penal del cheque, entre ellos, Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Bélgica, Italia, Portugal, Rusia, Uruguay, Polonia, Venezuela y Grecia, los cuales crearon figuras



delictivas que en sus lamentos coincidían en la conducta de aquellos que extendían cheques que no eran pagados al momento del cobro.

En Guatemala, la existencia del delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos pasó inadvertida, a pesar de encontrarse tipificada en el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República, que regula el en Artículo 496:” El librador debe tener fondos disponibles en el banco librado y haber recibido de este autorización expresa o tácita para disponer de estos fondos por medio de cheques. No obstante la inobservancia de estas prescripciones, el instrumento es válido como cheque”.

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

4.1. 2. Importancia de la tutela penal del cheque

Tomando en consideración las ventajas que derivan del empleo del cheque, como instrumento eficaz de pago y por consecuente, la conveniencia de su mayor circulación de dicho título de crédito y a la buena fe de las personas que lo admiten en sustitución de la moneda, emitiendo normas de carácter penal, ya que dentro del tráfico mercantil, el cheque como título de crédito que contiene una orden incondicional de pago librada contra un banco, es de gran importancia, dado su común uso en las transacciones comerciantes, fundamentadas en la confianza existente entre el librador y el y el librado.

El legislador estableció sanción penal para el caso del cheque se emita sin provisión de fondos o sin provisión de fondos, o fondos insuficientes. O sea que la buena fe del tomador será sorprendida por la emisión irregular del cheque y se originará desconfianza general, en cuanto a la aceptación del título en las transacciones.



Tomando en consideración que los cheques están destinados a servir preteritamente como medio de pago de deudas vencidas, al sustituir la circulación directa del dinero, para realizar en forma plena su función, es necesario que infunda confianza, que el tomador tenga plena certeza de su pago a la presentación del título, como si se tratase de moneda, ya que si quebranta esa confianza que el tomador tenga plena certeza de su pago a la presentación del título, como si se tratase de moneda, ya que al quebrantar la confianza en el cheque, su circulación disminuye, originando la finalización de las considerables ventajas económicas que acarrea, saliendo comprensible que prohíban todas las conductas que desvirtúen dicha función de pago.

Con la incriminación del hecho, no se pretende sancionar una estafa o el perjuicio patrimonial que una determinada persona pueda experimentar, sino suprimir el peligro que conlleva la circulación del título sin la provisión de fondos y fomentar el uso de la confianza en el título mediante la protección penal del mismo.

4.1.3. Concepto doctrinario

Los tratadistas nos proporcionan diversas conceptualizaciones del delito objetivo de estudio y al respecto Raúl Goldestein expresa que es la entrega de cualquier concepto de un cheque sin contar con la suficiente provisión de fondos, o en su defecto con autorización expresa para girar al descubierto.

Se puede deducir que la conducta ilícita se encuentra concretizada en el acto mismo del libramiento del cheque, que por causas imputables al librador y determinadas en la ley penal, no es pagado a su presentación por la constitución crediticia librada, siempre que la exhibición del documento para fines de pago tenga verificativo dentro del término legalmente establecido y que para la integración de los elementos descriptivos del tipo se requiere de una conducta material, consistente en el libramiento del cheque y de un resultado que se identifica con el impago del vinculado y es causa del acto de librar el documento.



La esencia de los fraudes punibles, o sea la estafa, reside en que elemento interno, el engaño, que es, la mutación o alteración de la verdad para defraudar el patrimonio ajeno; se obtiene el resultado mediante una manipulación o ardid, procurando llegar al dominio del activo del bien ajeno logrando vulnerar el bien jurídico protegido, el patrimonio económico de las personas, siendo el sujeto activo cualquier persona, que utiliza el ardid o engaño para inducir a error a otro. En la legislación penal guatemalteca, se agrega el ardid, siendo sinónimo de truco o trampa, pero siempre dirigido como cualquier engaño, a provocar error en el sujeto pasivo, logrando la defraudación o perjuicio concreto, valorable.

4.1.4. Definición de estafa

Varias definiciones se han dado al concepto estafa, así el tratadista Guillermo Cabanellas, dice: "Delito en que se consigue lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o abuso de confianza".⁶²

Como se puede apreciar en el concepto aludido, es muy importante el elemento de lucro que se consigue por medio de engaño, pudiéndose afirmar también que el lucro va dirigido a un menoscabo del patrimonio de persona determinada, ya que se requiere que el engaño sea premeditado para alcanzar el objetivo propuesto. De acuerdo a lo afirmado por Merlk, citado por Cabanellas, el concepto de Estafa debe tener tres elementos que son los siguientes. a) El perjuicio patrimonial intentado o conseguido, b) El ánimo de lucro y c) El engaño fraudulento. Analizando los elementos anteriores comprendemos que el perjuicio patrimonial se da cuando se menoscaban bienes de determinada persona, pues es de suponer que se espera una cosa y se reciba otra a cambio, y luego consumada la estafa el autor presente eximirse de responsabilidad penal con la transacción ulterior que pueda plantearse el sujeto pasivo. El ánimo de lucro se traduce en obtener beneficio pecuniario con facilidad, sin dar nada a cambio por medio de la buena fe del ofendido. En lo que respecta al engaño, este debe ser

⁶²Cabanellas de Torres, "Diccionario jurídico elemental", Pág. 154.



hecho por persona astuta para poder infundir confianza en la voluntad del sujeto pasivo. Este concepto, creemos que es bastante apropiado ya que reúne los elementos de lucro, engaño y perjuicio patrimonial, deduciéndose entonces que el objeto de tales elementos integrantes del delito de estafa con señalar de manera clara e inequívoca que los mismos integran la figura indicada, diferenciándose de otros ilícitos patrimoniales, tales como el robo, el hurto daños y otros.

En nuestra opinión la estafa es la conducta antijurídica que ejecuta una persona valiéndose de ardid o engaño para causar un perjuicio económico en el patrimonio ajeno.

4.1.5. Elementos específicos de la estafa

En el presente espacio se analizará cada uno de los elementos que conformar el delito referido exclusivamente, porque a medida que ha evolucionado la mente del hombre, el mismo se ha creado los medios que le sirven en su vida cotidiana para hacerla más placentera, así que el cheque es el medio para cometer la infracción a la ley penal que nos ocupa y partiendo del principio que el mismo es utilizado como pago en sus negociaciones la ley ha tratado de protegerlo para que dicho documento no pierda su credibilidad como tal.

4.1.5.1. Inducción mediante engaño

Es un tipo de conducta que utiliza el delincuente para lograr engañar a su víctima de una manera sutil e inteligente.

- Inducir

En el sentido jurídico es instigar, persuadir, provocar, o convencer para ejecutar algo,



por lo común, probablemente como una falta o delito.

Al tratar la inducción también resulta conveniente tratar lo que es el engaño.

- Engaño

Para Cuello Calón, El engaño es el elemento necesario de este delito. Consiste en aprovecharse del error provocado o mantenido por el agente en la persona engañada.

Pero no todo engaño es bastante para constituir este elemento del delito, es menester una presentación de hechos falsos mostrándolos como verdaderos, o una alteración o una supresión de hechos verdaderos.

No basta, en opinión de algunos, una conducta meramente pasiva respecto de las creencias y opiniones ajenas, es precisa la ejecución de los hechos, pero cuando exista el deber jurídico de manifestar la verdad, la actitud pasiva, el silencio, puede constituir un medio de engaño.

4.1.5.2. Error

Para el tratadista Rafael de Pina Vara es conocimiento equivocado de una cosa, de un hecho o de un derecho, que inválida el acto producido con tal vicio.

Según el tratadista Rodríguez Devesa, citado por Carlos María Landecho: "En cierto modo error contiene un ingrediente de ignorancia, de no saber. Y toda ignorancia participa de la naturaleza del error, porque no saber conduce necesariamente a la formación de conceptos equivocados o juicios falsos sobre aquello que se ignora".⁶³

⁶³ Landecho, Carlos María, **Ob. Cit.** Pág. 828.



4.1.5.2.1. Clases de error

Al hablar de las clases de error nos referimos a aquellos tipos de error en que encuadra la conducta delictiva.

- **Error esencial**

Según Landecheo, define el error esencial como: "El que recae sobre un elemento esencial de la infracción penal".⁶⁴

- **Error accidental**

El citado autor define el error accidental de la siguiente forma: "Es el que versa sobre una circunstancia accidental al delito o falta".⁶⁵

- **Error invencible**

Según el citado tratadista, en el derecho penal se habla de error invencible cuando no puede ser vencido por el sujeto, aunque hubiera podido ser vencido por el sujeto, si hubiese empleado dicha diligencia.

- **Error sobre el tipo**

Según Landecheo, "El error de tipo supone el desconocimiento de alguno o de todos los elementos del tipo del injusto".⁶⁶

⁶⁴ Landecheo, Carlos María, **Ob. Cit.** Pág. 829.

⁶⁵ **Idem.**



Según Guillermo Olivares “se refiere a los elementos que forma parte del mismo que pueden ser fácticos, valorativos e incluso normativos”.

Errores de tipo, serian no saber el librador que la tipicidad comprende librar cheques **sin fondos**, en la fecha consignada, con cualquier finalidad, o el retirar sus fondos que impidan el pago, que el negociar un cheque sabiendo que no es conforme sea un delito.

- Error sobre la prohibición

Por su parte Sainz Cantero, define diciendo: “El sujeto saber perfectamente lo que hace, pero no sabe que su conducta está prohibida por el derecho, bien por entender que no existe norma que prohíba, bien porque sabiendo que existe la norma prohibitiva, cree que las circunstancias en que actúa fundamentan la existencia de una causa de justificaciones que le permite realizar la conducta en ese concreto supuesto”.⁶⁷

Cantero, manifiesta “El librar un cheque en descubierto sin saber que es delito; o sabiendo que es delito, cree equivocadamente que al no cumplir la contraparte su obligación, el librador tiene derecho de no atender el cheque”

4.2. Estafa mediante cheque

Siendo el delito de estafa mediante cheque un delito en contra del patrimonio, y el tema principal de la presente investigación, es indispensable definirlo, y para ello recurriremos a los tratadistas siguientes:

⁶⁶ Landecho, **Ob. Cit.** Pág. 830

⁶⁷ Sainz Cantero, **Ob. Cit.** Pág. 125.



4.2.1. Definición

La estafa mediante cheque es la entrega de cualquier cheque sin contar con la provisión o en su defecto con autorización para girar en descubierto.

La estafa mediante cheque constituye el núcleo del tipo, se refiere indudablemente al librador de un cheque o sea que la conducta ilícita se encuentra en el acto mismo del libramiento del cheque, que a causas imputables al librador y determina por la ley penal no es pagada su representación por la institución crediticia librada, siempre que la exhibición del documento para fines que tenga verificación dentro del término legalmente establecido que varía en cada legislación.

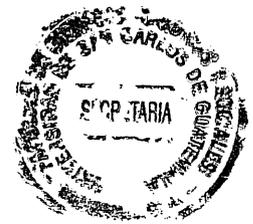
José Francisco de Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco, expresa que la estafa mediante cheque: “es la expedición de cheques sin fondos, con fondos insuficientes para cubrir el que se ha dado, o retirando los fondos antes de que los cheques puedan ser cobrados, han dado lugar a que se verifique este delito”.⁶⁸

Por su parte Miguel Bajo Fernández citando a Suárez Montes define la estafa mediante cheque de la siguiente manera: “Cuando la creencia en la existencia de fondos, provocada por el tomador con la promesa de pago, incita en el cheque sea el medio engañoso de que se sirve el librador para que aquel realice, en consecuencia el acto dispositivo, siendo indiferente que el acto de disposición proceda o siga temporalmente a la entrega del cheque”.⁶⁹

El error es el conocimiento equivocado de una situación, o sea lo contrario a lo prescrito o convenido, que no hay que confundirlo con la ignorancia, ya que el error se da cuando se tiene conocimiento equivocado acerca de algo y la ignorancia, es la carencia de todo conocimiento de algo.

⁶⁸ De Mata Vela, José Francisco, Héctor Aníbal, De León Velasco, “Derecho penal guatemalteco, parte especial” pág., 275.

⁶⁹ Bajo Ferandez, Miguel, “El delito de estafa mediante cheque en el Código Penal” Pág. 175.



4.2.2. Del delito de estafa mediante cheque

Sin embargo define lo que es el delito de estafa mediante cheque, en el Artículo 268 del Código Penal Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala de la siguiente forma: "Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su presentación, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales.

Igual sanción se aplicará a quien endosare un cheque con conocimiento de la falta de fondos del librador".

4.2.3. Elementos específicos del delito de estafa mediante cheque en la ley

Este apartado se trata de explicar los elementos específicos del delito de estafa mediante cheque regulado en el Artículo 268 del Código Procesal Penal Guatemalteco vigente.

- Libramiento de cheques sin provisión de fondos

Cuello Calón por su parte expone: "para la existencia del delito es indiferente la finalidad del libramiento. Por tanto, cualquiera que sea el contenido del contrato causal, entre librador y tomador (pago, donación, constitución de préstamo, etc.) el libramiento del cheque será constitutivo de este delito".⁷⁰

⁷⁰ Cuello Calón. *Ob. Cit.* Pág. 200.



- **Disponer de los fondos antes del vencimiento del plazo que señala la ley**

El cheque es pagadero a la vista, por lo que se tendrá que hacer efectivo al momento de su presentación por parte de la entidad bancaria. Según el Artículo 503 del Código de Comercio "Los cheques deben presentarse para su pago, dentro de los quince días calendario de su creación".

Necesario es el presupuesto de que la conducta reprochable del agente sea a título de dolo, entendido este según Jorge Alfonso Palacios Motta, así: "El dolo surge cuando entre la idea criminal y su realización medie un lapso considerable, durante el cual persiste en el agente la voluntad antijurídica". A este respecto podemos decir que el sujeto activo del delito tiene conocimiento y más que todo conciencia al momento de emitir un documento (cheque), a sabiendas de que el mismo, a su presentación no será pagado por el hecho de haber dispuesto del dinero que tenía en la entidad bancaria, antes del plazo de la presentación, o el mismo día de la emisión, poniéndose con este acto al margen de la ley, ya que con su proceder consciente, evita que se haga efectivo el instrumento, quebrantando la confianza que debe infundir el cheque.

- **Cuentas canceladas**

Rafael de Pina Vera da como concepto de cancelar: "anular, dejar sin efecto un instrumento público, una inscripción en un registro, una nota una obligación."⁷¹

Nos encontramos la situación de que la persona que emite el cheque fue cuenta-habiente del banco librado con anterioridad a la fecha de expedición del mismo teniendo en su poder el talonario de cheques respectivos y no teniendo ya autorización para emitirlos en virtud de que su cuenta que cancelada por que se agotó su depósito o por ser que el propio banco ordeno la cancelación por el mas uso que le haya dado el

⁷¹ Del Pina Vara, **Ob. Cit.** Pág. 101.



propietario sin que hubiere devuelto los documentos en blanco que le han quedado, como debió hacerlo, por lo que nos encontramos ante una conducta de dolo, no solo, por no tener fondos disponibles, sino además por no tener autorización para hacer uso del instrumento deviene pensar que da lugar a defraudación, ya que el momento de recibir el cheque, se ignora la situación que liga al banco librado con el librador, recibéndolo el beneficiario de buena fe confiando que este será pagado por estar autorizado por la institución bancaria no habiendo acción que ejercer contra el banco tiene que ser castigado el librador por haber incurrido en un delito, por haberlo girado a sabiendas de que el mismo no sería pagado por estar cancelada la cuenta en la entidad bancaria respectiva.

- **Revocación de pago**

Del ya citado autor De Pina Vara, encontramos la siguiente definición de revocación: "Acto jurídico en virtud del cual una persona se retracta del que ha otorgado en favor de otra, dejándolo sin efecto".⁷²

El librado se obliga a atender las órdenes de pago que el librador le da. Desde una punta de vista estrictamente jurídica, debería afirmarse que el librador puede revocar cuando y como le parezca la orden de pago que dirigió al librado. Esto es, que teóricamente debería admitirse sin restricciones la revocación del cheque.

Sin embargo, consideraciones de orden práctico hacen aconsejable el sistema de irrevocabilidad con el fin de proteger al tenedor en contra de una conducta arbitraria del librador. En este punto se observa la contradicción entre las construcciones teóricas y las exigencias de los intereses necesarios para la protección del instrumento. Nadie admitiría un cheque en lugar de pago en dinero si estuviere expuesto a una inopinada revocación, quizá inmediata a la entrega del documento ya que la Ley debe proteger la confianza del tomador en que el cheque vale como dinero en efectivo.

⁷² Del Pina Vara, **Ob. Cit.** Pág. 102.



El Código de Comercio en el Artículo 507, estipula que la revocación surte efectos después que haya transcurrido el tiempo que la ley señala para su presentación y a manera de excepción lo podrá hacer en cualquier momento:

- a) Cuando el cheque sea sustraído por una persona extraña.
- b) Cuando haya sido extraviado, quedando abierta la acción criminal si la revocación se hiciera en contra de lo dispuesto por este artículo de este modo se fortalece el valor del cheque como instrumento de pago como moneda efectiva y como pago al contado, se protege la buena fe del tenedor y los bancos pueden hacer el pago siempre que se haga durante la fecha que estipula el documento cuando este dentro del plazo señalado, y se deduce que mientras no transcurra el tiempo el cheque es irrevocable.”

En términos generales la doctrina y la ley consideran acertada la solución legal de la irrevocabilidad del cheque durante el plazo de su presentación, como medio eficaz de proteger la seguridad del tráfico, evitando que el tenedor sea privado de su derecho por una conducta arbitraria del librador.

Si el librador revoca el pago del cheque antes del transcurso del plazo para su presentación por cualquier causa que no sea extraviado o sustracción del mismo, el librado puede atender la contra orden sin responsabilidad para con el tenedor, ya que no hay ninguna acción que pueda devenir de tal circunstancia pero queda vigente la acción que pueda hacer valer el tenedor de buena fe del cheque en cuanto a la contra-orden recibida por el banco.

Sin embargo nos damos cuenta que el banco sea cual fuere la circunstancia, está obligado a obedecer la orden del librador aun no habiendo transcurrido el tiempo de su presentación, dejando de esa forma sin protección al tenedor del cheque.



- **Adquisición por tercera persona a consecuencia de un acto ilícito**

En relación a este tema decir que todo cuenta habiente cuando le es sustraído, se le ha extraviado un cheque, un talonario tiene la obligación de hacerlo del conocimiento de la institución bancaria correspondiente lo antes posible de esta forma el banco recibiendo el aviso y tomando nota del mismo al momento de ser presentado para su pago un cheque bajo estas condiciones deberá de ser rechazado por chequera robada o extraviada y no por falta de fondos, como muchas veces sucede y el notario que faccione el acta de protesto deberá hacer constar dicha circunstancia.

Asimismo, el banco en el momento de imprimir el sello de la cámara de compensación deberá explicar la razón del rechazo para su pago, dándole de esta forma más seguridad a su cliente. Por otro lado en proceso seguido al encausado que se encontró una chequera que había sido extraviada por el titular o en el caso de que se la habían robado y la usó se irroga un daño en el patrimonio del particular titular de la cuenta y no del patrimonio de la persona que recibió el cheque ya que para faccionar un documento de esta naturaleza como expusimos anteriormente se necesita de una autorización y no teniendo dicha autorización se comete otro delito que sería el de robo y en todo caso el de falsedad de documento, no así del delito que ocupa.

El autor Cervantes Ahumada en relación a lo dicho expone: "Y se considera que el librador tiene tal culpa, en, caso de falsificación de su firma cuando el cheque está extendido en talonario que le hubiere proporcionado el librador, si el librador no avisa a este "oportunamente, el extravío de los respectivos esqueletos".⁷³

Puede decirse que la alteración y falsificación de firma es siempre en perjuicio del librador, salvo que haya dado aviso del extravío del esqueleto, o que la falsificación alteración sea notorias.

⁷³ Cervantes Ahumada, Raúl, "Títulos de crédito" Pág. 140.



De lo anterior se puede colegir que la persona que gira un cheque que llega a su poder por ilícito procedimiento o extraviado no comete el delito de Estafa Mediante Cheque sino otra figura delictiva.

“El librar un cheque en descubierto sin saber que es delito; o sabiendo que es delito, cree equivocadamente que al no cumplir la contraparte su obligación, el librador tiene derecho de no atender el cheque”.⁷⁴

En cuanto al titular de la cuenta tiene que probar fehacientemente que no fue el, el emisor del cheque y que dio su aviso oportunamente para librarse de toda responsabilidad frente al tenedor del documento.

4.3. Momento consumativo del delito

El momento consumativo del delito consiste en que se dieron todos los elementos para constituirse una acción o conducta humana en la infracción de una norma penal especial.

- Concepto

Para Guillermo Cabanellas, el delito consumado es “La acción u omisión voluntaria penada por ley cuando concurren todos sus elementos de su tipificación”.⁷⁵

Cuello Calón, “Cuando voluntariamente se han realizado todos los elementos que integran la figura del delito y se ha lesionado el bien jurídico objeto de la protección, el delito está consumado”.⁷⁶

⁷⁵ Guillermo Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 99.

⁷⁶ Cuello Calón, Eugenio, “**Derecho penal**” Pág. 186.



Agrega el mismo autor, que “la diferencia que existe en los delitos de lesión y de peligro, se tiene que tomar en cuenta que en lo últimos, la consumación no implica la lesión del bien jurídico protegido, ya que es indiferente si se ha llegado a conseguir el fin propuesto, y por el contrario en el delito de lesión existe cuando el delito ha producido todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación y esa actitud no puede ser cambiada” ⁷⁷

El Código Penal Guatemalteco vigente tipifica el delito consumado en el Artículo 13 que regula: “El delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación”.

Se infiere de lo anterior que la infracción penal queda consumada, cuando la ejecución del hecho se han integrado todos los elementos necesarios para la existencia de la figura delictiva, tanto internos como externos del delito, que lo constituyen; la acción o la omisión penada por ley; la acción o la omisión plena y totalmente realizada, pues desde el momento que el acto punible ha llegado a su total desenvolvimiento o, cuando el culpable ha de haber hecho cuanto estuviere de su parte para perpetrar el delito con voluntad y conocimiento del ilícito que está cometiendo, pues en su actuar y en su pensamiento concurre la intención de dañar un bien jurídico tutelado por la ley y ejecuta paso a paso los hechos para cometer el delito y obtener el resultado.

En el delito de estafa mediante cheque, que nos ocupa, para poder determinar realmente cual es el momento de su consumación, creemos oportuno hacer un análisis del tiempo de presentación del mismo, así como del protesto del cheque ante la institución bancaria librada, ya que es en esa etapa de preparación del delito, cuando el ofendido o sujeto pasivo se da cuenta del engaño que ha sido objeto; que han sorprendido su buena fe, al recibir un cheque sin fondos y así determinar si es en ese momento en el que realmente se tiene por cometido y por ende consumado.

⁷⁷ Ídem.



- Tiempo de presentación del cheque

Como sabemos el cheque es un título de presentación, el pago presupone su presentación y sin esta no es posible el pago. Por su presentación podemos decir que es el acto jurídico del tenedor del cheque, que consiste en la exhibición material del cheque hecha al banco librado en el tiempo y lugar establecidos en la ley, a efecto de obtener el pago.

El efectivo cumplimiento de la obligación es lo que se entiende en términos generales por pago, constituye el fin normal de la orden en el determinada de acuerdo con el propósito de su creador, y sin su presentación no es posible el pago, en nuestro medio los cheques deben presentarse para su pago, dentro de los quince días de su creación, según el Artículo 511 del Código de Comercio, no obstante lo anterior, aunque haya transcurrido el plazo máximo fijado que la ley determina para su presentación el banco puede pagarlo dentro de los seis meses de su creación, si tiene fondos disponibles el girador según el Artículo 508 del Código de Comercio Guatemalteco. Según la doctrina y el autor Edmundo Vásquez Martínez, si el cheque no es presentado oportunamente corre su tenedor de los riesgos siguientes:

- a) Pierde la acción cambiaria directa, en la vía de regreso, así como la acción cambiaria contra los avalistas del librador y de los endosantes si los hubiere, esta pérdida de la acción cambiaria del cheque está regulada en la legislación, en el Artículo 513 del Código de Comercio Guatemalteco.
- b) El librador puede revocar la orden contenida en el cheque una vez transcurrido el plazo de presentación por lo que el tomador negligente se expone a que su cheque no puede ser pagado por la institución bancaria según el Artículo 507 del Código de Comercio.



- c) Pierde la protección de la ley penal, que esta exige la presentación oportuna del cheque como requisito indispensable para que en el caso que este no sea pagado, se configure el delito de estafa mediante cheque.

Para que el pago del cheque surta sus efectos en las relaciones del librador con el librado, es preciso que se autorice a la persona legítima para recibir el pago; de ahí que la cesión del cheque es condición mínima para ejercitar la autorización de cobro referida por el librado. El cheque esta expedido, a la orden o al portador, es válido el pago hecho a quien aparezca como poseedor, la posesión es condición mínima, y al mismo tiempo, suficiente para legitimarse como titular, aunque el verdadero titular sea otra persona. El librado no solo está en el deber de un mayor examen de titularidad del presentante, sino que tampoco está autorizado para hacerlo, siendo responsable ante el librador del daño causado si suspende el pago para comprobar el derecho del portador, esta regla no releva sin embargo, al librado de excusar el pago inmediato y proceder a un examen más determinado por la legitimación del portador, cuando se ha recibido aviso del librador advirtiendo la pérdida o la sustracción del cheque, o cuando mediante otras circunstancias que autoricen la sospecha contra el presentante. En el acto de presentación del cheque intervienen, el tenedor del cheque y el banco librado, el tenedor en carácter de titular del derecho de cobrar la suma de dinero que se ampara el cheque, por haberlo recibido por endoso o simple tradición, si se trata de documento al portador, y el banco girado que es la institución que ha autorizado al librador para disponer de los fondos disponibles mediante la emisión del cheque.

- El protesto

El tomador o tenedor del cheque tiene a su cargo el presentarlo en tiempo para efecto de ser pagado por el banco librado, según el Artículo 502 del Código de Comercio, en caso de que el cheque no sea pagado, surge para el tenedor la necesidad de hacer constar la presentación en tiempo (quince días) y la negativa del pago, por medio del protesto según el Artículo 399 y 501 del Código de Comercio, el cual debe realizarse antes de expirar el plazo para su presentación.

- **Concepto**



Para Roberto Paz Álvarez, el protesto es: “El acto mediante el cual se hace constar la presentación en tiempo y la negativa de aceptación o de pago de un título de crédito”.⁷⁸

En dicho concepto tendría que entrar a polémica a quien se refiere el oficial público, creemos que es el empleado del banco encargado de la ventanilla de receptor-pagador.

El protesto es un acto notarial que acredita frente a todos el exacto cumplimiento de la obligación de diligencia impuesta por la ley al tenedor de la letra.

El protesto puede definirse como el acto notarial por el cual se hace constar la presentación en tiempo del cheque y la negativa de pago o el pago parcial.

Nos damos cuenta que en el primer concepto el autor se circunscribe a hablar del protesto únicamente en la letra de cambio, sin tomar en cuenta que por falta de pago en el cheque, constituye el elemento fundamental para el ejercicio de las acciones cambiarias lo que hace suponer que en protesto en el cheque tuvo su origen posteriormente.

Podemos agregar que los fines del protesto consisten en probar el cumplimiento fundamental de las obligaciones que implica la tenencia del cheque y conservación de derecho que se perderían al faltase el protesto y solamente por el incumplimiento de ciertas obligaciones.

Tomando en cuenta que el protesto y su finalidad ha originado discrepancia doctrinaria, como lo dice el autor nacional Edmundo Vásquez Martínez lo que persigue es el hecho de hacer constar la negativa de pago, y su presentación en tiempo.

⁷⁸ Paz Álvarez, Roberto, “Las cosas mercantiles”, Pág. 64.



Así mismo podemos probar que el protesto prueba los hechos siguientes:

- a) Cumplimiento del tenedor de haber presentado el cheque dentro del término legal para su pago, reservándose de esta forma el derecho de ejercitar las acciones civiles y penales.
- b) La falta de fondos disponibles del girador en su banco librado, para cubrir el monto del cheque.
- c) Decisión por parte del tenedor, de aceptar o no un pago parcial.
- d) Cumplir con el requisito independiente para reservarse la potestad de ejercer las acciones cambiarias.

Creemos pertinente hacer un análisis sencillo sobre la forma que puede efectuarse el protesto:

- a) Por medio de acta notarial.
- b) Por razón puesta por el banco en el propio documento.

Concluyendo podemos decir que para la consumación del delito de estafa mediante cheque, primeramente tiene que girarse el cheque, por supuesto llenando los requisitos de formas que requiere la ley para que tenga validez el mismo, luego de hacer la presentación ante el banco librado quien es, sobre el que recae la obligación de hacerle efectivo, y es cuando la persona deja de percibir el bien que formara parte de su patrimonio que es el dinero, y se lesiona el bien jurídico tutelado, ya que el cheque conlleva una orden incondicional de pago y no es pagado por el banco librado para carecer el librador de fondos disponibles para hacerlo efectivo nos encontramos ante el delito consumado.



4.4. La exigibilidad

La exigibilidad no es sino la esencia mismo del deber, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico que lo impone.

Lo hay cuando el hombre medio, situado en idénticas circunstancias externas impulsado por la mismas motivaciones, y en semejantes condiciones personales en que ha actuado el autor concreto, se hubiera comportado de acuerdo con el deber. Para dicho autor, la exigibilidad es un deber que presupone un poder.

¿Qué es lo que resulta exigible?

El delito de estafa mediante cheque es un delito de mera actividad o formal, en definitiva lo que se exige es:

- Referente al librador

Librar, extender, expedir o crear un cheque, que en la fecha consignada en el mismo, haya fondos suficientes.

No retirar, apartar, separar o sacar, los fondos que impidan su pago total o parcial.

- Referente al tomador

No entregar, no poner a disposición, no dar o no donar, un cheque a sabiendas de su falta de cobertura.

En consecuencia, es conveniente que analicemos por partes los dos aspectos que distingue Jescheck sobre la infracción de la norma y son:



- Cuidado Interno

Según dicho autor, para ello “el primer deber que se deduce de la exigencia general de cuidado, es el de advertir el peligro para el bien jurídico protegido”.

Para ese grado de atención, son determinantes, en especial la proximidad del peligro y el valor del bien jurídico a que el mismo afecta. Así como advertir el peligro en abstracto, según el especial conocimiento del autor.

- Cuidado Externo

De la posibilidad de advertir el peligro, se sigue el deber de realizar un comportamiento externo correcto, con objeto de evitar la producción del resultado típico.

De este deber de cuidado, se requiere, el supuesto más sencillo, que se abandone la ejecución, de aquellas acciones apropiadas para realizar el tipo imprudente.

Pero más frecuente sigue diciendo Jescheck, el caso de que la acción peligrosa pueda en si misma ser realizada, porque causa una utilidad social, en la vida moderna.

No puede prescindirse de ella. Aquí el deber de cuidado obliga a aplicar todas las medidas necesarias de prudencia, control y supervisión.

Lo que se exige en realidad es que no se emitan cheques sin provisión de fondos, se retiren los fondos antes de que expire el plazo para su presentación, que se endosen los cheques sin cobertura.



La punibilidad puede ser entendida de dos formas distintas: Como una previsión legal abstracta de la pena; y como posibilidad de aplicar la pena conminada a una conducta típica, antijurídica y culpable.

La punibilidad como: La posibilidad jurídica de imponer una sanción penal al autor de una conducta típica, antijurídica y culpable.

La punibilidad forma parte y es elemento integrante del concepto de delito, en base a dos consideraciones: la existencia de excusas absolutorias y causas personales de exclusión de la pena.

Es una consecuencia del delito, pero no forma parte como elemento integrante del mismo.

4.5. La punibilidad en el delito de estafa mediante cheque

Como se explicó anteriormente en la legislación sustantiva penal guatemalteca, este delito se encuentra regulado como estafa mediante cheque, y se comete al librar cheques sin provisión de fondos al que otras legislaciones le denominan delito de cheque en descubierto o fraude mediante cheque.

En relación a esta segunda concepción, la posibilidad jurídica de imponer una sanción penal al autor de una conducta típica, antijurídica y culpable.

La punibilidad forma parte y es elemento integrante del concepto de delito, en base a dos consideraciones: la existencia de excusas absolutorias y causas personales de exclusión de la pena.



- **Naturaleza jurídica**

En la historia dogmática existe una polémica sobre la naturaleza jurídica de la punibilidad como elemento integrante del delito, distinguiéndose tres corrientes: La de quienes niegan a la punibilidad no sólo la condición de elemento del delito, sino Incluso la cualidad de ser nota necesaria como referencia conceptual para definirlo y la de quienes la consideran simplemente una referencia conceptualmente necesaria del delito la de aquellos que la entienden como elemento esencial de la estructura del delito.

4.6. La responsabilidad civil en el delito de estafa mediante cheque

La acción civil es de naturaleza rogatoria, es decir, los tribunales no podrán sobrepasar la cuantía de lo pedido, ni podrán por la misma razón hacer pronunciamientos no solicitados a favor de personas distintas a los que los accionistas hayan señalado como beneficiarios, o en nombre de cuales se acciona.

4.7. Vía procesal para juzgamiento de estafa mediante cheque

La vía procesal para el juzgamiento de estafa mediante cheque es un procedimiento específico, llamado juicio por delito de acción privada de conformidad con el título tercero, del libro cuarto del Código Procesal Penal Guatemalteco.

4.7.1. La acción privada

En el juicio por delito de acción privada, el Ministerio Público, no toma a su cargo el ejercicio de la acción, sino que es competencia directa de la víctima o, en su caso, de sus herederos. A ella le competirá preparar su acción y presentar su querrela. Además



el querellante tiene plena disposición sobre la acción, pudiendo desistir y renunciar a la acción en cualquier momento del proceso.

4.7.1.1. Definición

“Es aquella acción que sólo puede ser ejercida por la víctima del delito”.⁷⁹

“El monopolio para ejercer la acción penal porque la ley exige querrela del ofendido para el comienzo del proceso”.⁸⁰

4.7.1.2. Características

Al hablar de las características nos referimos a que es y cómo es la acción privada.

- Voluntaria

En el acto de promover la acción penal privada priva la voluntad del titular.

- Renunciable

La acción penal privada es renunciable.

- Relativa

La acción penal privada es relativa, por cuanto la administración de todo el proceso penal y, sobre todo, la capacidad de ejercitar el ius puniendi está en manos del Estado, el particular tiene por tanto sólo facultades que se enmarcan dentro del control penal estatal.



Respeto a la querrela, el Artículo 302 del Código Procesal Penal Guatemalteco regula:
La querrela se presentara por escrito, ante el juez que controla la investigación.

El Artículo 474 del mismo cuerpo legal regula: “Quien pretenda perseguir por un delito de acción privada, siempre que no produzca impacto social, formulara acusación, por si o por mandatario especial, directamente ante el tribunal de sentencia competente para el juicio, indicando el nombre y domicilio o residencia del querrellado y cumpliendo con las formalidades requeridas”.

De conformidad con el Artículo 24 Quáter del Código Procesal Penal: “Serán perseguibles sólo por acción privada, los delitos siguientes:

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

El citado Artículo regula: En todos los casos anteriores, se procederá únicamente por la acusación de la víctima conforme al procedimiento especial regulado en este código.



4.8. Iniciación

Al hablar de iniciación nos referimos a la forma de dar inicio al proceso.

4.8.1. La querella

Es una forma de iniciar el proceso.

4.8.1.1. Concepto

Toda persona con capacidad civil que se pretenda ofendida por un delito de acción privada, tendrá derecho a presentar querella ante el tribunal de juicio competente, y a ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria.

Igual derecho tendrá el representante legal del incapaz, por los delitos cometidos en perjuicio de este.

4.8.1.2. Definición

Par Usen define la querella como: “Un acto de iniciación procesal, de naturaleza formal, donde el interesado o querellante previamente debe cumplir con determinados requisitos procesales que la ley exige para poner en movimiento al órgano jurisdiccional y al órgano encargado de la persecución penal”.⁸¹

Par Usen citando a Jiménez Asencio define la querella como: “Aquel escrito que, extendido en forma, se presente ante juez penal, o tribunal competente, ejercitando una

⁸¹ Par Usen, José Mynor, *El juicio en el proceso penal guatemalteco*, Pág. 153.

acción de carácter personal determinada al presunto responsable de un delito.



Por su parte Herrate, define la querrela como: “ Es un acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional por lo que además de poner en conocimiento la comisión de un hecho delictuoso, solicita la iniciación de un proceso, propone pruebas o diligencias, pide la detención del imputado y que se emita sentencia condenatoria”.⁸³

El Manual del Fiscal define la querrela de la siguiente manera: “La querrela es un acto de ejercicio de la acción penal mediante el cual el interponente adquiere en el proceso la calidad de parte”.⁸⁴

La querrela es el acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional competente, por la que el sujeto de la misma, además de poner en conocimiento de aquél la **notia criminis** como noticia criminal, ejercita la acción penal, regulándose actualmente en el Código Procesal Penal Guatemalteco.

4.8.1.3. Características

1. Es un acto procesal por medio del cual se inicia un proceso penal.
2. Es una declaración de voluntad en la que se pone del conocimiento la comisión de un delito.
3. Puede ser hecha por cualquier persona, siempre que el delito sea de acción pública.
4. El querellante debe proponer las evidencias, informaciones y pruebas que fundamente su acusación.

⁸² *Idem.*

⁸³ Herrate, Alberto, **Introducción al derecho procesal penal**. Pág. 65.

⁸⁴ Ministerio Público de la República de Guatemala, **Manual del fiscal**. Pág.203.



5. Se pide una sentencia de condena contra el acusado.

Toda persona con capacidad civil que se pretenda ofendida por un delito de acción privada, tendrá derecho a presentar querrela ante el Tribunal de Sentencia competente, y a ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria por los delitos cometidos en perjuicio de este. Igual derecho tendrá el representante legal del incapaz.

4.8.1.4. Formalidades de la querrela

La legislación procesal penal guatemalteca determina expresamente cuales son los requisitos que debe de cumplir una querrela regulado en el Artículo 302 que preceptúa: “La querrela se presentará por escrito, ante juez quien controla la investigación y deberá contener: 1) Nombres y apellidos del querellante y, en su caso el de su representado. 2) Su residencia. 3) La cita del documento que acredita su identidad. 4) En el caso de entes colectivos, el documento que justifique su personería. 5) El lugar que señala para recibir citaciones y notificaciones. 6) Un relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, víctimas y testigos, 7) Elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidas; y 8) La prueba documental en su poder o indicación del lugar donde se encuentra.

Si faltara alguno de estos requisitos el juez, sin perjuicio de darle trámite inmediato, señalara un plazo para su cumplimiento. Vencido el mismo, si fuese un requisito indispensable, el juez archivará el caso hasta que se cumpla con lo ordenado, salvo que se trate de delito público en cuyo caso procederá como en la denuncia.

4.9. Clases de querrela

Al respecto Par usen manifiesta: “En la doctrina procesal penal se conocen dos clases



de querellas una conocida como querella pública, y la otra como querella privada.

La primera se da cuando el agraviado lo presenta por delitos de acción pública, cuya persecución también puede darse de oficio por el órgano encargado de la persecución penal. También lo puede hacer cualquier persona ante el órgano jurisdiccional competente y persigue asegurar una sentencia condenatoria contra el acusado. La segunda, alude a los delitos de acción privada, donde el agraviado u ofendido es el único titular de ejercer la acción penal, en cuyo caso el querellante exclusivo debe formular la acusación, por sí o por mandatario especial, directamente ante el Tribunal de Sentencia para la realización del juicio correspondiente”⁸⁶

4.10. Investigación preparatoria

Cuando fuere imprescindible llevar a cabo una investigación preliminar por no haber sido posible identificar o individualizar al querellado o determinar su domicilio o residencia o fuere necesario establecer en forma clara y precisa el hecho punible, el querellante lo requerirá por escrito, indicando las medidas pertinentes. El tribunal así lo acordara y enviara el expediente al Ministerio Público para que actúe conforme las reglas de la investigación preparatoria, quien lo devolverá una vez concluidas las diligencias.

4.11. Mediación y conciliación

Previo a acudir a la audiencia de conciliación, las partes podrán someter su conflicto al conocimiento de centros de conciliación o mediación, para que, una vez obtenido el mismo, se deje constancia de lo que las partes convengan en el acta simple que se presentará al tribunal para su homologación, siempre que con dicho acuerdo no se

⁸⁶ Par Usen, **Ob. Cit.** Pág. 156.



violen preceptos constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En caso de que el acuerdo de mediación no se suscriba en el plazo de treinta días, las partes quedan en la libre disposición de acudir a la jurisdicción para accionar en la forma correspondiente. Admitida la querrela, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación remitiendo al querrellado una copia de la acusación.

La audiencia será celebrada ante el tribunal quien dará la oportunidad para que querellante y querrellado dialoguen libremente en busca de un acuerdo. El resultado de la audiencia constará en acta y se consignará lo que las partes soliciten.

4.12. El imputado

Si el imputado concurriere a la audiencia de conciliación sin defensor, se le nombrará de oficio. De igual manera se procederá si no concurriere, habiendo sido debidamente citado y no justificare su inasistencia. El procedimiento seguirá su curso.

Cuando el imputado no hubiere concurrido a la audiencia de conciliación, el tribunal, previo a ordenar la citación a juicio, lo hará comparecer para identificarlo debidamente, que señale lugar para recibir citaciones y notificaciones y nombre abogado defensor, advirtiéndole sobre su sujeción al procedimiento.

4.13. Medidas de coerción

Sólo se podrán ordenar medidas de coerción personal para la citación y los que correspondan al caso de peligro de fuga u obstaculización para la averiguación de la verdad.



4.14. Finalización

Por acuerdo en la conciliación o en la mediación. Si no se llega a un acuerdo, el tribunal citará a juicio en la forma correspondiente.

4.15. Procedimiento posterior

Finalizada la audiencia de conciliación sin resultado positivo, el tribunal citará a juicio en la forma correspondiente. El término final para la incorporación forzosa o espontánea de tercero civilmente demandado coincide con el vencimiento de plazo de citación a juicio.

En lo demás, rigen las disposiciones comunes. El querellante tendrá las facultades y Obligaciones del Ministerio Público.

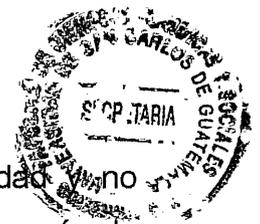
El querellado podrá ser interrogado, pero no se le requerirá protesta solemne. En los juicios en donde la moralidad pública pueda verse afectada, las audiencias se llevarán a cabo a puertas cerradas.

4.16. Desistimiento tácito

Se tendrá por desistida la acción privada:

Si el procedimiento se paralizare durante tres meses por inactividad del querellante.

Cuando el querellante o su mandatario no concurriere a la audiencia de conciliación de debate sin justa causa, la cual deberá ser acreditada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes la fecha señalada.



Cuando muera el querellante. Asimismo, cuando le sobrevenga incapacidad y no comparezca ninguno de sus representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o la incapacidad.

4.17. Renuncia, retractación y explicaciones satisfactorias

La retractación oportuna, las explicaciones satisfactorias, la renuncia del agraviado u otra causa similar de extinción de la acción penal, prevista en la ley, provocará inmediatamente, el sobreseimiento.

4.18. Desistimiento expreso

El querellante podrá desistir en cualquier estado del juicio, con la anuencia del

querellado sin responsabilidad alguna; en caso contrario, quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores. El desistimiento deberá constar en forma auténtica o ser ratificado ante el tribunal.

4.19. Efectos del desistimiento

Cuando el Tribunal declare extinguida la pretensión penal por desistimiento del querellante, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas, salvo que las partes hubieran convenido, a este respecto, otra cosa.



4.20. Ultima ratio e intervención mínima

El derecho penal en su acepción tradicional se identifica como una forma de control social formal de reacción, acaso el más violento de los métodos utilizados para la consecución de sus fines.

Dicho de una manera sencilla hablar de derecho penal mínimo es llevar a la esfera de aplicación del derecho penal el mínimo de conductas transgresoras. En la evolución del ius puniendi podemos apreciar que no ha sido lineal, pacífica y que por demás no apunta a límites concretos. Hay quienes afirman que el derecho penal camina hacia su propia tumba y será reemplazado por un nuevo derecho correccional construido sobre bases positivistas.

El derecho penal no es el único medio de control social. Entonces porque hacer un uso extensivo de este. Los bienes jurídicos tienen en el derecho penal un instrumento para su protección, pero no el único. Este derecho no interviene en las primeras fases del delito sino una vez que este se ha manifestado.

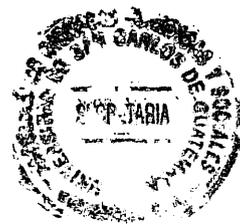
Según el principio de intervención mínima, el derecho penal debe ser la última ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del derecho penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito).

Lo que la cirugía es a la medicina, el derecho penal es para el derecho, el derecho penal tiene la tarea más ingrata y temible, la de sancionar con penas los ataques más intolerables y graves a bienes elevados a la categoría de jurídicos y protegidos por normas penales, es por ello que primero se deben agotar todas las demás ramas del derecho para después aplicar el derecho penal, en materia procesal primero se busca lograr acuerdos, conciliaciones, mediaciones para que el conflicto pueda ser



solucionado con medios menos radicales que el proceso penal propiamente dicho. En el caso del delito de estafa mediante cheque no se tramita por la vía civil inicialmente en virtud de que al estar tipificado en la ley como delito debe agotarse previamente esta vía para optar a un juicio ejecutivo cambiario.

De lo anterior se puede concluir que el proceso penal por el delito de estafa mediante cheque es ineficaz en virtud de que el procedimiento para el juzgamiento de este delito es muy flexible; podemos decir que es eminentemente conciliador, acuerdos que en muchos casos no se cumplen por parte del delincuente estafador en virtud de que tiene el pleno conocimiento de la forma en que se le procesa y por consiguiente, delinque una y otra vez, convirtiéndose este acto en un **modus vivendi** para él, por lo que el derecho penal queda muy lejos de cumplir con sus fines, la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente para reinsertarlo en la sociedad y le sea útil por lo que se debe reformar el Artículo 268 del Código Penal Guatemalteco, aumentando la pena por la comisión de dicho ilícito penal y con ello prevenir el delito.



CONCLUSIONES



1. En Guatemala se da frecuentemente la comisión del delito de estafa mediante cheque y el proceso penal por este delito es retardado, debido a la carga laboral del Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal competente para conocer el referido delito y por ello es ineficaz, e inoperante pues raras veces se dicta una sentencia condenatoria.
2. En Guatemala muchas personas son perjudicadas económicamente por la comisión del delito de estafa mediante cheque, quienes son defraudadas patrimonialmente por haberse dejado engañar al recibir un cheque sin provisión de fondos, por haber dispuesto de los fondos antes del vencimiento del plazo que regula la ley, con cuentas canceladas o con revocación de pago.
3. La pena por la comisión del delito de estafa mediante cheque en Guatemala es muy baja, situación que el órgano legislativo dejó de prever, no logrando con ello la prevención del delito y por ello el delincuente no teme en delinquir a sabiendas que goza de beneficios que le otorga la ley, incluso al dictar sentencia con suspensión condicional de la ejecución de la pena
4. En el proceso penal por la comisión del delito de estafa mediante cheque, la cantidad de desestimaciones por este delito son numerosas en virtud de que el querellante paraliza por su inactividad por un tiempo determinado su acción ante el órgano jurisdiccional competente, incitando la actividad jurisdiccional de una manera irresponsable por parte del querellante, terminando con ello el proceso.
5. La cantidad de desistimientos por este delito son una cantidad considerada en el Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal, lo que refleja que el proceso se queda a medias en su desarrollo, es decir que no se llega a una sentencia reflejando con ello la inoperatividad de la actividad jurisdiccional además de lenta, ineficaz y motivando con ello a la comisión del hecho delictivo.



RECOMENDACIONES

1. La Corte Suprema de Justicia debe crear un nuevo órgano jurisdiccional para conocer el delito de estafa mediante cheque, puesto que el Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal competente para conocer este delito cada día se satura más de expedientes, con ello se lograría descargarlo y aplicar una justicia pronta y cumplida.
2. El honorable Congreso de la República de Guatemala, debe adicionar al Código Penal vigente una norma que permita trabar embargo sobre los bienes del querellado para asegurar así que la conciliación entre las partes será de todo exitosa y con ello obligar al querellado a cumplir con lo convenido y lograr que esa conciliación sea eficaz y la pretensión del querellante sea satisfecha.
3. El poder legislativo debe reformar el Código Penal Guatemalteco vigente, agregando una norma jurídica que aumente la pena por la comisión del delito de estafa mediante cheque y con ello prevenir el delito y sancionar drásticamente al delincuente con pena de prisión y así constreñirlo a hacer efectivo el pago del cheque, pues así de esta forma el delincuente sabe que no goza de ningún beneficio.
4. El Congreso de la República debe reformar el Código Procesal Penal incorporando una norma jurídica penal aumentando el tiempo para decretar la desestimación en el proceso penal, pues éste debe continuar su trámite normal, sustanciándolo con la intervención del Ministerio Público hasta concluir en una sentencia.
5. El Organismo Legislativo debe incluir una norma jurídica para que regule que en caso de desistimiento el querellante reciba en el tribunal competente la totalidad del pago del cheque, pues en la práctica el estafador puede pagarle menos de la cantidad adeudada logrando con ello un perjuicio económico en contra del querellante.





BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, **Diccionario de la lengua española**, Ed. Espasa-colpe, S.A. (sf) Pág. 425.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, **Títulos de crédito**, Editorial Porrúa, 1983, Pág. 140.

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. **Derecho penal**. Ed. Harla, (se) México, 1993. Pág. 153.

ANTON ONECA, José, **Estafas y otros engaños en el código penal y en la jurisprudencia**” Editorial Francisco Seix, 1957 Pág. 21.

BACIGALUPO Enrique, **Manual de derecho penal parte general**, editorial temis (se) 1,994, Pág. 67.

BAJO FERNANDEZ Miguel, **El delito de estafa mediante cheque en el Código Penal** (se), (sf), Pág. 185.

BARRIENTOS PELLECCER, Cesar, **Derecho penal guatemalteco**, magna terra editores, 1ra. Ed. 1995. Pág. 81.

BELTRAN, Carlos, FERNANDEZ ARMESTO, Juan. **El derecho del mercado financiero**. Editorial Civitas, Madrid, España. 1992, Pág. 76.

CABANELLAS DE TORES, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, 11ª. Edición, Editorial Heliasta.S.R.L (sf) Pág. 154.

CUELLO CALON, Eugenio, **Derecho penal**, editorial casa bosch S.A 14ª. Edición, (sf), Pág. 186.



- COBO DEL ROSA, Manuel, **Tratado de derecho penal español**, (se) (sf) Pág. 77.
- DE LEON VELASCO, Héctor Aníbal, y varios autores, coordinadores Diez Ripolles, José Luis, Salinas ; Colmer Esther Jiménez, **Derecho penal guatemalteco, parte general**, impresos industriales S.A. (se) Guatemala. 2001 Pág. 143.
- DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco, **Derecho penal guatemalteco, parte general**, 2ª. Edición, Pág. 25.
- DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal, **Derecho penal Guatemalteco, parte especial**, 3ª. Edición, Pág. 255..
- DE PINA VARA, Rafael, **Diccionario de derecho**, Editorial Porrúa, Avenida República Argentina, México Distrito Federal, 1ª. Edición 1983. Pág. 78.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y Esther. Giménez Salinas **Manual de derecho penal guatemalteco, parte general**. Impresos Industriales, Guatemala, 2001 Pág. 147.
- HERRATE, Alberto, **Introducción al derecho procesal penal**, Editorial villa, 1993, Pág. 65.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS, **Tratado de derecho penal**, Ed. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950, Pág. 152.
- LANDECHO, Carlos María, **Derecho penal español, parte general**, 2da. Edición, Librería ICAI Madrid 1991.
- Ministerio publico de la república de Guatemala, , **El manual del fiscal**, (se) Publicado por la Unidad Conjunta MINUGUA/PNUD Pág. 203.



MAQUEDA ABREU, María Luisa, **Suspensión condicional de la pena y probation,**

Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica,
Madrid, 1985. (se) Pág. 37.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **Derecho penal,** 6ta. Ed. España, Valencia 2004, Pág.
26.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARIAN, Mercedes, **Manual de derecho penal
parte general,** 2da. Ed. Tirant lo blanc, editora valencia español 1998 Pág. 228.

MINISTERIO PÚBLICO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, **El manual fiscal,** 2ª.
Ed. 2001. Pág. 27.

OSORIO, MANUEL, **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales,** Editorial
Heliasta, Buenos Aires Argentina (se), (sf) Pág. 212.

PAR USEN, José Mynor, **El Juicio en el Derecho Procesal Penal Guatemalteco,**
Primera Edición, Centro Editorial Ville año 1997.

PAZ ALVAREZ, Roberto, **Las cosas mercantiles,** 2da. Edición, Pág. 64.

RODRIGUEZ BARILLAS, Alejandro, **Manual de derecho penal,** (se). Pág. 524

VILLALTA RAMIREZ, Ludwin Guillermo Magno, **Principios, derechos y garantías
estructurales en el proceso penal.** Ed. Estudiantil Fénix, (se), Guatemala
2003. Pág. 76.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Manual de derecho penal, parte general,** Sociedad
Anónima Editora, (se) buenos Aires Argentina 1998, Pág. 318.

ZAINZ CANTERO, José, **Lecciones de derecho penal, parte general**, ed. Bosch,
Casa Editorial, S. A. URGEL, 51 BIS – BARCELONA.



Legislación:

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

Código Penal Guatemalteco, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República.

Código Procesal Penal Guatemalteco, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala, Decreto Número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966.