

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



**DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA
DE CAUCIÓN ECONÓMICA EN EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE**

LUBIA GABRIELA CIFUENTES ESQUIVEL

GUATEMALA, ABRIL DE 2012

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

**DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA
DE CAUCIÓN ECONÓMICA EN EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUBIA GABRIELA CIFUENTES ESQUIVEL

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril de 2012

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

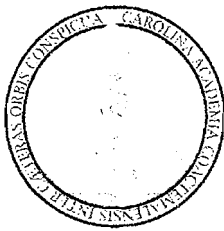
PRIMERA FASE:

Presidente:	Licda. Maria del Rosario Chew Luna
Vocal:	Licda. Waleska Romelia García Contreras
Secretario:	Lic. Nery Augusto Franco Estrada

SEGUNDA FASE:

Presidente:	Lic. Rodolfo Geovani Celis López
Vocal I:	Licda. Ileana Noemi Villatoro Fernández
Secretario:	Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia

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



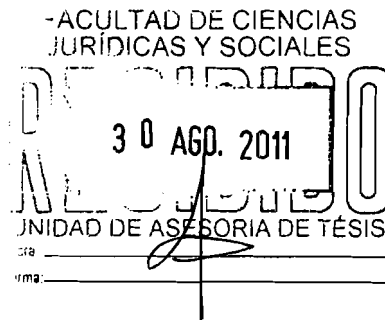
Lic. Eduardo Isaac Álvarez Paredes
Abogado y Notario



Guatemala, 17 de agosto 2011

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

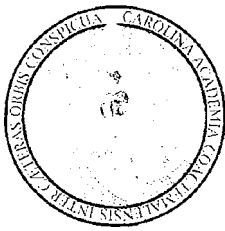


Respetable Licenciado Castro:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a resolución, he asesorado el trabajo de **LUBIA GABRIELA CIFUENTES ESQUIVEL**, en la preparación de su trabajo de Tesis denominado **“DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA DE CAUCIÓN ECONÓMICA EN EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE”**.

A este respecto y en cumplimiento a lo que se establece en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- A) El tema de investigación jurídica desarrollado referente a la institución del cheque como un título valor y su trascendencia como mecanismo de pago en los actos mercantiles celebrados en el territorio guatemalteco y para el efecto se tomaron en consideración diversas instituciones tanto mercantiles como bancarias para el desarrollo y culminación de la investigación.
- B) Para el desarrollo del presente estudio y por la importancia del mismo la investigadora utilizó el método analítico, tomando en consideración la información existente en Guatemala, además el método inductivo que contribuyó a la selección de la información en forma documental que sirvió de referencia para la elaboración del informe final.




Lic. Eduardo Isaac Alvarez Paredes
Abogado y Notario



- C) La investigadora efectuó los lineamientos de manera puntual de conformidad con el diccionario de la Real Academia Española, utilizando correctamente redacción y puntuación respectivamente.
- D) Con respecto a la contribución científica esta se derivó de un estudio jurídico doctrinario y práctico de la institución del cheque, teoría del delito, el delito de estafa mediante cheque y de la caución económica en caso de otorgamiento de una medida sustitutiva de acuerdo a la discrecionalidad del juez.
- E) Las conclusiones y recomendaciones concuerdan con el plan y el contenido de la investigación, constituyendo un aporte para la solución al tema investigado como lo es la utilización del cheque como medio de pago y en caso de incumplimiento la comisión de delito de estafa mediante cheque.
- F) En cuanto a las fuentes bibliográficas consultadas, son suficientes y adecuadas para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros.
- G) El trabajo realizado constituye un aporte para los estudiantes y profesionales del derecho en el campo del derecho mercantil y penal respectivamente.

Por lo antes indicado, considero que el trabajo de investigación de **LUBIA GABRIELA CIFUENTES ESQUIVEL**, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi dictamen y opinión favorable para continuar con el trámite respectivo.

Sin otro particular me suscribo, atentamente,



LIC. EDUARDO ISAAC ALVAREZ PAREDES
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Eduardo Isaac Alvarez Paredes
Abogado y Notario
Colegiado 6515

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

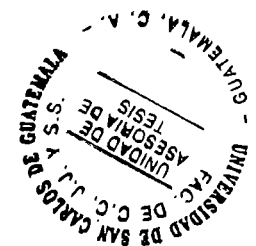


UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, seis de septiembre de dos mil once.

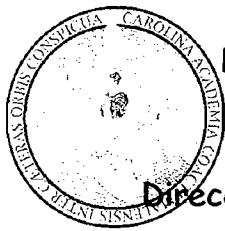
Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **MÉLIDA JEANNETH ALVARADO HERNÁNDEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **LUBIA GABRIELA CIFUENTES ESQUIVEL**, Intitulado: **“DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA DE CAUCIÓN ECONÓMICA EN EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE”**.

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 las 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 estime pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/ jrvch.



LICDA. MÉLIDA JEANNETH ALVARADO HERNÁNDEZ
ABOGADA Y NOTARIA

Colegiada: 6116

Dirección: 10ª. Calle 6-37 zona 1, Edificio Bearn, Of. 502 5to. Nivel
Ciudad de Guatemala.

Teléfonos: 22536258-Cel. 52047432



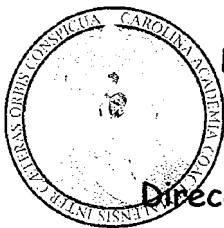
- d) La contribución científica del tema presentado será de gran utilidad para estudiantes, profesionales del derecho, comerciante y toda persona que utilice y transfiera cantidades de dinero mediante el título de crédito denominado cheque, con el objeto de conocer las implicaciones jurídicas que conlleva la transmisión de dicho título.
- e) Las conclusiones y recomendaciones concuerdan con el plan y el contenido de la investigación, constituyendo un aporte para la solución al tema elaborado, como lo es el análisis en cuanto a fijar una caución económica en el delito de acción privada tipificada en la ley como estafa mediante cheque.
- f) En cuanto a la fuente bibliográfica consultada es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros especializados en derecho penal, procesal penal, mercantil y derecho bancario.

Por lo anterior expuesto, considero que el trabajo de investigación de **LUBIA GABRIELA CIFUENTES ESQUIVEL**, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi dictamen y opinión favorable y así se pueda continuar con el trámite respectivo.

Atentamente,

Licda. Mérida Jeanneth Alvarado Hernández
ABOGADA Y NOTARIA

Licda. Mérida Jeanneth Alvarado Hernández
Abogada y Notaria
Colegiada 6116
Revisor de Tesis



LICDA. MÉLIDA JEANNETH ALVARADO HERNÁNDEZ
ABOGADA Y NOTARIA

Colegiada: 6116

Dirección: 10ª. Calle 6-37 zona 1, Edificio Bearn, Of. 502 5to. Nivel
Ciudad de Guatemala.

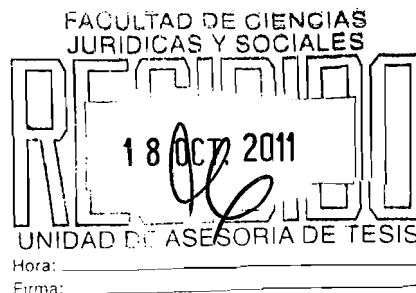
Teléfonos: 22536258-Cel. 52047432



Guatemala, 07 de octubre de 2011

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy
Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a resolución de su despacho, he revisado el trabajo de **LUBIA GABRIELA CIFUENTES ESQUIVEL** en la preparación de su trabajo de tesis denominado: **“DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA DE CAUCIÓN ECONÓMICA EN EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE.”**

A este respecto y en cumplimiento a lo que se establece en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- a) El contenido científico del presente estudio hace referencia a una actitud ilícita que prácticamente se comete todos los días en Guatemala, ya sea por dolo o por culpa. Y de ahí la importancia de realizar el estudio donde se involucran a los órganos jurisdiccionales en el otorgamiento de una medida sustitutiva en cuanto al monto del cheque emitido.
- b) La metodología utilizada fue de gran importancia para la preparación, desarrollo y culminación de la presente investigación jurídica principalmente en el campo del derecho mercantil, penal y procesal penal respectivamente, utilizando para el efecto el método inductivo y analítico, los cuales permitieron al estudiante la facilidad y eficiencia en cuanto a la recopilación y selección de la información para desarrollar el tema deseado.
- c) La estudiante observó las instrucciones y recomendaciones hechas en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo, dándole énfasis a la puntuación dentro de los parámetros establecidos en el Diccionario de la Real Academia Española.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

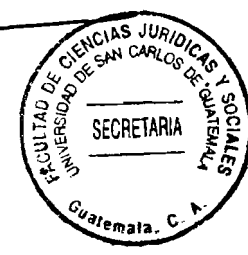
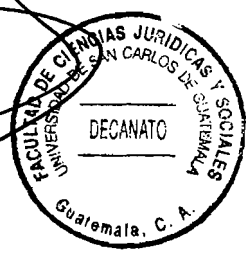


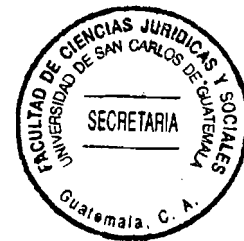
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, seis de marzo de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LUBIA GABRIELA CIFUENTES ESQUIVEL titulado DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA SUSTITUTIVA DE CAUCIÓN ECONÓMICA EN EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh





DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la sabiduría e inteligencia para lograr tan importante triunfo, por haber sido mi pilar en todo momento a Él sea la honra y la gloria. Amén.

A MIS PADRES

Rubén Danilo Cifuentes Morales y Blanca Idalia Esquivel Paredes, que Dios los guarde siempre.

A MI ESPOSO

Mynor García, por ser la persona ideal que Dios puso en mi vida y por el apoyo incondicional brindado a mi persona, y llenarme de amor cada día. Te amo.

A MIS HERMANOS

Danilo y Omar éxitos en todo lo que se propongan y que mi triunfo sea un ejemplo para ellos. A Luis, te extraño hermanito.

A MI SOBRINO:

Luis Adrian Cifuentes, que mi éxito sea el ejemplo a seguir.

A MIS ABUELOS

Arturo Cifuentes, Olga Morales y Josefina Paredes, flores sobre su tumba. Venancio Esquivel que Dios lo bendiga.

A MIS TIAS:

Por sus sabios consejos y muestras de cariño.

A MIS AMIGOS:

A todos y cada uno por nombre gracias, y especialmente aquellos que me brindaron su apoyo y amistad sincera.

A LOS LICENCIADOS:

Mélida Jeanneth Alvarado, Jesús Renferí Monachella y Eduardo Alvarez Paredes, por su amistad y apoyo sincero, gracias.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, glorioso centro de conocimiento y formación

ÍNDICE

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El derecho penal y la teoría del delito	1
1.1 Definición del derecho penal.....	2
1.2 Fuentes del derecho penal	3
1.3 La ley penal	5
1.4 La teoría del delito	6
1.5 Política criminal.....	9
1.6 El delito	10
1.7 Clases de delitos	12
1.8 La acción y su aspecto negativo.....	14
1.9 El iter crimines	17
1.10 Formas de iniciación del juicio	21

CAPÍTULO II

2. El derecho mercantil y la institución del cheque	25
2.1 Concepción subjetiva y objetiva del derecho mercantil	26
2.2 Características del derecho mercantil.....	27
2.3 Principios del derecho mercantil	28
2.4 Los títulos de crédito.....	28
2.5 El cheque	30
2.6 Naturaleza jurídica del cheque	32
2.7 Los caracteres jurídicos del cheque	36
2.8 La institución del cheque en el derecho guatemalteco	40
2.9 Presentación y pago del cheque.....	43
2.10 El protesto del cheque	44
2.11 Modalidad del cheque.....	45

CAPÍTULO III

3.	El delito de estafa mediante cheque	49
3.1.	La estafa	49
3.2.	El bien jurídico tutelado.....	51
3.3.	El cheque como acción de pago.....	53
3.4.	Causas que originan la emisión del cheque	54
3.5.	El delito de estafa mediante cheque.....	55
3.6.	La fundación e importancia del uso del cheque.....	56
3.7.	Casos de presunción de estafa mediante cheque	57

CAPÍTULO IV

4.	La garantía como causal para la emisión de un cheque.....	61
4.1.	Relación causal de garantía	61
4.2.	La inexistencia de la figura de la fianza	62
4.3.	El cheque con provisión garantizada	64
4.4.	El proceso bancario para cambio de cheque.....	65
4.5.	El cheque dado en garantía.....	67
4.6.	La aceptación de la garantía por medio de un cheque	67
4.7.	El carácter civil del pago de cheque en garantía	68
4.8.	La determinación legal del cheque en garantía	70
4.9.	El cheque en garantía y sus efectos en el ramo penal	71
4.10.	Legislación actual	72

CAPÍTULO V

5.	Discrecionalidad judicial en la aplicación de la medida sustitutiva de caución económica en el delito de estafa mediante cheque.....	75
5.1.	Factores que provocan la discrecionalidad.....	81
5.2.	Frecuencia del delito de estafa mediante cheque en los tribunales de justicia.....	82
5.3.	Importancia de la aplicación de la medida sustitutiva de caución económica en el delito de estafa mediante cheque al cien por ciento de lo estafado.....	83



5.4. Medidas sustitutivas.....	84
5.5. Clases de caución.....	87
5.6. Casos de excepción al auto de prisión preventiva y al de medida sustitutiva ..	90
5.7. Ventajas de las medidas sustitutivas	94
CONCLUSIONES	97
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito fundamental dar a conocer la influencia que tiene este tipo de delitos en la sociedad, y que es un fenómeno que ocurre a diario, tomando en cuenta que la mayoría de personas que viven en el país no tienen idea alguna del problema que se da por el solo hecho de girar un documento, en este caso un cheque, cuando este no tiene provisión de fondos y por lo tanto no puede ser cobrado por la persona beneficiada. Esta situación hasta cierto punto es muy común en el ámbito guatemalteco, y teniendo en cuenta que la legislación nacional es muy débil en ese sentido.

La Legislación actual vigente en el Artículo 264, inciso 7º. del Código Procesal Penal regula la aplicación de la medida sustitutiva en los delitos contra el patrimonio, pero los administradores de justicia al momento de aplicarla lo hacen a su discreción, específicamente en el delito de estafa mediante cheque que al momento de aplicar esta medida no cubre el 100% del monto estafado. Por tal motivo es procedente que el Artículo antes citado regule expresamente que en los delitos patrimoniales de estafa mediante cheque, cuando se aplique la medida sustitutiva de caución económica, esta deberá ser por el monto de lo estafado mas intereses y costas causadas.

La hipótesis consiste que, con la aplicación de la medida sustitutiva de caución económica en los delitos patrimoniales y especialmente en el delito de estafa mediante cheque, tal y como lo preceptúa la ley adjetiva penal, en el Artículo 264 numeral 7 y último párrafo citado, y no como discrecionalmente lo hacen los jueces, habrá una menor incidencia en la comisión de este delito, ya que la persona que emita un cheque sin provisión de fondos para su pago, sabrá que la única manera de evitar ir a prisión, será depositando el monto total de lo estafado, mas los intereses y costas causadas, o bien cubrir el monto del cheque a favor de la persona estafada antes de que exista un proceso en su contra. Por lo tanto habrá un descongestionamiento en los tribunales de instancia penal, ya que la persona solo tendrá las dos opciones ya mencionadas.



Los objetivos trazados fueron: Demostrar que existe discrecionalidad judicial en la aplicación de la medida sustitutiva de caución económica en el delito de estafa mediante cheque, por el motivo que la ley les da alternativa; descubrir la causa principal del por qué los jueces al momento de aplicar esta medida no lo hacen correctamente como lo estipula el Artículo 264 inciso 7º ya citado en cuanto que en caso de los delitos contra el patrimonio la aplicación del numeral séptimo de este Artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado.

El presente trabajo de investigación se divide en cinco capítulos que se describe a continuación: el capítulo uno, contiene el derecho penal y la teoría del delito, la ley penal, la política criminal, la acción y su aspecto negativo, el iter criminis, las formas de iniciación del juicio; el capítulo dos, se refiere al derecho mercantil y la institución del cheque, las características, los principios, los títulos de crédito, el cheque, el protesto del cheque y sus modalidades; el capítulo tres, trata del delito de la estafa mediante cheque, iniciando con la estafa, el bien jurídico tutelado, el cheque como acción de pago, las causas que originan la emisión del cheque; el capítulo cuatro, describe lo relacionado a la garantía como causal para la emisión de un cheque, el cheque con provisión garantizada, el carácter civil del pago del cheque en garantía, el cheque en garantía y sus efectos y la legislación actual; en el capítulo cinco, se indica la discrecionalidad judicial en la aplicación de la medida sustitutiva de caución económica en el delito de estafa mediante cheque, la frecuencia del delito de estafa mediante cheque en los tribunales de justicia, importancia de la aplicación de la medida sustitutiva de caución económica en el delito de estafa mediante cheque al cien por ciento de lo estafado.

Los métodos utilizados fueron el método sintético, el cual permite analizar separadamente los fenómenos objeto del estudio, por ello, permitirá descubrir la esencia del problema o del fenómeno estudiado y dentro de las principales técnicas, utilizadas fueron las bibliográficas, para la recopilación de documentos relacionados al tema en libros de texto, disposiciones legales, tanto de autores nacionales como de extranjeros, así como la utilización de tecnología como internet.



CAPÍTULO I

1. El derecho penal y la teoría del delito

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

El Licenciado Alvarado Polanco expone: “El apareamiento del derecho va aparejo a la presencia de intereses opuestos y contradictorios entre los miembros de las comunidades primitivas, cuando la producción de bienes pasa de los niveles del consumo necesario de la comunidad y empieza a acumularse una reserva, la cual es apropiada por los más fuertes o de mayor preeminencia, dando lugar entonces a las actividades de intercambio comercial, a la existencia de sujetos que dejan de ser productores y consumidores como al principio lo eran todos, para transformarse en intermediarios que se aprovechan de unos y otros. Entonces principian las desigualdades de orden socioeconómico en el seno de la comunidad, creando las consiguientes divisiones y conflictos, pues se diferencia claramente un grupo de individuos que no trabaja ni en el cultivo de la tierra, ni en la caza, pesca y pastoreo, sino que se consagra al cambio e incremento de los bienes sobrantes en la colectividad



y de los cuales se han apropiado; este grupo se enriquece y a la par de esa superioridad económica, afirma una jerarquía social por encima de los demás, se aprovechan se ella y los domina, poniéndolos pronto a su servicio”.¹

Los licenciados de León Velasco y de Mata Vela, indican: “...de las ciencias eminentemente jurídicas, es sin lugar a dudas el derecho penal la disciplina cuya misión siempre ha sido filosóficamente, proteger valores fundamentales del hombre, tales como su patrimonio, su dignidad, su honra, su seguridad, su libertad, su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás, hasta llegar a la protección del Estado y de la Sociedad en la medida en que se tutele y se garantice la convivencia humana.”²

1.1. Definición de derecho penal

El tratadista Osorio define al derecho penal como: “...conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así la responsabilidad del sujeto activo y asociado a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”³

¹¹ Alvarado Polanco, Romero, *Introducción al derecho I*. Pág. 21

² De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco, *Curso de derecho penal guatemalteco*. Pág. 5

³ Osorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 238.

De León Velasco y de Mata Vela exponen: "...tradicionalmente se ha definido el derecho penal en forma bipartita desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo... en suma podemos definir el Derecho Penal Sustantivo Material (como también se le llama), como parte del derecho, compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas y/o medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen"⁴

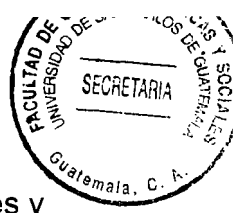
La división indicada en la definición anterior, sigue siendo la más válida ya que permite la ubicación del derecho penal como medio de la protección social contra el delito. En resumen, derecho penal: es el conjunto de normas jurídicas que regulan los delitos, las faltas, las sanciones y las medidas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

1.2. Fuentes del derecho penal

Se denomina fuente al manantial de donde brota algo, el lugar donde se origina, de donde se emana o se produce el derecho. Respecto al derecho penal existen diferentes fuentes, las cuales se desarrollan a continuación:

- a) Fuentes reales o materiales
- b) Fuentes formales
- c) Fuentes directas
- d) Fuentes indirectas

⁴ De León Velasco, Ob. Cit. Pag.5



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

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

c. Fuentes directas: Son aquéllas que por sí mismas tienen la virtud suficiente para crear normas jurídicas con carácter obligatorio, de donde se emana directamente el derecho penal. La ley es la única fuente directa del derecho penal, por cuanto que sólo esta puede tener el privilegio y la virtud necesaria para crear figuras delictivas y las penas o medidas de seguridad correspondientes. Las fuentes directas se dividen en fuentes de producción y fuentes de cognición.

c.1. Fuentes directas de producción: Son las integradas por la autoridad que declara el derecho, el poder que dicta las normas jurídicas que no es más que el Estado, a través del Organismo Legislativo.

c.2. Fuentes directas de cognición: Son las manifestaciones de la voluntad estatal. La expresión de la voluntad del legislador, es decir la fuente de conocimiento que es precisamente el Código Penal y las Leyes Penales especiales.



Es preciso establecer que la única fuente directa del derecho penal, es la ley, de conformidad con lo establecido en el Artículo 1 del Código Penal que establece: "Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley."

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

1.3. La ley penal

Se identifica con el derecho penal, aunque hay que establecer que el derecho penal es el género y la ley penal es la especie. La ley penal es aquella disposición por virtud de la cual el Estado crea derecho con carácter de generalidad estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define. En su estrictus sensu es una norma de carácter general que asocia una sanción a una conducta prohibida por ella.

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



- a) Generalidad, obligatoriedad e igualdad: La ley penal se dirige a todas las personas que habitan un país, todos están obligados a acatarlas.
- b) Exclusividad: Sólo la ley puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad.
- c) Permanencia e inelubilidad: Se refiere a que la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que sea derogada.
- d) Imperatividad: Las leyes penales contienen generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir, no dejado a la voluntad de las personas su cumplimiento.
- e) Sancionadora: Es siempre sancionadora, de lo contrario sería una ley penal sin pena.
- f) Constitucional: Se fundamenta en la Constitución Política de la República de Guatemala.

1.4. La teoría del delito

Previo a definir la teoría del delito, es necesario enunciar que de acuerdo a lo que los tratadistas definen y desean manifestar con el término teoría del delito, se llega a una visualización de éste mucho más apegado a descripción de elementos que lo integran; así, durante mucho tiempo la definición teoría del delito, llevaba implícito los elementos enumerados, de acción, tipicidad y culpabilidad, con los cuales se instauro el contenido de la nominación delito.



El tratadista Bacigalupo define: “La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley.”⁵

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

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

La individualización de los actos al situarse en una norma bajo la lupa de los elementos de tipo penal, es la acción de encuadrar una conducta, tipificando lo realizado con lo sustentado en la norma; por ello, al ser primer paso, se dice que se esta frente a una

⁵ Bacigalupo, Enrique. **Manual de derecho penal general**. Pág. 67

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

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

La teoría del delito es un proceso mediante el cual se determina los elementos de una conducta, su finalidad y en consecuencia la reciprocidad con lo que califica la ley penal. Dentro de todo el contexto de teorizar una norma y una conducta, se lleva a cabo un proceso penal, con cada una de sus incidencias para llegar a una etapa final de condena o absolución, para lo que es necesario previamente situar esta conducta bajo el imperio de la hipótesis normativa.

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



La teoría del delito es una construcción dogmática, que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto.

La dogmática jurídico-penal establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal en forma segura y previsible y lo sustrae de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación.

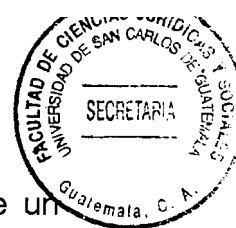
La construcción de la teoría del delito, no es más que la conceptualización y definición de un delito y con esto los juzgadores no solo conocen la verdad histórica del proceso, sino que también pueden aplicar una verdadera justicia.

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

1.5. Política criminal

“Se dice que una buena política social es la mejor política criminal.”⁶ Partiendo de esta afirmación es necesario que toda política criminal responda al tipo de política (política de seguridad integral) establecido por la estructura de poder central y el tipo de Estado en el que se desarrolla. Vemos plasmada dicha ideología de poder en la Constitución

⁶ Mezger, citado por Heinz Zipt, 1979, pág. 158



Política de la República de Guatemala. De tal forma que la política criminal de un Estado democrático no sea la misma que la de un estado totalitario, por lo que es imposible pensar en la política criminal de forma autónoma e independiente a la política general o social (política de seguridad integral) que le da vida, pues como apunta Fernando Tocora, “los derechos que se han de proteger con extrema ratio jurídica parten en un principio de la política general en donde establecen los derechos a protegerse y de qué forma se van a resguardar”⁷

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

Esta no es una ciencia si no criterio directivo de la reforma penal que debe fundamentarse sobre el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y demás medidas de defensa social contra el delito sobre esta base ha de examinarse el derecho en vigor apreciando su adaptación, al momento presente, su idoneidad como medio de protección social contra los criminales y como el resultado de tal criterio proponer las mejoras, haciendo las reformas necesarias tanto en el terreno de la legislación penal como en el campo penológico.

⁷ Cf. Tocora, Fernando. **Política Criminal Contemporánea**, Colombia, 1997. Pág. 10-13



1.6. El delito

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

a) Desde un punto de vista formal, el delito es todo aquello que la ley describe como tal.

Toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

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

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

Definir al delito desde un punto de vista legal, es necesario definir al delito en la forma que se expone el Código Penal, tal como el delito doloso, culposo y consumado.

El Artículo 11 del Código Penal establece respecto al delito doloso que: "...es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto."

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



El Artículo 13 del mismo cuerpo normativo estipula respecto al delito consumado que:

“...es consumado cuando concurren todos los elementos de su tipificación.”

Es necesario tener en cuenta que el delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por ser exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable). El injusto (conducta típica y antijurídica) revela el desvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma en tanto que la culpabilidad es una característica que la conducta adhiere por una especial condición del autor (por la reprochabilidad que del injusto se le hace al autor).

“Un delito es una acción u omisión voluntaria o imprudente que se encuentra penada por la ley. Por lo tanto, el delito supone un quebrantamiento de las normas y acarrea un castigo para el responsable. Más allá de las leyes, se conoce como delito a las acciones reprobables desde un punto de vista ético o moral”⁸

1.7. Clases de delitos

En el Código Penal están regulados los diferentes delitos, sin embargo solo se mencionan los referentes a la presente investigación:

a. Delito de estafa

⁸ <http://www.definición.de/delito/>(Guatemala, 09 de febrero de 2012).



- b. Del cheque como forma de pago
- c. Delito de estafa mediante cheque

a. Del Delito de Estafa: El Código Penal guatemalteco, contenido en el Decreto 17-73 del Congreso de la República, regula el delito de estafa y además determina el tipo penal del mismo. La ley penal antes mencionada, también hace referencia a la estafa propia, los casos especiales de estafa, la estafa mediante destrucción de cosa propia, estafa mediante lesión, la estafa en la entrega de bienes, y la estafa mediante cheque, estafa de fluidos, estafa mediante informaciones contables, entre otras. De las anteriores figuras delictivas el código en mención contiene la descripción del tipo penal así como la sanción respectiva, algunas de dichas figuras se sancionan con pena de prisión y otras la pena es de multa.

b. Del delito como titulo de crédito: Se entiende por titulo de crédito el documento formal y completo que contiene una obligación a futuro generalmente sobre una cantidad de dinero o mercadería, ya que es típico en el ámbito del derecho mercantil, y de allí que se considera delito en todas sus características la transmisión y entrega de un titulo de crédito generalmente sin provisión de fondos.

b. Del cheque como forma de pago: De conformidad con el Código de Comercio, contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, dentro de los títulos de crédito se encuentra regulado el cheque, tanto de la creación y de la forma del mismo, además, establece los aspectos generales de la presentación y del pago, con la



modalidad de que todo título de crédito será aceptado bajo la cláusula salvo buen cobro, y establece que los títulos de crédito dados en pago se presumen recibidos bajo dicha condición, cualquiera que sea motivo de la entrega.

c. Del delito de estafa mediante cheque: El Código Penal, en el artículo 268, regula el delito de estafa mediante cheque de la siguiente manera: “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.”

1.8. La acción y su aspecto negativo

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

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



De conformidad con las disposiciones legales vigentes, específicamente en el Código Procesal Penal, dicha normativa contiene una clasificación legal de la acción penal de la siguiente manera:

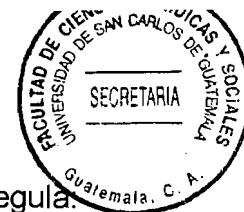
Artículo 24.- “Clasificación de la acción penal. La acción penal se ejercerá de acuerdo a la siguiente clasificación: 1) Acción pública; 2) Acción pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal; 3) Acción privada.”

a. Acción pública: El Código Procesal Penal, contenido en el Decreto 51-92 del Congreso de la República, regula en el Artículo 24. Bis, lo siguiente: “Acción pública. Serán perseguides de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad, todos los delitos de acción pública, excepto los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya sanción principal sea la pena de multa, que serán tramitados y resueltos por denuncia de autoridad competente conforme al juicio de faltas que establece este Código.”

b. Acción pública a instancia particular: El mismo cuerpo legal citado, en el Artículo 24. Ter. Regula lo siguiente: “Acciones públicas dependientes de instancia particular. Para su persecución por el órgano acusador del Estado dependerán de instancia particular, salvo cuando mediaren razones de interés público, los delitos siguientes: 1) Lesiones leves o culposas y contagio venéreo; 2) Negación de asistencia económica e incumplimiento de deberes de asistencia; 3) Amenazas, allanamiento de morada; 4) Estupro, incesto, abusos deshonestos y violación, cuando la víctima fuere mayor de



dieciocho años. Si la víctima fuere menor de edad, la acción será pública; 5) Hurto, alzamiento de bienes y defraudación en consumos, cuando su valor no excediere diez veces el salario mínimo más bajo para el campo al momento de la comisión del delito, excepto que el agraviado sea el Estado, caso en que la acción será pública; 6) Estafa que no sea mediante cheque sin provisión de fondos; o cuando el ofendido sea el Estado, en cuyo caso la acción será pública; 7) Apropiación y retención indebida; 8) Los delitos contra la libertad de cultos y el sentimiento religioso; 9) Alteración de linderos; 10) Usura y negociaciones usurarias. La acción para perseguir los delitos a que se refiere este Artículo será de acción pública cuando fueren cometidos por funcionario o empleado público en ejercicio o con ocasión de su cargo. En caso de que la víctima fuere menor o incapaz, la instancia particular podrá efectuarla quien ejerza su representación legal o por su guardador. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o contra un incapaz que no tenga tutor ni guardador, o cuando el delito fuere cometido por uno de sus parientes dentro de los grados de ley, tutor o guardador. La instancia de parte obligará a la acción pública, excepto el caso de conciliación que amerite la aplicación de un criterio de oportunidad o la autorización de la conversión de la acción pública en privada. En casos de flagrancia, la policía deberá intervenir para evitar que continúe la lesión del bien jurídico tutelado o la comisión de otros delitos y para asegurar los medios de investigación. Para los casos en que se requiere de autorización estatal para el inicio de la acción penal, el Ministerio Público procederá como se establece en este Código para el trámite del antejuicio.”



c. Acción privada: El cuerpo legal antes citado, en el Artículo 24. “Quáter. Regula: “Acción privada. 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 delitos informáticos; 4) Violación y revelación de secretos; 5) Estafa mediante cheque. En todos los casos anteriores, se procederá únicamente por acusación de la víctima conforme al procedimiento especial regulado en este Código. Si carece de medios económicos, se procederá conforme el Artículo 539 de este Código. En caso de que la víctima fuere menor o incapaz, se procederá como lo señala el párrafo tercero del Artículo anterior.”

1.9. El iter crimines

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

a. Fase interna: Está conformada por las llamadas “voliciones criminales” que no son más que las ideas delictivas nacidas en la mente del sujeto activo, que mientras no se manifiesten o exterioricen de manera objetiva no implica responsabilidad penal, ya que la mera resolución de delinquir no constituye nunca un delito. Este estadio del iter criminis se basa en el principio de “el pensamiento no delinque”

b. Fase externa: La fase externa del iter criminis comienza cuando el sujeto activo exterioriza la conducta tramada durante la fase interna; en este momento principia a atacar o a poner en peligro un bien jurídico protegido a través de una resolución criminal manifiesta.

El Código Penal reconoce expresamente dos formas de resolución criminal una individual que es la proposición y una colectiva que es la conspiración establecidas en el Artículo 17 que establece: “Hay conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo. Hay proposición, cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas a ejecutarlo. La conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción para cometer un delito, sólo son punibles en los casos en que la ley lo determina expresamente.

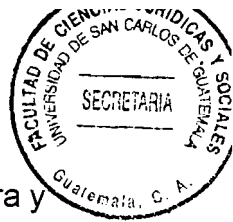
c. La consumación: La consumación no es más que el cumplimiento del supuesto contenido en la norma penal; es decir, cuando se comete un delito y configurando los elementos que lo integran, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico objeto de protección penal.

d. La tentativa: Hay tentativa cuando con el fin de cometer un delito se comienza su ejecución por actos externos, idóneos, y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente, el sujeto activo mantiene la finalidad de cometer el delito; esta finalidad se identifica plenamente con la “intencionalidad” de tal manera que sólo cabe

en los delitos dolosos, ya que en los delitos culposos existe ausencia de voluntad intencional, los actos encaminados a la ejecución del delito deben ser idóneos y dirigidos a la perpetración del mismo.

e. La relación de causalidad: Dentro del proceso de búsqueda histórica procesal, la actual legislación sitúa los mecanismos de razonamiento que generan tal procedimiento de teorización para llegar a una conclusión, esto se instaura mediante el contenido e imperio del Artículo 10 del Código Penal que establece: "Relación de causalidad. Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción y omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta".

De León Velasco y De Mata Vela, citando a Rodríguez Devesa exponen: "...la relación de causalidad es importada de las Ciencias Naturales, aunque procede de la Filosofía, con ella se expresa una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consiguiente (efecto). Al derecho penal solo le interesa las causas que tienen su nacimiento en la conducta humana, entre ésta y el resultado delictuoso debe existir una relación de causa y efecto: según lo expresado por Eugenio Cuello Calón, es indiferente que la relación de causalidad sea directa o indirecta, mediata o inmediata, es indiferente que el agente realice por su propio esfuerzo personal el hecho causa del resultado esfuerzo personal el hecho causa del resultado o que para obtenerlo se valga de



fuerzas o energías que él pone en movimiento, por ejemplo: El que dispara contra otra y le mata, ejecuta un acto homicida”⁹

La inmediata reciprocidad de la relación de causalidad con la teoría del delito es la relación causa-efecto, al integrar cada uno de los elementos del delito, con ello se ejercita y se realiza esta teoría; para ello, debe integrarse a partir de que el delito puede tener elementos positivos y negativos.

En la presente investigación se considera importante desarrollar el elemento de la acción, tal como lo establecen los tratadistas antes mencionados que: “Solamente lo que el hombre hace con voluntad puede serle reprochado como culpabilidad. Sus dones y predisposiciones –todo lo que el hombre es en si mismo-, puede ser mas o menos valiosos por tanto, pueden ser también valorados, pero solamente lo que de ellos hizo o como los empleo, en comparación con lo que hubiere podido o debido emplear solamente esto puede serle computado como merito o serie reprochado como culpabilidad ...Dice el autor alemán (welzel) que el derecho penal se ocupa únicamente de aquellas acciones que pueden denominarse finalistas, entendiendo por ellas, las actividades humanas que se realizan en persecución de fines objetivos futuros y para las cuales es posible elegir, en busca de lo propuesto, los medios necesarios para ello y ponerlos en actividad. En esto se distingue la acción finalista del acontecer de la

⁹ Ob. Cit. Pág. 146

naturaleza, que es ciega en su causalidad, o del actuar instintivo, en el cual se ponen inconscientemente los medios adecuados a un fin...¹⁰

1.10. Formas de iniciación del juicio

Existen diversos criterios para establecer los mecanismos procesales necesarios para la iniciación del proceso penal guatemalteco, para el efecto el mismo se inicia:

- a. De oficio
- b. Prevención policial
- c. Querrela

a. De oficio: La oficialidad es un principio no solo del derecho procesal penal, sino del proceso penal propiamente, mediante el cual se establece que una vez iniciada la persecución penal y el control jurisdiccional por parte de juez competente, la tramitación es de oficio, hasta su conclusión respectiva, es decir, hasta que se emita una resolución judicial. Para el efecto, el Artículo 289 del Código Procesal Penal vigente regula lo siguiente. "Finalidad y alcance de la persecución penal. Tan pronto el Ministerio Público tome conocimiento de un hecho punible, por denuncia o por cualquier otra vía fehaciente, debe impedir que produzca consecuencias ulteriores y promover su investigación para requerir el enjuiciamiento del imputado. El ejercicio de las facultades

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 147



previstas en los tres artículos anteriores no lo eximirá de la investigación para asegurar los elementos de prueba imprescindibles sobre el hecho punible y sus partícipes.”

b. Prevención policial: Las normas del Código Procesal Penal, también regulan la intervención de la Policía Nacional civil, en la actividad de investigación, y para el efecto, el Artículo 304 regula lo siguiente: “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.”

Por su parte el Artículo 305 regula: “Formalidades. La prevención policial observará, para documentar sus actos, en lo posible, las reglas previstas para el procedimiento preparatorio a cargo del Ministerio Público. Bastará con asentar en una sola acta, con la mayor exactitud posible, las diligencias practicadas, con expresión del día en que se realizaron, y cualquier circunstancia de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el acta de las informaciones recibidas, la cual será firmada por el oficial que dirige la investigación y, en lo posible, por las personas que hubieren intervenido en los actos o proporcionado información.”

Asimismo el Artículo 306 del mismo cuerpo legal estipula: “Actos jurisdiccionales. Cuando urja la realización de un acto jurisdiccional, el oficial de policía a cargo de la



investigación informará al Ministerio Público, quien lo requerirá al juez de primera instancia o al juez de paz; en casos de extrema urgencia, la policía podrá requerir directamente el acto al juez, con noticia inmediata al Ministerio Público.”

Finalmente el Artículo 307 preceptúa: “Remisión de actuaciones. Las copias y fotocopias de las actuaciones serán remitidas al Ministerio Público en un plazo de tres días, sin perjuicio de lo previsto para el caso de aprehensión de personas. El original de las actuaciones y las cosas secuestradas, salvo que el Ministerio Público las requiera para diligencias específicas y temporales, siempre quedarán en el Juzgado.”

c. Querrela: El Código Procesal Penal, en el Artículo 302 contiene lo referente a la querrela de la siguiente manera. “La querrela se presentará por escrito, ante el juez que controla la investigación, y deberá contener: 1) Nombre y apellidos del querellante y, en su caso, el de su representado. 2) Su residencia. 3) La cita del documento con que acredita su identidad. 4) En el caso de entes colectivos, el documento que justifique la 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 encuentre. Si faltará alguno de estos requisitos, el juez, sin perjuicio de darle trámite inmediato, señalará 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 un delito público en cuyo caso procederá como en la denuncia.”



CAPÍTULO II

2. El derecho mercantil y la institución del cheque

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

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir el desarrollo de la civilización, la progresiva división del trabajo, va a condicionar las relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil. Por esa división apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace consumir. Así surge el profesional comerciante; y así también la riqueza que se produce adquiriendo la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida.

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



2.1. Concepción subjetiva y objetiva del derecho mercantil

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

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

Desde una concepción objetiva, el derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen los actos objetivos de comercio.

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

El derecho mercantil guatemalteco es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles, y la negociación jurídica mercantil. Es decir que es el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los comerciantes en su actividad profesional, a los negocios jurídicos mercantiles y a las cosas mercantiles.



2.1 Características del derecho mercantil

- a. Poco formalista
- b. Rapidez
- c. Adaptabilidad
- d. Tiende a ser internacional
- e. Seguridad jurídica

a. Poco formalista: Los negocios mercantiles se concretan con simples formalidades con algunas excepciones, tales como las sociedades mercantiles y fideicomisos.

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

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

d. Tiende a ser internacional: Porque la producción de bienes y servicios es para el mercado interno e internacional.

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



2.3. Principios del derecho mercantil

Dentro de los principios que rigen al derecho mercantil se pueden enunciar los siguientes:

- a) La buena fe;
- b) La verdad Sabida;
- c) Toda prestación se presume onerosa;
- d) La intención de lucro;
- e) Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

Respecto a los principios de la verdad sabida y buena fe guardada las partes que se obligan conocen en verdad sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, para no darle una interpretación distinta a los contratos, ya que de otra manera se destruiría la seguridad del tráfico comercial.

2.4. Los títulos de crédito

En la última etapa de la edad media, cuando el tráfico comercial se intensificó en el mar Mediterráneo, se dieron una serie de atracadores que pirateaban a los comerciantes y a las naves mercantes cuando regresaban a sus ciudades con el producto de las negociaciones. El transporte de dinero en efectivo resultaba inseguro por esas



circunstancias. Surgió entonces la necesidad de transportar dinero a través de documentos que representarían esos valores, sin que se diera el hecho material de portar la moneda en efectivo. Así, los banqueros comenzaron a usar títulos de créditos que llenaban esas necesidades y los comerciantes encontraron una forma que les proporcionaba seguridad en sus transacciones comerciales de plaza a plaza.

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

Los títulos de crédito son documentos que llevan incorporados los derechos que confieren a sus legítimos tenedores, los cuales son necesarios para ejercitar y transmitir los derechos en ellos consignados. Son títulos valores aquellos documentos en los que se da una especial relación entre el derecho y el documento, de tal manera que haya una conexión permanente, de tal modo que no pueda invocarse el derecho sin tener el documento.

El Código de Comercio establece en el Artículo 385 que: "Son títulos de crédito los documentos que incorporan un derecho literal y autónomo, cuyo ejercicio o

transferencia es imposible independientemente del título. Los títulos de crédito tiene la calidad de bienes muebles:”

2.5. El cheque

El cheque es el título de crédito fundamental del tema, ya que es en base al incumplimiento de su pago que se tipifica el delito de estafa mediante cheque, por lo que es importante iniciar con su definición y algunas de sus características, para la comprensión del trabajo.

El doctor Villegas Lara, define al cheque como: “...Uno de los títulos de crédito cuyo origen se estudia dentro del derecho bancario, pues comúnmente se asocia su institucionalidad al fortalecimiento económico.”¹¹

El mismo autor señala que: “...muchos autores consideran que el cheque no es un verdadero título de crédito si le damos a este término su verdadero significado. En verdad, el cheque no tiene un crédito se le considera más un instrumento de pago, similar al papel moneda...”¹²

El Código de Comercio define al cheque en el Artículo 494 así; “El cheque sólo puede ser librado contra un banco, en formularios impresos suministrados o aprobado por el

¹¹ Villegas Lara, René Arturo. *Derecho mercantil guatemalteco*. Pág. 79

¹² *Ibíd.* Pág. 80



mismo. El título que en forma de cheques se libre en contravención a este artículo, no producirá efectos de título de crédito.”

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

Lo anterior ha generado controversia por considerar efectivamente al cheque como un equivalente al papel moneda, ya que se obtiene ventajas y desventajas de ello. De lo expuesto, es evidente que no existe un concepto expreso y concreto de lo que es el cheque, puesto que el mismo tiene las siguientes características:

- a) Un formulario impreso o aprobado por un banco.
- b) Solamente se puede librar contra éste.
- c) Conteniendo una orden incondicional de pagar.
- d) Nombre del banco librado.
- e) Pueden girarse a la orden o al portador.
- f) Tener fondos el librador.
- g) Firma autógrafa cuando así lo convenga el banco.
- h) Todos los requisitos para los documentos de créditos.

2.6. Naturaleza jurídica del cheque

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

- a. Teoría del mandato
- b. Teoría de la cesión
- c. Teoría del contrato a favor de un tercero
- d. Teoría de la estipulación a cargo de un tercero

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

No obstante, esta inclinación doctrinaria ha sido criticada con bases sólidas, sobre todo porque para que se dé el mandato debe existir un contrato de tal naturaleza. Villegas Lara, establece que: "...no hay mandato sin que previamente se celebre un contrato..."¹³

Para sustentar tal teoría es necesario acatar que no existe mandato tal como lo contempla la ley civil entre el cuenta habiente y el banco, por lo que en los casos de que

¹³ *Ibíd.* Pág. 80



el mismo titular de la cuenta, se gire un cheque, no habría mandato, tal como lo manifiesta el citado autor, simple y sencillamente es una orden de pago.

“Existe en el cheque un contrato de mandato por virtud del cual el librado se obliga a pagar en su nombre y por cuenta del librador la suma de dinero determinada en el cheque a su tenedor legítimo. Esto es, el librado realiza un acto jurídico por cuenta del librador, en virtud del mandato contenido en el cheque”.¹⁴

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

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

¹⁴ Langle, Emilio. Manual de derecho mercantil español. pág. 570.

El doctor Villegas Lara establece que: "...el cheque no puede desligársele de los usos bancarios, que dan a las instituciones de crédito facultades para escoger sus clientes.

Si el cheque fuera un medio de sustituir la clientela, el banco podría rehusar el pago de un cheque porque tiene libertad de contratar con quien más le convenga..."¹⁵

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

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

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

¹⁵ *Ibíd.*. Pág. 81



Por ese motivo el citado autor Lara establece: "...el banco no está vinculado jurídicamente al tenedor del cheque, es que éste no tiene acción contra la institución que le niega el pago del título, la que si tendría si se tratara de una estipulación en su favor. En resumen el negocio bancario del cual se pueden originar los cheques es un vínculo exclusivo entre depositantes y bancos, y por tal, razón, no hay ninguna estipulación que pueda generarse de tal relación..."¹⁶

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

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

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

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 81



puede dar la calidad del equivalente de dinero, ya que el documento solamente legitima la recepción de una cantidad de dinero, con lo cual cuando un tercero extiende un cheque garantizado, no está haciendo un pago, sino estableciendo una garantía.

2.7. Los caracteres jurídicos del cheque

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

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

- a) El cheque es un título de crédito, esto es, el documento necesario para ejecutar el derecho literal consignado en el mismo.
- b) Es un documento constitutivo-dispositivo y formal.
- c) Participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito.
- d) Es considerado cosa mercantil.
- e) Es un título estrictamente bancario.



- f) Se caracteriza por la exigencia de una previa provisión de fondos en poder del librado.
- g) El pago a la vista y la necesidad de la previa provisión de fondos en poder del librado, hacen que la institución de la aceptación sea inconciliable con la naturaleza del cheque.

Como título de crédito, es un documento, pero un documento de naturaleza especial. Es un documento constitutivo y dispositivo, no simplemente probatorio. Constitutivo porque sin el documento no existe derecho. Pero como es necesario además para la transmisión y para el ejercicio del derecho, se le califica también como documento dispositivo. El cheque es además un documento de naturaleza esencialmente formal, en cuanto a que la ley exige para su validez, que contenga determinados requisitos y menciones, en ausencia de los cuales no producirá efectos de título de crédito.

El cheque participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito. Como el tema corresponde a la teoría general de los títulos de crédito, porque se encuentra tan íntimamente ligado a él que sin la existencia del título no existe el derecho, ni por tanto la posibilidad de su transmisión o de su ejercicio. El documento es lo principal y el derecho lo accesorio, el derecho no existe ni puede ejercitarse, sino es en función del documento.



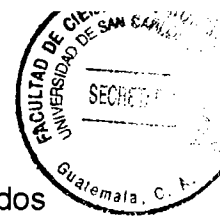
El cheque tiene carácter mercantil. De esto derivan fundamentalmente consecuencias como la calificación mercantil de tales títulos de crédito, de las operaciones en ellos consignadas y de los actos o contratos que sobre ellos se celebren.

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

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

El cheque es la relación librador-librado; se presenta como una orden de pago, pero a la vez, en la relación librador, contiene una promesa de pago. El librador ordena al librado el pago del cheque, pero, al propio tiempo, se obliga frente al tomador a que el cheque será pagado, le promete su pago.

Es un documento de vencimiento a la vista. Esto es, en el acto de presentación al librado y cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta. La idea de plazo es, pues, inconciliable con la esencia del cheque, concebido éste como medio o instrumento de pago.



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

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

El que gira un cheque por su parte está vinculado con la persona o tenedor a favor del cual se extendió el documento. Esta relación surge o se origina por lo general en virtud de la existencia de un contrato que obliga a pagar determinada suma de dinero; sustituyendo por lo general el cheque a la moneda para el pago de cualquier obligación.

En el contrato de cuenta corriente existe en sí una relación intrínseca que se cumple cuando el cheque es pagado al beneficiario o tenedor y también una relación extrínseca que se produce, asimismo, con la obligación de pagar la suma de dinero consignada en el cheque. Si el banco contra el cual se gira el cheque no paga éste porque no se cumple con algunas de las condiciones o requisitos de la relación intrínseca (falta de provisión de fondos por ejemplo), igualmente no resultara satisfecha la relación extrínseca. El hecho de que no se produzca el pago, entre otras, por la circunstancia antes referida, no implica que el cheque deje de tener eficacia o validez respecto de su girador, quien necesariamente quedará obligado a honrar la obligación de pago.



Fundamentalmente el cheque se utiliza como sustituto del dinero o instrumento de pago. Cumple esta función cuando el banco contra el cual se gira el documento efectúa el pago al beneficiario o tenedor. Para que el cheque cumpla la función que le es inherente; esto es, ser sustituto del dinero, es esencial que se le conciba sólo como un documento a la vista y pagadero a su sola presentación. Cuando el cheque es pagado por el banco librado sirve igualmente como medio de prueba, de la real efectividad del pago.

El cheque es, asimismo, un instrumento de pago por compensación, que se refleja en las diversas transacciones de pago que efectúan acreedores y deudores dentro de todo el sistema bancario; lo cual se consolida a través de la compensación que efectúan entre si los bancos sobre las sumas de cada uno de los cheques depositados en ellos.

2.8. La institución del cheque en el derecho guatemalteco

Lo anterior es descrito por Villegas Lara, aunque para ser más apegado a las condiciones que la mayoría de los bancos requiere podemos concretizar de la manera siguiente:

- a) Formulario en papel moneda diseñado por garantías de seguridad.
- b) Requiere descripción del número de cuenta a nombre del Cuenta habiente.
- c) Número de cheque en relación al talonario de autorización;
- d) Lugar y fecha.



e) Orden de pagar al portador o a una persona específica el cheque.

Partiendo de la base que para poder crear cheques, es necesario que el librador haya celebrado previamente un contrato con el banco que será su librado. Este contrato se le llama “Contrato de giro” o “Contrato de cheque”, que genera una cuenta de depósitos abiertos, cuyos fondos son retirables mediante el título de crédito llamado cheque.

El banco es el depositario del dinero que el cuenta-habiente le va entregando y debe devolverlo conforme aquél se lo vaya ordenando. Estas órdenes se datan en los cheques y el pago se hace a favor de la persona determinada o al portador, con cargo a los depósitos efectuados.

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

Tal como lo expone el Doctor Villegas Lara, el cheque es: “...un documento instrumental por medio del cual se pueden retirar los depósitos dinerarios existentes en las cuentas abiertas que se negocian con los bancos, ya sea por el mismo depositante o por medio de terceras personas; y que le sirven al banco para ir determinando los saldos de los que se le ha depositado y la cuantía de su obligación como depositario.”¹⁷

¹⁷ **Ibíd.** Pág. 82

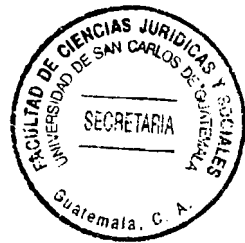


De esta manera el cheque no se considera como un instrumento de pago, todo se circunscribe a determinar:

- a) Cantidad de números.
- b) Cantidad en letras.
- c) Firma registrada del librador o cuenta habiente.
- d) Eventualmente algún espacio para referencia de su emisión.

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

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



2.9. Presentación y pago del cheque

El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de creación, o sin fecha, es pagadero el día de la vista. Los cheques deberán presentarse para su pago dentro de los 15 días calendarios de su creación. La presentación de un cheque en cámara de compensación surtirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado.

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

Si los fondos disponibles no fueren suficientes para cubrir el importe total del cheque, el librado deberá ofrecer al tenedor el pago parcial hasta el saldo disponible. Si él acepta el pago parcial, el librado le entregará una fotocopia u otra constancia en el que figuren los elementos fundamentales del cheque y el monto del pago efectuado. El tenedor podrá rechazar el pago parcial.

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



2.10. El protesto del cheque

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

La naturaleza jurídica del protesto es un acto solemne y formal. Es un acto solemne porque debe ser hecho por medio de notario tal como lo establece el Artículo 472 del Código de Comercio el cual estipula: "El protesto se practicará con intervención del notario..." o por medio de anotación del librado o la cámara de compensación únicamente en el caso del cheque tal como lo estipula el Artículo 511 del Código de Comercio el cual establece: "El protesto por falta de pago, debe tener lugar antes de la expiración del plazo fijado para su presentación. La anotación que el librado (Banco) o la cámara de compensación ponga en el cheque, de haber sido presentado en tiempo y no pagada total o parcialmente, surtirá los efectos del protesto".

En el caso del cheque se puede suplir la intervención del notario para hacer constar el protesto pues la propia ley lo regula tal como se analizó en el párrafo anterior y tal como lo establece el Artículo 471 del Código de Comercio el cual establece: "En caso de haberse estipulado el protesto por el creador de la letra, éste no podrá ser suplido por ningún otro acto, salvo disposición en contrario.



Es acto formal porque puede hacerse constar en el propio cheque tal como se especificó anteriormente o en hoja adherida al cheque, esta modalidad se esta adoptando en el país, esto lo hacen las instituciones bancarias mediante el adherir al cheque un pequeño formulario donde vienen una lista de causales por las cuales no se puede hacer efectivo el monto del cheque y únicamente se marca la causal y por último se puede hacer constar por medio de notario, medio que en la actualidad en relación con el cheque no es común de hacerse debido a la practicidad que brinda un sello en el anverso el cheque donde no se establece que no se puede hacer el pago del monto del cheque o una hoja adherida al mismo.

2.11. Modalidades del cheque

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

- a. Cheque cruzado
- b. Cheque para abono en cuenta
- c. Cheque certificado
- d. Cheque con provisión garantizada
- e. Cheque de caja o de gerencia
- f. Cheque de viajero
- g. Cheque con talón para recibos y causales



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

Este cheque puede circular y puede ser endosado.

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

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

c. Cheque certificado: Es aquel en que el librador pide antes de la emisión, que el librado certifique que existen fondos. La certificación no puede ser parcial, ni extenderse en cheques al portador, así como no es negociable.

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



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

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

d. Cheque con provisión garantizada: Son cheques emitidos por los propios bancos en los cuales ellos hacen constar que por cheque emitido, efectivamente se tienen fondos suficientes para su pago.

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

e. Cheque de caja o de gerencia: Los bancos podrán expedir de caja o de gerencia a cargo de su propia dependencia. Estos cheques son no negociables y no pueden expedirse al portador.

f. Cheque de viajero: Son librados por el librador a su propio cargo y serán pagados por su establecimiento principal o por sus sucursales.



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

Al entregar el cheque de viajero el librador al beneficiario éste estampará su firma en lugar adecuado del título. El que pague o reciba el cheque deberá verificar la autenticidad de la segunda firma del tenedor, cotejándola con la firma puesta ante el librador.

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

h. Cheques con talón para recibos y causales: Este tipo de cheques llevarán adherido un talón separable que deberá ser firmado por el titular al recibir el cheque y que servirá de comprobante del pago hecho. Los cheques causales expresarán el motivo del cheque y servirán de comprobante del pago hecho, cuando lleven el endoso del titular original.



CAPÍTULO III

3. El delito de estafa mediante cheque

El delito de estafa mediante cheque se tipifica en la legislación guatemalteca, en el cual el elemento principal de la misma es la existencia del dolo, para que pueda aplicarse dicha tipificación, aspecto importante por lo cual muchas veces se deja de poder ejercer la persecución penal correspondiente ya que el criterio del juez es quien decide si existe o no dolo en la acción de entregar un cheque que no puede ser cobrado.

Siendo el objeto de la presente investigación la estafa mediante cheque, será importante definir qué es la estafa común, determinando la conducta que está calificada en la ley sustantiva y las variantes conocidas como elementos típicos.

3.1. La estafa

Según el Diccionario Jurídico, la estafa es definida: "Delito genérico de defraudación que se configura por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño; tales como el uso de nombre supuesto, de calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o ficción de bienes, crédito, comisión empresa o negociación."¹⁸

¹⁸ Osorio, *Ob. Cit.* Pág.29

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

Los tratadistas De León Velasco y de Mata Vela señalan: "...la esencia de los fraudes punibles (estafas) reside en el elemento interno: el engaño, que es, la mutación o alteración de la verdad para defraudar el patrimonio ajeno. Mediante una manipulación o ardid, se procura hacer llegar al dominio del activo, el bien ajeno... La estafa en sí, es una especie del fraude genérico..."¹⁹

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

Los tratadistas mencionados señalan: "... las legislaciones modernas ante lo arduo de encontrar una definición que comprenda íntegramente en reducidos términos la complejidad del fraude, prefieren hacer una lista detallada de los casos de incriminación, previstos cada uno de constitutivas especiales pero comprendido todo ello bajo denominación común de fraude..."²⁰

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

¹⁹ De León Velasco, y De Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 531

²⁰ **Ibid**, Pág. 531



3.2. El bien jurídico tutelado

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

Ormozabal Malaree indica "... los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico. Surgen de la base de la relación social y constituyen una separación, en la síntesis de la confrontación social. De esta forma los bienes jurídicos con relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno."²¹

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

El autor antes relacionado establece: "Será el bien jurídico colocado como referente en la base misma de la teoría del delito el que le dará contenido material al injusto". La tipicidad y la antijuridicidad se constituyen en dos momentos valorativos y diferentes de un mismo hecho. Este hecho, estando ya definida la tipicidad y la antijuridicidad, dará lugar a una unidad: el injusto.

²¹ Ormozabal Malaree, Herman. **Bien Jurídico y Estado social y democrático de derecho**. Pág. 152

Será por este injusto concreto, realización personal de un sujeto dotada de sentido y significación social, que deberá establecerse si dicho sujeto debe o no responder penalmente por el...”²²

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

La estafa es una defraudación que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino a la competitividad del patrimonio; después de un hurto, el patrimonio puede verse disminuido y aun puede haberse aumentado; esa disminución se produce por el error de una persona que dispone del bien detrayéndolo del patrimonio afectado, acción que realiza, por lo tanto, desconociendo su significado perjudicial para dicho patrimonio. La secuencia causal en la estafa –como en toda defraudación por fraude- es la siguiente: El agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio.

La defraudación comprende una serie de actos pero los principales serán dos especies básicas de defraudación: La estafa y el abuso de confianza. La diferencia entre ambos reside en el momento en que el sujeto obre dolosamente, por lo que en la estafa, el

²² Ibid. Pág.

dolo es anterior a la obtención de la cosa y en el abuso de confianza, por el contrario el dolo es posterior.

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

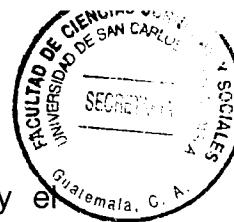
En el abuso de confianza, la voluntad de la víctima no está viciada y la entrega de la cosa es válida y lícita; pero luego de la entrega, el delincuente abusa de la confianza de la víctima. Como se ve, en este caso la actividad fraudulenta es posterior a la entrega.

En síntesis, el dolo en la actividad fraudulenta, de la estafa es anterior, en tanto que en el abuso de confianza, es posterior.

3.3. El cheque como acción de pago

La utilización de la institución del cheque tal como lo indica el doctor Villegas Lara que: "...en nuestra opinión, lo que debe tratarse es de encontrar en la sencillez del tráfico comercial..."²³, lo expuesto se entiende que la cuestión, de comprar y vender, en todo caso de recibir bienes y entregar su valor en dinero mediante el cheque, por ello se manifiesta la obligación de tener fondos, ya que una de las partes en la contratación ya ha entregado los bienes valorados, y si el documento de crédito no posee fondos, entonces una de las partes, quien recibió los bienes, se verá afectada en su patrimonio,

²³ Villegas Lara, Ob. Cit. Pág. 82



para ello era necesario que existiera confianza en la persona que compra y el documento de crédito.

3.4. Causas que originan la emisión del cheque

Las actividades comerciales que en su mayoría justifican el tráfico del cheque. Esas actividades comerciales así como en cualquier otra, en que las personas tengan la necesidad de utilizar y se justifique la emisión de un cheque, se debe entregar el mismo, si efectivamente se dispone de los necesarios para su pago.

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

Últimamente algunas personas, derivado de las acciones penales y civiles que derivan del uso de cheque sin provisión de fondos, consideran que es una garantía mayor, que los deudores emitan a su favor cheques que perfectamente saben que no pueden ser cubiertos por la persona que los emite. En caso de que no se cumpla con el compromiso establecido o acordado, simplemente se iniciarán acciones por el delito de estafa mediante cheque, aún cuando se conoce que jamás existió la intención de que dicho documento circulara, por el contrario, se desnaturaliza la institución del cheque, puesto que en la legislación no existe la nominación del cheque en garantía.



3.5. El delito de estafa mediante cheque

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

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

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

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

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

3.6. La función e importancia del uso del cheque

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

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

El pago mediante cheque no produce los mismos efectos jurídicos que el pago realizado en moneda del curso legal. En efecto, el que paga una deuda con un cheque en vez de hacerlo con moneda circulante no se libera frente a su acreedor. El pago con cheque no es pro soluto sino pro solvendo. Esto es, la entrega del cheque no libera jurídicamente al deudor ni consecuentemente extingue su débito. Sino que esto sucede hasta que el título es cubierto por el librado.

El empleo del cheque como medio de pago, produce la concentración de grandes sumas de dinero en los bancos, los cuales a través del ejercicio de las funciones intermediarias propias de su objeto, mediante el ejercicio del crédito, concierten en productos considerables recursos económicos, que de otra forma permanecerían aislados e improductivos. Los fondos depositados en las instituciones de crédito, con la potencialidad económica que les preste su concentración, se canalizan hacia el comercio y la industria, favoreciendo la creación de nuevas fuentes de riqueza en beneficio de la economía general y de la prosperidad del país.

Para lograr una mayor difusión del empleo del cheque en los pagos, por las importantes ventajas que del mismo se derivan en los ámbitos particular y general, las leyes de casi todos los países han dotado al cheque de un régimen legal privilegiado, eximiéndolo del pago de impuestos u otorgándole beneficios fiscales de otra índole, y concediendo una enérgica protección al derecho del tenedor, y consecuentemente a la circulación de este documento a través inclusive de sanciones de carácter penal.

3.7. Casos de presunción de estafa mediante cheque

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

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

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

Cabe destacar que recientemente algunos bancos al momento de utilizar la Cámara de Compensación, solamente extienden una boleta impresa por computadora, razonando el rechazo por falta de fondos. Ahora bien, en muchos casos se deben a diversas circunstancias el rechazo de un cheque por lo que sería necesario analizar los siguientes elementos fácticos que podrían determinar una efectiva calificación.

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

Pueden ocurrir consecuencias diferentes como el ingreso al sistema de cómputo de un virus, bajas de corriente, errores de señal en línea del lugar en donde se consulte o



pretenda hacer efectivo el pago del cheque, los cuales nos alejan y de comprobarse, desvirtúan la intención de defraudar en su patrimonio al tenedor de un cheque.

En segundo lugar deben contemplarse los errores humanos, en los cuales quienes operan las máquinas electrónicas tengan responsabilidad, pero en algunos casos conocidos, la persona que tiene el cargo de pagador en un banco, por alguna razón ingresa mal el número de cuenta del cheque y procede a su rechazo o en casos en donde quienes operan los depósitos lo hacen incorrectamente, generando alguna operación conocida como reversión y en el momento de consultar para hacer efectivo un cheque, esta cuenta no posee fondos, pero no porque el titular de dicha cuenta hubiera dispuesto de ellos anteriormente, sino porque probablemente considerando haber girado un cheque, efectuó un depósito y éste no fue acreditado en tiempo, por error humano o por error electrónico computarizado, ya que a veces algunos bancos cuentan con el sistema de ingreso de datos totales del movimiento del día hasta en horas de la noche.

En tercer lugar se debe contemplar que la persona que gira el cheque (librado), se lo traslada a la otra quien recibe éste (tenedor), pero es el caso que sin consentimiento del titular de la cuenta, alguna persona retiró anómalamente los fondos de ésta y con ello no pudo cubrir el tenedor del cheque el monto girado a su favor.





CAPÍTULO IV

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

De acuerdo al Diccionario Jurídico, garantía: "Afianzamiento, fianza. Prenda, caución. Protección contra peligro o riesgo."²⁴

La definición anterior se traduce en la intención de quién presta algo. La garantía "...en Derecho civil y comercial, es un mecanismo jurídico para proteger o asegurar el compromiso de que una determinada obligación será cumplida en tiempo y forma. Por encima de cualquier otra garantía, el Derecho conoce la llamada garantía patrimonial universal: todo acreedor, no importando el origen de la deuda, sabe que el obligado al pago responde del cumplimiento de su obligación con todos los bienes presentes y hasta con los que pueda llegar a tener si mejora de fortuna (bienes futuros del deudor)..."²⁵

4.1. Relación causal de garantía

Cuando en un acto contractual o en un acto mercantil, una de las partes necesita garantizar su obligación de pago o de cumplimiento de una obligación, se le exige como garantía la emisión de uno o varios cheques a nombre del acreedor, lo cual constituye

²⁴ Osorio, Ob. Cit. Pág. 332

²⁵ Enciclopedia Encarta 2006. Microsoff

una voluntad de pago, sino de garantía de una obligación, evitando con ello suscribir algún otro documento como ejemplo de reconocimiento de deuda.

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

4.2. La inexistencia de la figura de la fianza

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

Por ello surgió la figura del fiador, en el caso de que eventualmente alguna persona incumpla con sus obligaciones contractuales, es una manera simple de incluir una obligación frente a la posición de un tercero, sin embargo es práctica común que se omita el fiador y se requiera la entrega un cheque en garantía.

No obstante, es necesario determinar la intencionalidad de exigir un cheque en garantía a la persona que adeuda una cantidad de dinero o asume una obligación civil o mercantil, puesto que el objeto del cheque jamás será la obligación de pago en ese momento, debido a que la persona que recibe el cheque, sabe perfectamente que el mismo no tiene fondos y se le ha entregado de buena fe, por lo que surge la pregunta inmediata de que: ¿Existe delito de estafa mediante cheque, si el mismo no tuviera fondos?, tal interrogante lleva a retomar la teoría del delito, en cuanto a la culpabilidad, puesto que no puede concluir por sí, que existe intención es decir el dolo, que es supuesto principal de la norma penal.

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

La institución del cheque como se encuentra regulado actualmente, no contempla la figura del cheque en garantía, por el contrario, por esa razón la persona que exige la entrega de un cheque sabiendo que el librador no posee fondos en su cuenta para cubrir el mismo, lo hace con la intención, no de garantizar su pago, sino de tener opción de utilizar la vía penal como alternativa para el cobro del monto total del cheque y el temor de la persona que extendió el mismo de ser perseguida y sancionada penalmente, incluso con prisión.



4.3. El cheque con provisión garantizada

Se debe aclarar que el término con provisión garantizada, no es lo mismo, que emitir un cheque en calidad de garantía.

La doctrina refiere a los “Cheques limitados”, por lo que para el tratadista Silvio Longhi citado por Cervantes Ahumada y Villegas Lara expone: “En Inglaterra, un banco estableció un ingenioso sistema para dar confianza a sus cheques; el banco hacia la declaración de que sólo entregaba talonarios contra depósitos; en cada uno de los esqueletos del talonario, el banco anotaba la suma máxima por la que el cheque podía ser librado, y por tanto, dentro de éstos límites el tomador podría tener la seguridad de que el título sería atendido por el banco”,²⁶

Este tipo de cheque al ser girado, se tenía la confianza de que existía la cantidad determinada en el mismo para su pago, siendo el Banco responsable de haber emitido cheques por cierta cantidad y no disponer de los fondos allí descritos.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el objeto de utilizar este tipo de cheques es efectivamente el pago, no existe otra función más que disponer del monto establecido en ellos a favor de la persona a quien se le entrega dicho documento.

²⁶ Ob. Cit. Pág. 90



4.4. El proceso bancario para cambio de cheque

Este procedimiento ha variado en todos los bancos del sistema en Guatemala, ya que la tecnología ha generado mejores y más seguros mecanismos, para la revisión de los datos de las cuentas habientes y de los fondos que se proporcionan, bajo la orden de pago.

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

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

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

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

- a) Visar cheques: Asegurarse de que haya suficientes fondos netos disponibles en la cuenta del cliente para cubrir la cantidad del cheque que está visando. Compruebe ante de visar un cheque que esté bien hecho, si las cantidades coinciden, si la firma es legítima, si hay alguna orden de no pagar el cheque. Asegurarse antes de visarlo de anotar la cantidad del cheque en el listado de cuentas y cargarla por la cantidad del cheque.
- b) Asegúrese que la persona que se presenta a cobrar el cheque tiene la suficiente autoridad para hacerlo y fíjese que lo endosa personalmente.
- c) Determinar si el cheque tiene forma regular.
- d) Vea que la fecha esté y que no sea muy atrasada. Al igual que si no hubo ninguna pérdida de cheque en esa fecha.
- e) Fíjese que las cantidades escritas en números y letras coincidan.
- f) Inspeccione el cheque por si hay alteraciones.
- g) Cheque que haya sido propiamente endosado.
- h) Asegúrese que tenga fondos disponibles.
- i) Asegúrese que no haya suspensión de pago contra el cheque.



4.5. El cheque dado en garantía

Tal como se ha expuesto a lo largo de la presente investigación, es práctica común dentro de las relaciones civiles y comerciales, que se suscriban en garantía de pago de una obligación.

Sin embargo, se desnaturaliza la institución del cheque, como actualmente se encuentra regulado, toda vez que el mismo se instituye como un medio de pago y no de garantía.

La intención de extender un cheque en garantía, no puede ser jamás defraudar al imputado en su patrimonio, no existe ningún ánimo de fraude, de engaño o ardid, es más las partes convienen en aceptar dicha forma de garantía.

4.6. La aceptación de la garantía por medio de un cheque

La aceptación de un cheque dado en garantía, para la persona jurídica que lo acepta, lo que pretende es tener la certeza jurídica de que podrá ejercitar las acciones penales y civiles que por la negativa de pago por el banco se deriven. Se reitera que la persona que inicie acciones legales por ejemplo de estafa mediante cheque, considera que con la acción penal, efectivamente logrará el pago del que se le garantizó con el título es decir el cheque.



Sin embargo, es de suma importancia tener en cuenta que el haber girado un cheque en garantía, no supone la buena voluntad o buena fe de la parte que lo recibe, de no presentarse inmediatamente al banco para su cobro, aún cuando tenga una fecha posterior, debido a que el cheque es pagadero al momento de que ser presentado al Banco, no importando si tiene una fecha posterior a lo que se denomina cheque pre-fechaado, lo cual tampoco se contempla en la legislación guatemalteca. Por lo que la buena fe y aceptación del cheque en garantía no se encuentra regulado en el sistema jurídico guatemalteco, lo cual permite emitir un cheque con un objeto de garantía, pero dependerá de la buena fe de quien lo reciba para hacerlo efectivo, sino hasta el momento en que deba cumplirse la obligación, si es que quiere respetarse las condiciones que dieron origen a la emisión del cheque.

4.7. El carácter civil del pago del cheque en garantía

Cuando el titular de una cuenta bancaria de depósitos monetarios, en el cual se le ha permitido extender cheques o bien cuando un tercero ajeno a la relación jurídica que se celebra entre partes, desea garantizar el cumplimiento de una obligación a través de la emisión de un cheque en garantía, por lo que el incumplimiento de la obligación contractual, no debería de ser la acción penal, sino por el contrario la acción civil.

De acuerdo con lo anterior y atendiendo a la naturaleza de la relación jurídica que origina la emisión del cheque en garantía, es procedente y legalmente necesario, que para exigir el cumplimiento sea utilizar la vía civil, para demandar como un título

ejecutivo, ya que los elementos de tipo penal, no configuran real actitud de garantizar mediante un cheque, que no tenga fondos después máxime si este es pre-fechaado.

La persona que recibe un cheque en calidad de garantía, y la o las personas involucradas directamente, aceptan las condiciones de ese acuerdo, por tal razón la persona obligada a efectuar el pago, en el caso de no cumplir con su obligación, se esta frente a la posibilidad también de desestimar una acción penal en su contra, toda vez que las condiciones ya tienen carácter civil, y en todo caso no se configuran los elementos del tipo penal que justifiquen un delito de estafa mediante cheque.

De acuerdo a lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, el reclamo de la cantidad dineraria que se encuentra sujeta a condiciones establecidas previamente, se rigen por la vía civil en cuanto a que el negocio jurídico requiere para su validez capacidad legal del sujeto que declara su voluntad y consentimiento lícito que no adolezca de vicio, por lo anterior es posible no desvirtuar el cheque, sino más bien generar los mecanismos de confianza necesarios para su utilidad en la negociación mercantil.

De acuerdo al resultado de la presente investigación realizando un análisis crítico de la emisión del cheque en garantía, es evidente que jamás existió la intención de causar un acto delictivo, en el presente caso, el delito de estafa mediante cheque.



El cheque en garantía como tal, no ha sido aceptada su existencia a través de una figura legal, pero su uso es inminente por lo que tampoco se ha excluido, si las leyes constitucionales otorgan el derecho de realizar lo que no está prohibido, es procedente legitimar la institución del cheque en garantía.

4.8. La determinación legal del cheque en garantía

No existiendo los presupuestos fácticos y legales para establecer el delito de estafa mediante cheque, es necesario tener en cuenta que para exigir el cumplimiento de la obligación que se garantizó con dicho título de crédito, no será la vía penal, sino por el contrario la vía civil, con lo establecido en el Artículo 327 del Código Procesal el Juicio Ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos:.. 4º. ... Los testimonios de las actas de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios ... 7º. Toda clase de documentos que por disposiciones especiales tengan fuerza ejecutiva...”, de lo anterior se desprende que si la ley no prohíbe otorgar la calidad de garantía a un cheque, este efectivamente puede tenerlo, en consecuencia se comprueba con los documentos que pueden ser sujeto de protesto, como lo considera procedente la existencia fáctica del cheque en garantía, por lo que debe regularse en el Código de Comercio su aplicación legal.

El pago constituye el cumplimiento de la prestación que constituya el objeto de la obligación, ya sea ésta una obligación de hacer o de dar. Esto significa que debe existir una contratación, pero en el caso de involucrar el cheque para asegurar una garantía



de pago, su otorgamiento es de buena fe, puesto que no constituye pago en ese momento, puesto que se entrega para garantizar una obligación.

4.9. El cheque en garantía y sus efectos en el ramo penal

Como justificación para nominar el cheque en garantía, se parte de que el derecho debe regular las conductas de los habitantes de un lugar, por lo que al existir en la práctica civil y comercial, el uso de título de crédito como lo es el cheque, dado como garantía del cumplimiento de una obligación, es un acto humano que debe ser regulado, puesto que causa efectos en el mundo jurídico.

Los legisladores deben tomar en cuenta que, al nominar en la legislación mercantil el cheque en garantía, se evitará con ello que su uso sea con fines penales, tal como sucede en la actualidad puesto que la persona que recibe dicho título de estafa mediante cheque, cuando los presupuestos procesales y la descripción jurídica del delito, la conducta del librador jamás se encuadra en ella, puesto que jamás existió la intención de defraudar al tenedor del cheque en garantía.

Debe quedar claro que el cheque en garantía no debería producir efectos jurídicos en el ramo penal, como en la actualidad se realiza, puesto que jamás existió pago alguno, por el contrario se utilizó como medio de garantía para el cumplimiento futuro de una obligación.



Al no existir en una relación jurídica la emisión de un cheque en pago, sino darlo en garantía, el proceso para ejecutar el mismo no debe ser la vía penal, sino el requerimiento civil por la vía ejecutiva, puesto que se determina que la intención del librador no fue defraudar al tenedor del cheque, sin que exista ningún ánimo de fraude, de engaño o ardid, es más las partes convinieron en aceptar dicha garantía.

Por lo anterior es procedente determinar que cuando una persona en su calidad de deudor, fiador ó tercero en una relación contractual, extiende un cheque en garantía, no se puede tener como premisa de su actuación, que lo hace con la intención de defraudar o afectar el patrimonio de la otra parte.

A continuación se cita el Artículo en que a juicio de la autora, considera se debe hacer la reforma para dejar claro la nominación y uso del cheque en garantía, por lo que se transcribe el Artículo como aparece en el Código de Comercio vigente y posteriormente se adiciona la reforma propuesta en negrilla.

4.10. Legislación actual

Artículo 495, Requisitos de lo dispuesto por el Artículo 386 de este Código, el cheque deberá contener: 1º. La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero. 2º. El nombre del banco librado. Cuando así se convenga con el banco librado, la firma autógrafa del librado puede ser omitido en el cheque y deberá ser sustituida por su impresión o reproducción. La legitimidad de la emisión podrá ser controlada por cualquier sistema aprobado por el banco". (sic)



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

Cuando el librador de un cheque inserta la frase “en garantía”, se entenderá que dicho título fue entregado como garantía de una obligación civil o mercantil y no como un documento de pago, por lo que al ser presentado al librado, si este tuviese fondos en la cuenta del librador, pagará el cheque o informará de la falta de provisión de fondos para el pago del mismo, siendo la única vía legal para exigir el cumplimiento de la obligación garantizada la relación que dió origen a la emisión del cheque, la cual será a través de un juicio ejecutivo.

Legislación actual: Artículo 496. Disponibilidad. “El librador debe tener fondos disponibles en el banco librado y haber recibido de éste autorización expresa o tácita para disponer de esos fondos por medio de cheques. No obstante la inobservancia de esta prescripciones, el instrumento es válido como cheque. El que defraudare a otro librando un cheque sin tener fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su cobro alterando cualquier parte del cheque o usando indebidamente del mismo, será responsable del delito de estafa, conforme al Código Penal.”(sic)



Reforma adicionado: Artículo 796. Disponibilidad “El librador debe tener fondos disponibles en el banco librado y haber recibido de éste autorización expresa o tácita para disponer de esos fondos por medio de cheques. No obstante la inobservancia de esta prescripciones, el instrumento es válido como cheque. El que defraudare a otro librando un cheque sin tener fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su cobro alterando cualquier parte del cheque o usando indebidamente del mismo, será responsable del delito de estafa, conforme al Código Penal.”

El cheque no producirá efectos cambiarios si el tenedor lo recibió en garantía del cumplimiento de una obligación, por lo que la responsabilidad penal descrita en el presente artículo, no será aplicable al librador.



CAPÍTULO V

5. Discrecionalidad judicial en la aplicación de la medida sustitutiva de caución económica en el delito de estafa mediante cheque

La actividad de la función jurisdiccional, le corresponde por mandato constitucional y de acuerdo a lo preceptuado en la Ley del Organismo Judicial a la Corte Suprema de Justicia, completamente a los órganos jurisdiccionales, sin embargo, es importante señalar que constitucionalmente, el artículo 203 y 204 regulan en forma específica la función jurisdiccional, mismos que se citan a continuación:

Artículo 203. Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público. La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.”



Artículo 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia. “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.”

De las disposiciones antes mencionadas, es importante señalar que la Ley del Organismo Judicial contenida en el Decreto número 2-89 del Congreso de la República, regula la función jurisdiccional en los artículos siguientes:

Artículo 57. Justicia. “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la República y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país. La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. La justicia es gratuita e igual para todos. Ninguna otra autoridad podrá intervenir ni interferir en la administración de justicia. Los Organismos del Estado, sus dependencias y entidades autónomas y descentralizadas deberán prestar a los Tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Igual obligación tienen los particulares.”

Artículo 58. Jurisdicción. La jurisdicción es única. Para su ejercicio se distribuye en los siguientes órganos:

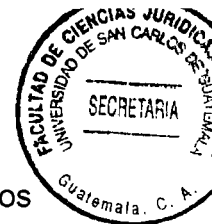
- a) Corte Suprema de Justicia y sus Cámaras.
- b) Corte de apelaciones.

- c) Magistratura coordinadora de la jurisdicción de menores y de los tribunales de menores.
- d) Tribunal de lo contencioso-administrativo.
- e) Tribunal de segunda instancia de cuentas.
- f) Suprimido por (DC 41-96).
- g) Juzgados de primera instancia.
- h) Juzgados de menores.
- i) Juzgados de paz, o menores.
- j) Los demás que establezca la ley.

En la denominación de jueces o tribunales que se empleen en las leyes, quedan comprendidos todos los funcionarios del Organismo Judicial que ejercen jurisdicción, cualesquiera que sea su competencia o categoría.

Artículo 59. Instancias. En ningún proceso habrá más de dos instancias.

Artículo 60. Garantías. “Los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, dando cuenta de los hechos al tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.”



Artículo 62. Competencia. “Los tribunales sólo podrán ejercer su potestad en los negocios y dentro de la materia y el territorio que se les hubiese asignado, lo cual no impide que en los asuntos que conozcan puedan dictar providencias que hayan de llevarse a efecto en otro territorio.”

Artículo 63. Publicidad. “Los actos y diligencias de los tribunales son públicos, salvo los casos en que por mandato legal, por razones de moral, o de seguridad pública, deban mantenerse en forma reservada. La calificación será hecha por el juez en casos muy especiales y bajo su estricta responsabilidad. En todo caso los sujetos procesales y sus abogados tienen derecho a estar presentes en todas las diligencias o actos de que se trate y hacer las observaciones y protestas que procedan y en general enterarse de su contenido.”

Artículo 66. Facultades generales. Los Jueces tienen facultad:

- a) De compeler y apremiar por los medios legales a cualquier persona para que esté a derecho.
- b) Para devolver sin providencia alguna y con sólo la razón circunstanciada del secretario, los escritos contrarios a la decencia, a la respetabilidad de las leyes y de las autoridades o que contengan palabras o frases injuriosas, aunque aparezcan tachadas, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurre, tanto el litigante como al abogado que auxilia.

También serán devueltos en la misma forma los escritos en los que figuren mandatarios o abogados cuya intervención sea motivo de que el juez o la mayoría de magistrados que integran un tribunal colegiado, tengan que excusarse o puedan ser recusados, salvo que el juez o magistrado entre a conocer del negocio cuando ya estuviere actuando en él, el abogado o mandatario, caso en que la excusa o recusación serán tramitados como corresponde. Contra esa devolución el interesado podrá acudir en queja al tribunal inmediato superior dentro del tercer día, acompañando el escrito de mérito.

- c) Para rechazar de plano, bajo su estricta responsabilidad, los incidentes notoriamente frívolos o improcedentes, los recursos extemporáneos y las excepciones previas extemporáneas, sin necesidad de formar artículo o hacerlo saber a la otra parte. La resolución deberá ser razonada, será apelable y si el tribunal superior confirma lo resuelto, impondrá al abogado auxiliante una multa entre quinientos a mil quetzales. En estos casos la apelación no tendrá efectos suspensivos y el asunto continuará su trámite hasta que se encuentre en estado de resolver en definitiva, momento en el que se esperará la resolución de la apelación. El tribunal que conozca en grado lo hará con base en copia de las actuaciones certificadas por la Secretaría respectiva.

En los procesos de ejecución, tendrán facultad para tramitar y aprobar nuevas liquidaciones por capital, intereses, gastos y costas si han transcurrido seis meses o más desde que se presentó la anterior liquidación y esta no ha quedado firme por incidentes, nulidades o recursos presentados por los demandados que han impedido



o demorado la aprobación de la liquidación anterior, con el propósito de que las nuevas liquidaciones abarquen los intereses, gastos y costas ocasionados por las demoras.

d) Para mantener el orden y la disciplina de sus subalternos, distribuyendo dentro de ellos el trabajo en la forma más eficiente; así como para imponerles las sanciones que establezca la ley.”

Artículo 74. Jurisdicción. “La Corte Suprema de Justicia tiene jurisdicción en toda la República para conocer de los asuntos judiciales que le competen de conformidad con la Ley. Es el tribunal de superior jerarquía de la República.”

Artículo 75. Integración. “La Corte Suprema de Justicia se integra con trece magistrados, en la forma siguiente: Un Presidente, que lo es también del Organismo Judicial; Doce magistrados, todos iguales en jerarquía, que se designarán con el número que les corresponda en el orden de su elección. Este servirá para la sustitución temporal del Presidente y para el efecto de votaciones. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán electos en la forma y para el período establecido en la Constitución Política de la República.”

Artículo 76. Organización. “La Corte Suprema de Justicia se organizará en las Cámaras que la misma determine. Cada Cámara contará con un Presidente y el número de Vocales que se considere conveniente y conocerá de los asuntos que la



propia Corte disponga. Los asuntos sometidos al conocimiento de una Cámara serán substanciados por el Presidente de ella y resueltos por mayoría de votos de sus integrantes. En caso de empate, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia se integrará a la cámara correspondiente.”

5.1. Factores que provocan la discrecionalidad

a. Económico

b. Social

a. Económico: Tomando en consideración la trascendencia y el uso del cheque en el medio comercial guatemalteco, es importante destacar que la actividad bancaria recibe diversidad de títulos de crédito de diferentes denominaciones como producto de los actos de comercio, tomando en cuenta que es utilizado el cheque como un medio de pago, y de allí su trascendencia de carácter económico dentro de la actividad comercial guatemalteca.

b. Social: Desde hace mucho tiempo en Guatemala, la actividad que desarrolla el cheque es de uso común y prácticamente aplicado por toda la sociedad guatemalteca, ya que dicho título de crédito, ha sustituido al dinero en efectivo, dando seguridad y protección en algunas oportunidades, ya que por los índices delincuenciales en Guatemala, no hay una garantía real en cuanto a dichas actividades, sin embargo, es de gran importancia hacer referencia que la mayor parte de habitantes de Guatemala



tienen en el sistema bancario cuentas o libretas que le dan la facilidad de obtener una chequera y de esta forma girar determinadas cantidades de dinero como mecanismo de pago.

5.2. Frecuencia del delito de estafa mediante cheque en los tribunales de justicia

Como consecuencia de los actos de comercio realizados algunos comerciante actúan de buena fe y otros todo lo contrario, algunos pretenden resolver sus compromisos u obligaciones comerciales, a través de diferentes transacciones bancarias principalmente una que se refiere a la utilización del cheque como título de crédito, sin embargo son constantes las estafas provocadas como utilización de dicho mecanismo bancario al extremo que algunos comerciantes no reciben en calidad de pago los cheques y otros se limitan a establecer que únicamente se aceptan cheques de caja o con provisión garantizada.

De conformidad con la acción penal existen diariamente cientos de querellas planteadas para que el órgano provisional competente promueva la citación y posterior persecución penal a efecto de sancionar al responsable de un hecho delictivo contenido en la ley penal, como delito de estafa mediante cheque.



5.3. Importancia de la aplicación de la medida sustitutiva de caución económica en el delito de estafa mediante cheque al cien por ciento de lo estafado

Este problema lo podemos encontrar planteado en el libro “filosofía del derecho” de Pablo Raul Bonorino, en los siguientes términos: “ las reglas jurídicas.... Permiten resolver sin inconvenientes.... los casos fáciles.... Pero existen casos que caen dentro del área de penumbra, los denominados “casos difíciles”. En estos casos la regla no determina por sí sola la solución, y el juez debe elegir entre distintas alternativas, apelando a consideraciones extrajurídicas.²⁷ La existencia inevitable de estos “casos difíciles” en la práctica de la aplicación judicial del derecho, constituyen fundamento de la llamada “discrecionalidad Judicial en la Aplicación de la medida sustitutiva de caución económica en el delito de estafa mediante cheque”, tema del presente trabajo de tesis. Como vemos pues, y para puntualizar el problema de la discrecionalidad judicial, es el de las reflexiones que suscita el hecho de que, al parecer, en los casos difíciles es una decisión del juez y no una verdad jurídica o una utilización estricta de las reglas objetivas del derecho, la que subyace a la aplicación del mismo.

El problema de la necesidad técnica de discreción judicial ha sido analizado de diferentes aproximaciones a los límites del derecho en relación con la obligación judicial de fallar. En este contexto la posición que sostiene la necesidad de discreción judicial ha surgido como consecuencia de la asunción de una tesis restrictiva acerca de los

²⁷ Filosofía del Derecho, Pablo Raul Bonorino.



límites del Derecho. En este sentido el positivismo jurídico ha definido la idea de las fuentes sociales o la existencia de una regla de reconocimiento con criterio para identificar el Derecho y al mismo tiempo, para determinar las fronteras de lo jurídico, por tal razón es necesario hacer una adición al artículo 264 del Código Procesal Penal tal y como ya ocurrió con lo delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, que por medio del artículo 16 del decreto número 30-2001 del Congreso de la República, se hizo una adición mas al artículo ya citado en cuanto a que en los procesos instruidos por los delitos ya mencionados, únicamente se puede imponer una medida sustitutiva de Caución Económica y siempre y cuando las misma no sea inferior al cien por ciento de los tributos retenidos o defraudados, por lo que al hacerle una adición mas al artículo 264 ya citado, se debería regular expresamente que en los delitos patrimoniales de estafa mediante cheque, cuando se aplique la medida sustitutiva de caución Económica, esta deberá ser por el monto de lo estafado mas intereses y costas causadas. Por eso se propone que la caución no solamente garantice que él procesado no se evada, sino también el cumplimiento de las responsabilidades derivadas de su acción ilícita, si ésta se comprueba.

5.4 Medidas sustitutivas

Las medidas sustitutivas son medios que facilitan la libertad de locomoción de una persona que presuntamente ha cometido un delito, considerado como leve, con el



objeto de resguardar la aplicación de la ley penal.²⁸

Así las medidas sustitutivas son alternativas que ofrecen el Código Procesal Penal a la prisión preventiva en aquellos casos en que los fines de la misma pueden lograrse por otras vías menos gravosas para el sindicado.

a. **Caución:** La caución es una forma de garantizar el cumplimiento de lo pactado, lo prometido o lo ordenado, ya sea que el cumplimiento y la garantía sea realizado por el mismo procesado o por otra persona; por lo común la caución se perfecciona a través de la adquisición de una obligación de orden civil o penal establecida judicialmente por el órgano jurisdiccional y su cumplimiento se garantiza con una fianza, prenda, hipoteca, depósito de valores, embargo, entrega de bienes o solemne juramento de cumplimiento por parte del obligado.²⁹

La caución de orden penal, es el compromiso solemne que contrae el imputado ante el órgano jurisdiccional de no procurar su fuga o no entorpecer las investigaciones dentro del proceso penal en su contra y de apersonarse ante el Juzgado, Tribunal o la autoridad que se designe, cuantas veces sea necesario, o bien, de observar buena conducta y no delinquir en el futuro, a cambio de su libertad durante el tiempo que dure el proceso o la sentencia dictada en su contra, que dure el proceso o la sentencia dictada en su contra y de apersonarse ante el Juzgado, Tribunal o la autoridad que se designe, cuantas veces sea necesario, o bien, de observar buena conducta y no

²⁸ Cfferata Nores, José I, **Medida de coerción en el proceso Penal**,

²⁹ Ossorio, Manuel, **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, Pág. 321

delinquir en el futuro, a cambio de su libertad durante el tiempo que dure el proceso o la sentencia dictada en su contra, garantizando el cumplimiento de su obligación con una medida cautelar real o con el solemne juramento de hacerlo, además del apercibimiento de revocarle los beneficios otorgados en caso de incumplimiento.³⁰

b. Naturaleza jurídica de la caución: La forma más frecuente de aparecer de las cauciones en el proceso penal, es como medida cautelar o medida de coerción menos grave y que se aplica como sustitución de la prisión preventiva, cuando no existe el peligro de fuga o de obstrucción de la investigación por parte del imputado y garantizar su comparecencia al proceso penal. Tal como lo puede comprobar en el proceso de la investigación, por medio de las entrevistas y encuestas llevadas a cabo.

Las cauciones sólo aplicarán en la forma y en los casos establecidos por la ley y pueden ser personales y reales, prestadas por el imputado o por un tercero a favor del mismo. Son beneficios o garantías procesales, nacen con ocasión del proceso, son accesorias a éste y subsisten mientras existía la razón que las justificó y cesan cuando ésta desaparece, no están a disposición de las personas para hacer uso de ellas, sino del juez quien verificará cuando el procesado solvente su situación jurídica para su devolución.

La caución tiene carácter de prevención o aseguramiento, lo que evidencia su naturaleza preventiva.

³⁰ Cafferata Nores, Jose. **Medida de Coerción en el Proceso Penal**. Pág. 109

El Derecho Penal moderno ve en la caución uno de los sustitutos, de la prisión preventiva; al mismo tiempo, constituye una excelente medida de seguridad. Por lo anterior estimo que efectivamente la caución económica es un mecanismo conveniente para justificar que el procesado se presente al Tribunal o Juzgado correspondiente para continuar su proceso. Es efectiva ya que se garantiza con parte del patrimonio del sindicado.

5.5. Clases de caución

- a. Caución económica
- b. Caución personal
- c. Caución real

Las cauciones pueden ser personales y reales, las primeras están constituidas por una garantía de tipo personal, como la caución juratoria; las segundas, por una garantía de tipo patrimonial, como la caución económica.³¹

La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

³¹ José Cafferata Nores, **Ob. Cit.** Pág. 110-112.

Se evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación. En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad. Considero que como aporte primordial sería aconsejable un estudio económico para verificar sus posibilidades y otorgar con mayor frecuencia cauciones económicas en los delitos que ameritan el mismo.

a. Caución Económica: Tiene las mismas finalidades, elementos, fundamentos legales y doctrinarios de la caución juratoria, diferenciándose de ésta únicamente en que el tipo de garantía real o patrimonial y no una garantía de tipo personal.

La garantía en la caución económica, puede consistir, de acuerdo al artículo 264 numeral 7 del Código Procesal Penal, en: depósito de dinero o valores; constitución de prenda o hipoteca y embargo o entrega de bienes.

b. Caución Personal: Para Manuel Ossorio “Es aquella que presta una tercera persona con capacidad para contratar”.³² Para José Francisco De Mata Vela, consiste en el pago de una cantidad de dinero que deberá fijar el Juez dentro de los límites señalados.

³² Manuel Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 117



c. Caución Real: La garantía real consiste en el depósito de dinero, valores o en la constitución de hipoteca o fianza. Esta clase de garantía puede ser prestada por el propio imputado o por tercera persona en su nombre.

Manuel Ossorio indica que la caución real es: “La que se constituye gravando con hipoteca bienes inmuebles, depositando la suma de dinero que el Juez determine o depositando efectos públicos u otros papeles de crédito realizables al precio de su cotización.

Respecto a la forma de constituir la caución real mediante hipoteca esta se realiza a través del faccionamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro General de la Propiedad, con lo que se asegura la obligación. El depósito de dinero se realiza en las cajas del Departamento de Tesorería de la Dirección Financiera del Organismo Judicial, es necesario explicar que su objeto es asegurar la presentación del imputado al tribunal.

Gilberto Gimeno Sendra afirma respecto de la fianza: “Es una medida de aseguramiento directo que busca la disponibilidad de metálico de forma inmediata o a través de la afección de bienes muebles o inmuebles de fácil realización y de valor conocido”³³

Esta medida sustitutiva será ejecutada o cancelada como lo establece el artículo 270 del Código Procesal Penal, que preceptúa la ejecución de las cauciones, en el caso de

³³³³ Vicente Gimeno sendra, **Derecho Procesal Penal**. Pág. 186



rebeldía o cuando el imputado evadiere la ejecución de la pena, para lo cual se fijará un plazo de cinco días para que este se presente o cumpla la condena impuesta.

Al concluir el plazo para que se presente el procesado sin que éste cumpla, el tribunal podrá elegir entre la venta en pública subasta de los bienes que integran la caución por intermedio de una institución bancaria o el embargo y ejecución de los bienes del fiador, por vía de apremio en cuerda separada, como esta establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil. (Libro Tercero, Título I, Artículo 294 Procedencia de la ejecución en vía de apremio, el que nos indica que procede la ejecución en la vía de apremio cuando se pida en virtud de los siguientes títulos, siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero, líquida y exigible, 1º. Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; 2º. Laudo arbitral no pendiente de recurso de casación; 3º. Créditos hipotecarios; 4º. Bono o cédula hipotecarias y sus cupones; 5º. Créditos prendarios; 6º. Transacción celebrada en escritura pública; y 7º. Convenio celebrado en el juicio.

5.6. Casos de excepción al auto de prisión preventiva y al de medida sustitutiva

De conformidad con lo establecido por el Código Procesal Penal en su artículo 261 en los delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que existe presunción razonable de fuga o de cualquier obstaculización de la averiguación de la verdad.



Así mismo, no se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando en el caso concreto no se espera dicha sanción. El Código Procesal Penal en su artículo 264 remite al Código Procesal Penal y al respecto se establece que los sujetos y delitos que no gozan del beneficio de Medida son:

- a) Los reincidentes o delincuentes habituales. (Art. 27 numeral 23 y 24 del Código Penal,)
- b) Homicidio doloso. (art. 123 Código Penal)
- c) Asesinato. (Art. 132 Código Penal.)
- d) Parricidio. (Art. 131 Código Penal.)
- e) Violación calificada. (Art. 175 Código Penal.)
- f) Violación de menores de doce años de edad. (Art. 173 Código Penal.)
- g) Facilitación de medios (Art. 40)
- h) Alteración, (Art. 42)
- i) Expendio ilícito (Art. 43)
- j) Receta de suministro (Art. 44)
- k) Transacciones e inversiones (Art. 45)
- l) Asociaciones delictivas, (Art.47)
- m) Procuración de impunidad o evasión, (art. 48)
- n) Promoción o estímulo (art. 49)
- o) Encubrimiento real, (Art. 50)
- p) Encubrimiento personal, (Art. 51.)
- q) Delitos calificados por el resultado. (Art. 52)



a. Excarcelación mediante caución: Entendemos por excarcelación mediante caución el acto de poner en libertad a un individuo que se encuentra detenido o preso en virtud de orden impartida por autoridad competente, mediando caución juratoria o fianza real.³⁴

b. Fianza: Es la obligación accesoria que un sujeto contrae para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, cuando se exige para la excarcelación de un imputado o acusado equivale a caución. El artículo 264 del Código Procesal Penal, en el numeral 7, hace referencia a la prestación de una caución económica adecuada, ya sea hecha efectiva por el propio imputado o por otra persona que se haga patrimonialmente responsable.

En el artículo 269 hace mención de las cauciones e indica que es el tribunal quien debe fijar el importe y la clase de caución, además debe decidir sobre la idoneidad del fiador. Así mismo, este deberá justificar su solvencia.

Cuando el imputado y el fiador decidan sustituir la caución por otra equivalente lo podrán hacer previa autorización del tribunal.

El artículo 271 del Código Procesal Penal establece que la caución será cancelada y devueltos los bienes afectados por la garantía, siempre que no hubieren sido ejecutados, cuando:

1. El imputado fuere reducido nuevamente a prisión preventiva.

³⁴ José Cafferata Nores. **Ob. Cit.** Pág. 93



2. Se revoque la decisión de constituir cauciones, sean o no reemplazadas por otra medida.
 3. Por sentencia firme se absuelva al acusado o se sobresea el proceso.
 4. Se comience la ejecución de la pena privativa de libertad, o ella no se deba ejecutar.
- Se verifique el pago íntegro de la multa.

De lo anterior deducimos que si se viola la ley no serán devueltos los bienes afectados por dicha garantía.

Aplicación en los Juzgados de Primera Instancia del Ramo Penal: Al efectuar entrevistas en los Juzgados de Primera Instancia Penal, para verificar la aplicación de la peligrosidad del sindicado, las facilidades que tenga para salir del país o permanecer oculto, no obstaculice o evada la justicia.

Además manifestaron que se otorgan las medidas de caución económica u arresto domiciliario principalmente en consideración del imputado, por las consecuencias que en éste y en su familia causan la prisión, ya que existen casos en que el acusado es inocente de los hechos que se le imputan.

Se comprobó que hay muchos procesos donde se ha concedido la caución económica, ello ha generado que se descarguen de procesos con detenido los tribunales de Justicia, y los Centros de detención preventiva porque el procesado goza de libertad mientras es investigado su caso. Es decir que puede proporcionar más datos y

evidencias para esclarecer el hecho que le investiga, el procesado aporta medios o puede colaborar para la investigación y demostrar su inocencia.

5.7. Ventajas de la medida sustitutiva

Las ventajas de las medidas sustitutivas resultan de las características que contienen como medidas de coerción menos graves para los imputados de hecho delictivos, que pueden hacerse valer en el curso del Proceso Penal para obtener su libertad y solventar su problema gozando de caución económica y dentro de ellas podemos mencionar las siguientes:

- a. Que es una medida de coerción menos grave.
- b. Que es una medida de coerción de carácter excepcional.
- c. Que se otorga en cumplimiento al principio de que la duda favorece al imputado, pues la persona sindicada podría no ser la que cometió el delito.
- d. Que evita el sufrimiento de una pena de prisión anticipada sin que se haya dictado sentencia.
- e. Que esta medida sustitutiva de prestación de caución económica se otorga sin discriminación.

a. Que es una medida de coerción menos grave: Garantiza la obtención de la libertad de locomoción por parte de los imputados y no sufrir privación de la libertad antes de que dicte sentencia condenatoria o absolutoria, debido a que el beneficiado no ofrece



peligrosidad social y además beneficia a su núcleo familiar con su actividad económica la que no se interrumpe.

b. Que es una medida de coerción de carácter excepcional: Se puede en determinados casos regulados en los artículos 261, 264, 272 del Código Procesal Penal prescindirse de toda medida de coerción, al no existir peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad, por parte de los imputados.

c. Que se otorga en cumplimiento al principio de que la duda favorece al imputado pues la persona sindicada, podría no ser la que cometió el delito: Esta ventaja lo regula el último párrafo del artículo 14 del Código Procesal Penal, dicha norma a casos concretos podría establecer: que de las evidencias o medios de convicción que el Ministerio Público envíe al Juzgado, este determina que al procesado se le atribuye la comisión de un delito, pero al no existir evidencias o medios de prueba suficientes para que el procesado haya participado o cometido el hecho delictivo, podría el Juzgador en este caso, conceder medida de coerción menos grave para el procesado, como resultado de la duda que se tiene sobre la participación del sindicado.

d. Que evita el sufrimiento de una pena de prisión anticipada, sin que se haya dictado sentencia: La medida sustitutiva es de carácter cautelar, por tanto no puede, al igual que la prisión preventiva, actuar o funcionar como pena anticipada, sino por el contrario, al ser una medida de coerción menos grave evita que los procesados sufran prisión antes que se dicte sentencia.



Esta ventaja se puede ubicar en el último párrafo del artículo 259 del Código Procesal Penal, el que expresa que:

“La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del procesado en el proceso”.

e. Que esta medida sustitutiva de prestación de caución económica se otorga sin discriminación: Aunque se aplicaría preferentemente para las personas que tienen condiciones de solvencia económica, como lo expresa el párrafo tercero del artículo 264 del Código Procesal Penal, esto no debe ser limitativo ya que en ningún caso se utilizarán medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de medios del imputado impida la prestación.

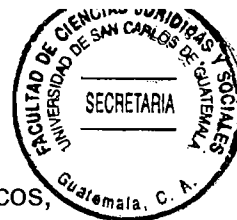
Como podemos ver, esta medida de coerción tiene una función relativa en el sentido que sus beneficios se otorgan tanto al procesado que tiene mejor condición económica como aquel que no la tiene.

Esta medida de coerción es la más solicitada por los Abogados defensores en nombre de sus clientes, dentro de la práctica profesional del ramo penal, por el beneficio que recibe el procesado, de estar fuera de prisión.



CONCLUSIONES

1. El derecho penal, constituye la rama del derecho público que tiene por objeto de estudio los delitos, las penas, y las medidas de seguridad que el Estado impone a los infractores de una norma de conducta, siendo importante indicar que la teoría del delito ayuda al esclarecimiento de un hecho delictivo, siempre y cuando se haga a través de una efectiva investigación, lo que le corresponde efectuar a los agentes fiscales e investigadores del Ministerio Público.
2. El cheque es considerado el título de crédito que puede ser emitido a la orden o al portador mediante el cual, éste debe presentarse ante un banco del sistema para su efectividad, estableciendo que la institución bancaria, se ve obligada a pagar la cantidad descrita en el mismo, siempre y cuando hayan fondos disponibles, en Guatemala, diariamente los bancos del sistema rechazan algunos cheques por la no disponibilidad, teniendo el tenedor del mismo el derecho a protestarlo en sede notarial.
3. Son diversos los puntos de vista emitidos por juristas y doctrinarios, tomando en cuenta que no se establece con exactitud en qué momento se comete el hecho delictivo, si es en la emisión del cheque o en la presentación y rechazo del mismo ante una entidad bancaria y de allí la importancia de su regulación en el Código Penal y en el Código Procesal Penal, como delito de acción privada.



4. El cheque en cuanto a su creación, debe cumplir con algunos principios básicos, siendo el más importante que solo puede ser librado contra un banco, ya que de no hacerlo de esta manera no produce efectos de título de crédito, pudiéndose emitir a la orden o al portador, debiendo existir fondos disponibles en el banco librado para no tener problemas al momento de la presentación y del pago del mismo.



RECOMENDACIONES

1. Que el Consejo del Ministerio Público, en coordinación con el Fiscal General de la República, desarrollen e implementen diversidad de programas de capacitación en investigación criminal con el propósito que los agentes fiscales e investigadores específicos conozcan la aplicación de la teoría del delito desde la escena del crimen y de esta manera tener efectividad en la aportación de medios de prueba de cargo durante la tramitación del proceso penal.
2. Que los bancos del sistema implementen una política para sus cuentahabientes en el sentido de limitar la entrega de chequeras para aquellas personas que en un año calendario hayan tenido diez o más cheques rechazados por falta de fondos y garantizar la efectividad del título de crédito ante una institución bancaria.
3. Que la Superintendencia de Bancos, en coordinación con el sector banquero de Guatemala, creen un reglamento con los cuentahabientes, a efecto de conocer estos los efectos jurídicos, procesales y comerciales que genera la emisión de un cheque sin disponibilidad de fondos y minimizar de esta manera el delito de estafa mediante cheque regulado en el Código Penal guatemalteco.
4. El Organismo Legislativo, debe desarrollar un análisis de las disposiciones contenidas del cheque en el Código de Comercio regulado en el Decreto número 2-70, así como lo establecido en el Código penal, en el delito de estafa mediante



cheque y realizar las reformas necesarias a efecto de establecer las garantías en la emisión del mismo.



BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO POLANCO, Romero. **Introducción al derecho I**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1985

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal general**. Bogotá: Ed. Temis, 1984.

CFFERATA NORES, José. **Medidas de coerción en el nuevo código procesal penal de la nación**, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1992.

Cf. TOCORA, Fernando. **Política Criminal Contemporánea**, Colombia, 1997.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Crockmen, 2002.

Enciclopedia Encarta 2006. Microsoff

<http://www.definición.de/delito/>(Guatemala, 09 de febrero de 2012).

LANGLE, Emilio. **Manual de derecho mercantil español**. Madrid, 1947.

HORMOZABAL MALAREE, Herman. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ed. Jurídica Consur, 1991.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000.

PAR USEN, José Mynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Vile, 1996.

VICENTE GIMENO, sendra. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Ed. Colex, 1999.

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

Legislación:

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

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



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

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