

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

**EFICACIA DE LA QUERRELLA DE ESTAFA
MEDIANTE CHEQUE EN EL PROCEDIMIENTO
PENAL ACTUAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SERGIO LEONEL CASTRO ROMERO

Previo a Conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Abril de 1999



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

ECANO:	Lic. José Francisco De Mata Vela
JCAL I:	Lic. Saulo De León Estrada
JCAL II:	Lic. José Roberto Mena Izeppi
JCAL III:	Lic. William René Méndez
JCAL IV:	Ing. José Samuel Pereda Saca
JCAL V:	Br. José Francisco Peláez Cordón
SECRETARIO:	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Jaime Noel Ruiz Pinto
JCAL:	Lic. Héctor David España Pinetta
Secretario:	Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
JCAL:	Lic. Mario Armando Cabrera Marques
Secretario:	Lic. Jorge Mario Alvarez Quirós

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



LIC. RUBEN MENDOZA BATRES
ABOGADO Y NOTARIO
7^a. Calle "A" 12-22 zona 11
TELEFONO: 4735560



863-99
[Handwritten signature]

Señor Decano
Lic. JOSE FRANCISCO DE MATTA VELA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

26 FEB. 1999

RECIBIDO
Hores: *[Handwritten]*
Oficial: *[Handwritten]*

Señor Decano:

Con fundamento en la designación recalcada en mi persona por medio de la providencia de fecha nueve de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, con todo respeto me dirijo a usted con el objeto de rendirle informe sobre la labor que desarrolle como **ASESOR DE TESIS** del Bachiller **SERGIO LEONEL CASTRO ROMERO**, en su trabajo de investigación cuyo título final quedó con la denominación **"EFICACIA DE LA QUERRELLA DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACTUAL GUATEMALTECO"**.

Me permito asesorar al Bachiller **CASTRO ROMERO**, utilizando las técnicas de investigación modernas y se le sugirió que cambiara algunos temas dentro del desarrollo temático del trabajo relacionado, habiendo estado de acuerdo en los mismos. Me permito hacer la observación que sobre el trabajo realizado en nuestra legislación existe mucha controversia, en el sentido que el Delito de Estafa Mediante Cheque, ha sufrido gran cambio para su Tipificación correspondiente.

Por lo expuesto me permito rendir el Dictamen correspondiente, en el sentido de que el trabajo de tesis cumple con los Requisitos establecidos en las normas contenidas en el Reglamento de Exámenes Técnico Profesionales y Público de Tesis, por lo que debe de continuarse con el trámite correspondiente, Salvo mejor opinión del Revisor.

Sin otro particular me suscribo del Señor Decano, deferentemente.

Guatemala, 22 de Febrero de 1,999.

"ID Y ENSEÑADA A TODOS"

[Handwritten signature]
Lic. RUBEN MENDOZA BATRES
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Universidad, Zona 12
1a, Centroamérica



[Handwritten signature]

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, tres de marzo de mil novecientos
noventa y nueve.-----

Atentamente, pase al LIC. LUIS ROBERTO ROMERO RIVERA
para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del
bachiller SERGIO LEONEL CASTRO BOMERO en su
oportunidad emita el dictamen correspondiente

Alhj.



[Handwritten signature]

LIC. LUIS ROBERTO ROMERO RIVERA

ABOGADO Y NOTARIO

7°. AV. 20-36 ZONA 1, 3°. NIVEL, OFICINA 36
TELEFONOS: 251-8165 221-3485 221-3501



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

12 MAR. 1999

RECIBIDO
Horas: 5 Minutos: 30
Oficial: [Signature]

Señor Decano
Lic. JOSE FRANCISCO DE MATTA VELA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Señor Decano:

Con fundamento en la designación recaída en mi persona por medio de la providencia de fecha tres de Marzo de mil novecientos noventa y nueve, respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de rendirle informe sobre la labor que desarrollé como REVISOR DE TESIS del bachiller SERGIO LEONEL CASTRO ROMERO en su trabajo de investigación cuyo título final quedó con la denominación "EFICACIA DE LA QUERRELLA DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACTUAL GUATEMALTECO".

Se procedió a revisar el trabajo de investigación relacionado, considerando el suscrito que el mismo llena los requisitos establecidos en el Reglamento de Exámenes Técnico Profesionales y Público de Tesis, razón por la cual doy mi dictámen en sentido favorable para que pueda ser discutido en el examen público correspondiente.

Sin otro particular me suscribo del señor Decano, deferentemente,

Guatemala, 11 de Marzo de 1,999.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

[Signature]
LIC. LUIS ROBERTO ROMERO RIVERA
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, diecisiete de marzo mil novecientos noventa y
nueve. _____

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del
trabajo de tesis del Bachiller SERGIO LEONEL CASTRO ROMERO
intitulado "EFICACIA DE LA QUERRELLA DE ESTAFA MEDIANTE
CHEQUE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACTUAL
GUATEMALTECO". Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico
Profesional y Público de Tesis. _____



ALHI.



ACTO QUE DEDICO

A DIOS:

Luz que me alumbro en todos los momentos de mi existencia,
poder supremo que gobierna mi vida.

A LA VIRGEN MARIA:

Madre de las madres, que ha sabido guiar mi vida.

A MIS PADRES:

ALICIA ROMERO y VENANCIO CASTRO GUTIERREZ,
que nuestro Padre Celestial los tenga en su gloria, y festejando la
culminación del trabajo que dejaron hecho en mi.

A MIS HIJAS:

SANDRA ALICIA, que es la luz y alegría de mi vida, y
FATIMA DEL ROSARIO, quien es el lucero que me alumbra desde el
cielo.

A MI ESPOSA:

SANDRA JUDITH MORAN SEGURA DE CASTRO, Por ser
la mujer perfecta para mi, y por su Amor, Comprensión y Paciencia que
me a tenido.

A MIS HERMANOS:

Noé Augusto, Eli Dionicio, Angel David, María Candelaria,
Lidia Leonarda, Rocío del Alba, Gloria Lisbeth y Brenda Rosemary,
Con mucho Amor y respeto .

A MIS CUÑADOS Y CUÑADAS.

A MIS SOBRINAS Y SOBRINOS

A MIS AMIGOS:

En especial a Luis Alfredo Morales López, Marco Vinicio
González De León, Luis Emilio Orozco Piloña, .

A TODOS LOS COMPAÑEROS DEL JUZGADO PRIMERO DE PAZ
PENAL DE TURNO.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

INDICE

Pág.

INTRODUCCION

i

CAPITULO I

1. DERECHO PROCESAL PENAL

1.1. Concepto y Naturaleza Jurídica.....	1
1.2. El Proceso Penal.....	3
1.2.1. Concepto.....	3
1.2.2. Elementos del Proceso Penal.....	4
1.2.3. Objetos del Proceso Penal.....	7
1.3. Sistemas Procesales Penales.....	8
1.3.1. Sistema Inquisitivo o Inquisitorio.....	8
1.6.1. Sistema Acusatorio.....	9

CAPITULO II

2.- EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

2.1. Características.....	11
2.2. Principios y Garantías.....	12
2.2.1 Definición.....	13
2.2.2 Principios Contemplados en el Proceso Penal....	13
2.2.3 Garantías Constitucionales.....	19
2.3. Jurisdicción y Competencia.....	20
2.3.1. Jurisdicción.....	20
2.3.2. Competencia.....	22
2.4. Fases del Proceso Penal.....	22

CAPITULO III

3.- LA PRUEBA

3.1. Definición.....	25
3.2. Elementos de la Prueba.....	26
3.3. La Libertad de la Prueba.....	30
3.4. Procedimiento Probatorio.....	32
3.5. Obligatoriedad de la Prueba.....	33
3.6. Comunidad de los Objetos y los Medios de Prueba.....	33
3.7. Admisión y Valoración de la Prueba.....	34
3.7.1 La Prueba Legal o Tasada.....	35
3.7.2 Intima Convicción.....	35
3.7.3 La Libre Convicción, Libre Convencimiento.....	35

CAPITULO IV

4.- EL CHEQUE COMO DOCUMENTO DE PAGO.

4.1. Antecedentes Históricos.....	37
-----------------------------------	----



	Pag.
4.2. Concepto.....	40
4.3. Requisitos.....	41
4.3.1. Requisitos Personales.....	42
4.3.2. Requisitos Reales.....	43
4.3.3. Requisitos Formales.....	43
4.4. Importancia de las funciones del Cheque.....	44
4.5. Naturaleza Jurídica.....	45
4.6. Formas del Cheque.....	48
4.6.1. Cheque a la Orden.....	48
4.6.2. Cheque al Portador.....	49
4.6.3. Cheque No Negociable.....	50
4.7. Finalidades del Cheque.....	51
4.8. Clasificación del Cheque.....	52
4.9. Circulación del Cheque.....	53
4.10. Vencimiento, El Cheque Pre y Postdatado.....	54
<u>CAPITULO V</u>	
5.- EL DELITO	
5.1. Concepto.....	57
5.2. Elementos.....	59
<u>CAPITULO VI</u>	
6.- EL PATRIMONIO.....	
6.1. De Los Delitos Contra El Patrimonio en nuestro Código Penal y sus Diferencias con el Delito de Estafa.....	70
<u>CAPITULO VII</u>	
7.- LA ESTAFA COMO FIGURA GENERICA TIPO	
7.1. Concepto	75
7.2. Algunos antecedentes Históricos.....	75
7.3. Doctrina.....	77
7.4. Elementos del Delito de Estafa.....	82
7.4.1. Apoderamiento de Cosa de Ajena Pertenencia.....	82
7.4.2. Cosas Pertenecientes al Mundo del Bien Mueble.....	83
7.4.3. Existencia de Animo de Lucro.....	84
7.4.4. Acción Realizada induciendo a error, ardid o engaño.....	85
7.4.5. Existencia de Relación de Causalidad entre el engaño y el Perjuicio.....	86
7.5. Formas de Estafa en la Ley Penal Guatemalteca.....	87
<u>CAPITULO VIII</u>	
8.- DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE	
8.1. Breves Antecedentes Históricos.....	89

	Pag.
8.2. Importancia de la Tutela Penal del Cheque.....	90
8.3. Concepto Legal.....	92
8.4. Concepto Doctrinario.....	93
8.5. El Bien Jurídico Tutelado.....	94
8.6. Elementos del Delito.....	94
8.6.1. Elemento Subjetivo.....	95
8.6.2. Elemento Objetivo.....	95
8.7. Momento Consumativo del Delito.....	97
8.8. Forma de Comisión.....	97
8.9. Utilización indebida del Cheque como forma de Garantía en Transacciones Comerciales y Contratos de Mutuo altamente Usurarios.....	101

CAPITULO IX

9.- ANALISIS CRITICO DE LA INOBSERVANCIA EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE.

9.1. Importancia de la Tutela del Cheque.....	103
9.2. Forma de Comisión del Delito.....	106

CAPITULO X

10.- PROCEDIMIENTO LEGAL PARA JUZGAR LA ESTAFA MEDIANTE CHEQUE.

10.1. Querrela.....	107
10.1.1. Noción Legal.....	107
10.1.2. Querrela y Denuncia.....	107
10.1.3. Antecedentes.....	108
10.1.4. Nuestro Ordenamiento Jurídico Procesal.....	108
10.2. Inadmisibilidad.....	110
10.3. Investigación Preparatoria.....	111
10.4. Mediación y Conciliación.....	111
10.5. Imputado.....	113
10.6. Medidas de Coerción.....	114
10.7. Procedimiento Posterior.....	114
10.8. Desistimiento Tácito.....	114
10.9. Renuncia, Retracción y Explicación Satisfactoria.....	115
10.10. Desistimiento Expreso.....	116
10.11. Innovaciones en el Procedimiento Para delitos de Acción Privada.....	116
<u>CONCLUSIONES</u>	119
<u>RECOMENDACIONES</u>	121

BIBLIOGRAFIA.....

Pag.
123

INTRODUCCION

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, y la implementación del sistema acusatorio en el proceso penal guatemalteco, con todas las reformas que a sufrido principalmente la que sufrió por medio del decreto 70-97 del Congreso de la República de Guatemala, publicado en el Diario de Centro América el 15 de Octubre de 1997, el cual entro en vigencia el 23 de octubre del mismo año.

Con esta reforma en este procedimiento desaparece la investigación preliminar, pues el procedimiento preparatorio queda a cargo de la persona privada lesionada por el delito y legitimada para perseguir penalmente, quien si precisa del auxilio judicial en esa tarea, puede abrir una pequeña investigación previa ante el mismo tribunal del juicio, pudiéndose acortar en este caso, el apoyo y la intervención del Ministerio Publico. Tampoco existe etapa intermedia, puesto que el hecho motivo del juicio se formula en la querrela bajo la responsabilidad el requirente.

El querellante puede presentar su querrela al juez de paz para una audiencia de conciliación o las partes de común acuerdo podrán someter su conflicto al conocimiento de Centros de Conciliación o Mediación.

La inclinación que tuve para el desarrollo de este trabajo intitulado ***"EFICACIA DE LA QUERELLA DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACTUAL GUATEMALTECO"*** obedeció a la inquietud de dar a conocer las innovaciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

El presente trabajo, se elaboró con la finalidad de realizar un estudio acerca del tramite que se le da a la Querrela de Estafa Mediante Cheque, debido a la multiplicidad de opiniones que los tratadistas observan,

respecto a dicha institución y, fundamentalmente, por el giro que ha tomado en la práctica dicho título de crédito.

El cheque, tal como en su principio fue concebido, constituye un medio inmediato e incondicional de pago en sustitución de la moneda, para evitar la Portación de tanto efectivo entre la bolsa, y estar en peligro de algún asalto.

Así mismo la Corte Suprema de Justicia en su acuerdo número 68-98 creo específicamente el **TRIBUNAL DUODECIMO DE SENTENCIA PENAL DEL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA**, para que conozca de todos los delitos de acción priva cometidos en este departamento a excepción de los que ocurran en los Municipios de Amatitlan, Villa Nueva y Mixco.

CAPITULO I

DERECHO PROCESAL PENAL

1.1.- CONCEPTO:

El hombre es un ser que necesita existir dentro de una sociedad para desarrollarse de una manera más o menos completa en los niveles artísticos, culturales, científicos, etc. Pero ello implica que en determinado momento, por la relación frecuente entre los demás miembros de la sociedad, se susciten problemas interpersonales que alteren la armonía social. El Estado, como ente soberano se vale del Derecho para obligar a sus miembros a observar las normas que regulen los derechos de unas y otras personas a fin de mantener la paz social. Al momento en que se infrinja una norma que altere la armonía social, el Estado debe sancionar al infractor; pero previo a aplicar la sanción respectiva, es necesario que se utilicen mecanismos legalmente establecidos que permitan la averiguación del hecho delictivo, las circunstancias en que pudo ser cometido, la individualización del responsable y su posible participación. Constituyendo esto la esencia del Derecho Procesal Penal.

Los tratadistas, han definido al Derecho Procesal Penal de diversas formas, al respecto se proporcionan algunos conceptos:

Guillermo Cabanellas, lo define como *"el conjunto de actos mediante los cuales se provee, por órganos fijados y preestablecidos en la ley y previa observancia de determinadas formas, a la aplicación de la*

*ley penal, en los casos singulares concretos, ala definición de una relación concreta de Derecho Penal."*¹

Alberto Herrarte, lo define como *"la rama del Derecho Procesal que estudia las normas que regulan el proceso penal"*².

De conformidad con los anteriores planteamientos se puede inferir que: ***DERECHO PROCESAL PENAL, es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto el esclarecimiento de un hecho delictivo y las circunstancia de su comisión, la aplicación de beneficios al procesado y la imposición de penas y su ejecución, a través de los órganos jurisdiccionales competentes.***

Por ello la finalidad específica del Derecho Procesal Penal es obtener la declaración de certeza, positiva o negativa, derivada de la comisión de un delito o falta, por medio de la intervención de un Juez.

De conformidad con el autor guatemalteco Alberto Herrarte el contenido del Derecho Procesal Penal *lo constituye todo lo relativo a las diferentes formas del proceso penal y a las fases que presenta; los principios que los gobiernan; la naturaleza jurídica del proceso penal; el órgano jurisdiccional, las partes y el objeto del proceso, y la actividad procesal que se desarrolla desde el comienzo hasta la decisión o sentencia y a la ejecución de la pena, en su caso.*³

¹ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Beliastra, Argentina 1980, 14^a. Edición, Tomo II, Pag. 614

² Herrarte, Alberto. Derecho Procesal Penal, El Proceso Penal Guatemalteco. Editorial José Fineda Ibarra, Guatemala, 1978, Pag.35

³ Idem, Pag. 35

La naturaleza del Derecho Procesal Penal es puramente instrumental, toda vez que sirve para la realización de los fines del Derecho Penal; es decir pone en movimiento al derecho sustantivo para hacerlos efectivo.

Es eminentemente Público, en virtud que el Estado interviene directamente en el proceso por medio de los órganos jurisdiccionales, como titular del poder público.

Es autónomo, sus normas y principios son totalmente independientes de las normas del Derecho Sustantivo.

1.2.- EL PROCESO PENAL

1.2.1.- CONCEPTO

Toda Persona que realice una conducta ilícita , provoca que el aparato Estatal, por medio de los Organos jurisdiccionales competentes, utilice los mecanismos necesarios para que esa conducta sea sancionada. Es decir que a todo acto delictivo le sucede la acción punitiva del Estado, con el objeto de sancionar y reparar el daño social provocado; teniendo el Estado el Derecho de infligir un mal al culpable, para cuya imposición, se requiere una actividad por parte del propio Estado encaminada a la averiguación del Delito y del delincuente y a medir su responsabilidad.

Podríase iniciar por entender que todo proceso es *“un método lógico y ordenado creado por la civilización para conducir a una decisión judicial y restablecer por tal medio la paz y el orden jurídico. Todo Proceso*

responde a objetivos; se enmarca dentro de ciertos fines y propósitos comunes a una sociedad." ⁴

Guillermo Cabanellas al hablar del proceso penal, lo define como "*conjunto de actuaciones tendientes a averiguar la perpetración del delito, la participación de los delincuentes, su responsabilidad e imponerles la penalidad señalada en la ley."* ⁵

Alberto Binder lo define de la siguiente manera: "*Es un conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.) con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y, en el caso en que la existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de la sanción."* ⁶

Pudiendo establecer de conformidad con lo expuesto que las actividades realizadas en el proceso penal son tres principales: La jurisdiccional o sea la correspondiente al Juez; la del requirente, y la de la defensa del imputado, limitadas cada una de ellas por las disposiciones legales, además por la intervención de terceros y otros órganos oficiales que coadyuvan al desarrollo del proceso.

1.2.2.- ELEMENTOS DEL PROCESO PENAL:

1.2.2.1.- ELEMENTOS SUBJETIVOS: Estos elementos se encuentran constituidos y subdivididos por las actividades que se realicen y la

⁴ Barrientos Pellecer, Cesar Ricardo. Curso Básico sobre Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Editorial Llerena, S.A. Organismo Judicial. Guatemala, 1993 Modulo II, Pag.16

⁵ Cabanellas, Guillermo, Op. Cit.

⁶ Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Adhoc, 1ª. Edición. Buenos Aires, Argentina, 1993 pag. 4

funciones que se desempeñen: por lo que se clasifican en sujetos del Proceso y sujetos auxiliares del proceso. Los primeros realizan una función fundamental o principal, (el Órgano Jurisdiccional, el acusador, y el acusado o procesado) en tanto que los segundos solo realizan una función colaboradora o secundaria del proceso (por ejemplo el querellante, el actor civil, los peritos, los testigos, etc.).

El Estado protege en el proceso penal un interés público, ejerciendo para responder a ese interés público, ejerciendo para responder a ese interés la potestad exclusiva de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado. En tal sentido el órgano jurisdiccional se encuentra institucionalizado debidamente, organizado en forma preestablecida y en una situación superior en relación a las partes del proceso.

En relación a las partes del proceso, cabe señalar que en el proceso penal no existen "*partes*", como en el proceso Civil, es decir no hay un demandado ni un demandante. Ya que la función de ejercer la acción penal esta encomendada al órgano representante del Estado, el Ministerio Público, el cual puede ejercer la acción de acusar, pero en búsqueda de la verdad formal, puede incluso pedir la absolución del incoado, por no encontrar fundamento para solicitar su condena. Incluso en la iniciación del proceso, el sindicado o responsable puede no estar debidamente establecido o identificado.

El concepto de partes en el proceso penal es puramente formal, para mantener el principio del contradictorio. ⁷

⁷ Herrarte, Alberto. Op. Cit. Pág. 73

1.2.2.2.- ELEMENTOS OBJETIVOS:

Los elementos objetivos del proceso penal, son todos los actos que los sujetos o partes efectúan en el desenvolvimiento procesal, siendo preciso señalar que, aunque fraccionados, van integrando la unidad del proceso, de tal modo que implique avance continuo.⁸

Entre estos se encuentran, la denuncia, las prevenciones policiales, la querrela, la investigación realizada por el Ministerio Público, los anticipos de prueba, declaración del imputado, del agraviado, de testigos, ofrecimiento y recepción de pruebas, etc.

Dentro de los actos procesales, los más importantes son los efectuados por el juez, es decir las resoluciones judiciales, ya que son estas las que le dan impulso al proceso.

Los actos para ser considerados procesales deben ser efectuados dentro del proceso y que originen efectos sobre éste. Es por ello que en el proceso penal se habla de actos y no de hechos, ya que dentro de los hechos, se encuentran todos aquellos que producen consecuencia jurídica, las cuales pueden ser producidas o realizadas por el hombre o no. En tanto que dentro de la categoría de actos, se comprenden aquellos realizados, exclusivamente por el hombre y que producen consecuencia jurídica.

Los actos realizados por los sujetos procesales, conforman los elementos objetivos del proceso.

⁸ Valenzuela O., Wilfredo. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Guatemala, 1993, Pag. 71.

1.2.3.- OBJETO DEL PROCESO PENAL:

El objeto del proceso penal esta conformado por la materia sobre la cual recae la actividad de los sujetos procesales y del órgano jurisdiccional. Esta es la materia actuable, es decir la "*res iudicanda*", la cuestión o conflicto de intereses que le dio origen al proceso; el tema que se discute en el proceso y que se decide por el juez (*res iudicata*); es decir que el objeto del proceso penal es la **comisión de un hecho delictivo o de una falta y el esclarecimiento de ese hecho y muy remotamente la pena.**

1.2.4.- FINES DEL PROCESO PENAL:

Los fines del proceso penal persiguen la aplicación de la ley penal sustantiva al caso concreto e investigar la verdad llamada efectiva, material o histórica, es decir la realidad de los hechos o acontecimientos que son contenido del objeto del proceso. Pero siendo casi imposible obtener o lograr reproducir los hechos en la forma exacta en que ocurrieron, los tratadista del derecho procesal penal, han establecido la verdad llamada forense, que es la que realmente busca el proceso penal y que consiste en redefinir los hechos ocurridos de la manera más o menos exacta. Por medio de la verdad forense, se trata de encontrar la verdad histórica.

Sobre los fines se puede decir entre otras cosas, que tienen por finalidad la represión de los actos punibles mediante la imposición de penas; buscan la correcta valoración de las pruebas presentadas; tratan de buscar siempre la Justicia; establecen la participación y responsabilidad

penal en forma correcta; buscan esclarecer los hechos señalados como delitos o faltas así como las circunstancias en que pudo ser cometido el hecho; buscan la seguridad como valor trascendental de lo jurídico; y establecen la existencia o inexistencia de la comisión de un delito o falta.

1.3.- SISTEMAS PROCESALES PENALES:

Las funciones fundamentales en todo proceso penal son tres: **LA FUNCION DE ACUSAR** (ejercida por el agraviado), **LA FUNCION DE DEFENDER** (realizada por el sindicado) y **LA FUNCIÓN DE DECISION** (ejercida por el Juez).

De conformidad con Florian, citado por Alberto Herrarte, si las tres funciones anteriores están concentradas en una misma persona, se tendrá el proceso inquisitivo; por el contrario, si cada una de estas funciones es ejercida por diferente persona, se tendrá el proceso acusatorio. De donde, en el segundo caso se da un proceso de partes y en el primero un proceso **unilateral de un juez con actividad multiforme.**⁹

1.3.1.- SISTEMA INQUISITIVO O INQUISITORIO:

En este sistema el juez es el único ente gobernador del proceso, tiene la facultad de investigar, acusar y decidir; con respecto a la denuncia esta es secreta, el procedimiento es escrito, secreto y no contradictorio. Es usado el sistema legal de valoración de la prueba, por lo general siempre se busca la prisión del sindicado. La persecución penal corresponde a los órganos jurisdiccionales, por ser un proceso impulsado de oficio; "por e

⁹ Herrarte, Alberto. Op. Cit. Pag.37

*carácter semisecreto y escrito dificulta la defensa e impide contraponerse al investigador por su papel de juez y parte."*¹⁰

1.3.2.- SISTEMA ACUSATORIO:

El procedimiento es oral, público y con contradictorios, se desligan del juez la función de investigar y de acusar, quedando facultado únicamente para decidir sobre los hechos que las partes hayan demostrado, es decir tiene la función exclusiva de juzgar; existe igualdad de derechos entre las partes. Confiere a las partes el impulso procesal.

¹⁰ Barrientos Pellecer. Op. Cit. Pag. 29

CAPITULO II
EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

2.1.- CARACTERISTICAS:

Hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal Decreto 51-92, Guatemala, tenía un proceso Mixto, en el cual predominaba en su mayoría el sistema inquisitivo, esto provocaba que el proceso penal guatemalteco fuera un procedimiento lento y engorroso, que conllevaba a un retardo eminente en la administración de Justicia. El sindicado, se encontraba en una desventaja jurídica, ya que la prisión preventiva era decretada en la mayoría de procesos. Los jueces tenían a su cargo el impulso procesal de todo proceso, iniciaban la investigación de los delitos, buscaban medios de prueba para la acusación del procesado, y decidían el asunto, es decir en ellos se concentraba todas las funciones, investigar-acusar-decidir. Con la entrada en vigencia del Decreto 51-92 del Congreso de la República, el proceso penal se renovó en toda su magnitud; el Código Procesal Penal, implementó el sistema acusatorio y estableció el Juicio Oral; los cuales responden a concepciones de políticas estatales modernas necesarias en toda sociedad que busca una mejor forma de reprimir el delito y de sancionar a sus responsables, permitiendo la protección y tutela de las garantías individuales.

El sistema acusatorio conlleva a que el juez no proceda por iniciativa propia y mantenga una actitud pasiva en la obtención de las pruebas evitando que se vincule a las pretensiones concretas de las partes (acusador-sindicado). Corresponsiéndole a las partes la obtención de la

prueba de cargo y de descargo necesarias para lograr del juzgador una sentencia justa.

En el proceso penal predominan entre otros, los principios de *publicidad y oralidad* de las actuaciones judiciales (aunque siempre es indispensable la escritura para dejar constancia de lo actuado) y de *concentración* (las pruebas se reúnen y se practican en una sola diligencia continua e ininterrumpida) y de *inmediación de la prueba* (es indispensable la presencia del juez en la práctica y recepción de la prueba).

Se establecen fases preclusivas (investigación, intermedia, juicio oral, impugnación, ejecución). En las diferentes etapas, los jueces tienen asignadas diferentes funciones distintas a la de investigar los hechos. Así también se establecen diferentes procedimientos a seguir para el juzgamiento de los delitos, dependiendo de la gravedad de los mismos y del impacto social que produzcan.

2.2.- PRINCIPIOS PROCESALES:

El Estado como ente soberano, para poder cumplir con sus funciones, fija su propia política criminal por medio de la ley, la cual se encuentra basada en las normas preestablecidas en la Constitución Política de cada sociedad. La ley encuadra dentro de un marco de respeto a los derechos humanos, tiene que seguir procedimientos claros y precisos para poder desarrollar la actividad punitiva del Estado y por ende necesita de una serie de postulados que permitan su realización. Los principios procesales no son más que esos postulados guías de todo proceso penal.

2.2.1.- DEFINICION:

El autor guatemalteco Ricardo Alberto Barrientos Pellecer define los principios procesales de la siguiente manera:

"Los principios procesales son los valores y postulados esenciales que guían al proceso penal y determinan su manera de ser como instrumento para realizar el derecho del Estado a imponer las consecuencias jurídicas derivadas de los actos humanos tipificados en la ley como delitos o faltas. Son criterios orientadores de los sujetos procesales y constituyen elementos valiosos de interpretación, facilitan la comprensión del espíritu y los propósitos de la jurisdicción penal".¹¹

2.2.2.- PRINCIPIOS CONTEMPLADOS EN EL PROCESO PENAL:

El proceso penal guatemalteco, se alimenta de varios postulados; que permiten un desarrollo armónico, encuadrado dentro del marco legal; se pueden dividir en *Principios Generales y Principios Especiales*.

2.2.2.1.- PRICIPIOS GENERALES:**2.2.2.1.1.- PRINCIPIO DE INMEDIACION:**

Por medio de este principio lo que se busca es que el juez mantenga una comunicación directa con las partes y con las pruebas que los mismos aporten.

2.2.2.1.2.- PRINCIPIO DE ORALIDAD:

Este es el que logra una comunicación inmediata y directa entre las partes y el juez. La oralidad implica que las partes puedan expresar de

¹¹ Barrientos Pellecer. Op. Cit. Modulo II pag. 12

manera verbal sus alegatos y refutaciones. Se produce precisamente en el momento del Debate ya que en las fases preparatoria e intermedia se necesita dejar documentados los actos tendentes a fundamentar la acusación del Ministerio Público o del Querellante.

2.2.2.1.3.- PRINCIPIO DE CONTINUIDAD O CONCENTRACIÓN:

Consiste en concentrar los actos procesales en una sola audiencia.

*“Concentrar es reunir en un solo acto. En virtud de este principio procesal el debate se realiza de manera continua y secuncial en una sola audiencia o en una serie de audiencias consecutivas que no podrán interrumpirse sino excepcionalmente.”*¹²

2.2.2.1.4.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD:

El proceso penal es eminentemente público, toda persona puede enterarse de las decisiones del tribunal y de los actos de las partes, con las reservas que la ley disponga.

*“La Publicidad se basa en la necesidad política de que el pueblo, a cuyo nombre se imparte la Justicia, este debidamente informado.”*¹³

2.2.2.1.5.- PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN:

Este principio también llamado “*audiatur et altera pars*” consiste en asegurar a las partes del proceso la misma oportunidad para ser escuchadas, presentar pruebas y alegatos y hacer uso de los recursos que la ley les concede, sin discriminación alguna. Es esencial este principio en el sistema acusatorio, ya que permite la libre y franca acusación y defensa

¹² Id. Módulo III, pag. 42

¹³ Herrarte, Alberto. Op. Cit., Pag. 49.

entre las partes, lográndose con ello formar la convicción e imparcialidad del Organismo Jurisdiccional para dictar una sentencia justa.

2.2.2.2. - PRINCIPIOS ESPECIALES:

2.2.2.2.1.- PRINCIPIO DE CONCORDIA:

Este postulado innovador en nuestra ley adjetiva penal, preceptúa el libre avenimiento entre las partes, como satisfacción del interés público.

Consiste en una serie de disposiciones que regulan el hecho de que cuando se comete un delito de carácter público, pero leve, de poca importancia social, las partes puedan conciliar entre sí, mediante arreglos que permitan la extinción de la acción penal.

*"Este principio pretende buscar soluciones sencillas a los casos de menor trascendencia y promover, aceptar o propiciar acuerdos vigilados y controlados por los jueces, sobre conflictos, problemas y daños surgidos por delitos no graves".*¹⁴

2.2.2.2.2.- PRINCIPIO DE CELERIDAD:

La celeridad procura el cumplimiento rápido de las actuaciones procesales agilizando el trabajo en forma esmerada y tratando de ahorrar tiempo y esfuerzos, sin menoscabo de las garantías procesales del debido proceso.

2.2.2.2.3.- PRINCIPIO DE DESJUDICIALIZACIÓN:

Este Principio busca priorizar la tramitación de los procesos, ya que es materialmente imposible atender a todos los casos por igual. De allí que surge una clasificación de los delitos en de trascendencia social y menos

¹⁴ Barrientos Pellecer, Op. Cit., Módulo III. Pág. 36.

graves, de poca o ninguna incidencia social; estos últimos por ser de menor importancia pueden ser tratados de manera diferente, en forma sencilla y expedita.

Razón por la cual el Decreto 51-92 adecuó a la realidad nacional este principio tratando de darle una tramitación distinta a los delitos dependiendo del impacto social que provoquen.

2.2.2.4.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

Es necesario que para poder perseguir el ilícito penal, sea éste de iniciativa particular o público, se encuentre regulado de esa forma en la ley, para que tenga carácter obligatorio.

2.2.2.5.- PRINCIPIO DE OFICIALIDAD:

Este principio es el que establece que el Estado debe ejercer su *jus puniendi*, para castigar a los infractores de las normas penales. Es decir, corresponde con exclusividad al Estado la función política de castigar y la responsabilidad de investigar los hechos delictivos.

La persecución penal corresponde con exclusividad al órgano representante del Estado, que es el Ministerio Público y la función de juzgar y ejecutar lo juzgado compete a los tribunales de Justicia.

2.2.2.6.- PRINCIPIO DE DEFENSA:

Este principio constitucionalmente establecido es el que preceptua que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Desde el primer acto del procedimiento cualquier persona sindicada de la comisión de un delito tiene el derecho de que se respeten

sus garantías y deberá permitírsele que se provea de su Abogado Defensor para que le asesore en la tramitación del proceso penal.

2.2.2.2.7.- PRINCIPIO DE SENCILLEZ:

Este principio trata de evitar el formalismo en la tramitación del proceso; por ello establece que las formas procesales deben ser simples y sencillas. Sin embargo las actuaciones procesales deben cumplir y observar ciertas formas y condiciones mínimas previstas en la ley.

2.2.2.2.8.- PRINCIPIO DE INOCENCIA:

Es una máxima constitucional que establece que toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoria; con ello se infiere que la inocencia de la persona se presume durante todo el proceso penal y se restringe hasta agotados todos los recursos y declarada la culpabilidad por el órgano jurisdiccional en sentencia firme. Ninguna persona puede ser culpada de un hecho, si una sentencia no lo declara de esa forma.

2.2.2.2.9.- PRINCIPIO FAVOR REI:

En el proceso penal existe una adquisición progresiva de conocimientos, que conllevan ya sea a un aumento de la sospecha de culpabilidad o de inocencia de una persona. Esta alternativa (culpabilidad-inocencia) únicamente puede ser despejada y declarada por medio de una sentencia penal, ya que en ella no hay otras posibilidades, o se declara la culpabilidad o se declara la inocencia.

El principio Favor Rei o indubio Pro Reo como también se conoce, no se refiere a ningún beneficio a favor del reo, sino una limitación muy estricta a la actividad sancionadora del Estado.

Es un principio que rige la construcción de toda sentencia como un todo, pero sirve también para interpretar o valorar algún elemento de prueba en general, que permite elegir lo más favorable para el procesado, cuando hubiere duda acerca de la culpabilidad del mismo.

2.2.2.2.10.- PRINCIPIO FAVOR LIBERTATIS:

La prisión preventiva o provisional dictada en contra del sindicado al inicio del proceso, constituía una forma tradicional de asegurar la presencia del imputado dentro del mismo. Pero la prisión constituía un castigo anticipado a la pena; provocando el encierro forzado de la persona sin respetar el principio de inocencia promulgado por la Constitución Política de la República de Guatemala. La prisión preventiva constituye para la persona una desmoralización social, por lo que el juez debe decretarla con suma precaución.

El Principio del Favor Libertatis, garantiza y busca que el auto de prisión se gradúe y se aplique en aquellos casos de mayor gravedad, en los cuales por las características del delito pueda sospecharse que si no se decreta el imputado podría evadir la Justicia o bien obstaculizar la averiguación de la verdad.

El Favor Libertatis busca obtener la presencia del imputado dentro del proceso, pero sin que el mismo se encuentre privado de su libertad sustituyendo la prisión preventiva por medidas coercitivas favorables al procesado. El Favor Libertatis es contemplado en el Código Procesal Penal en sus artículos 259, 261, 262, 263, 264 que establecen lo siguiente:

La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso. En

los delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad. 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. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad puede ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas de coerción que el Código establece.

1.2.3.- GRANTIAS CONSTITUCIONALES:

*"Son aquellas que ofrecen la Constitución en el sentido de que se cumplirán y respetarán los derechos que la misma consagra, tanto en lo que se refiere al ejercicio de los de carácter privado como al de los de índole pública. Las garantías son una protección frente al peligro o riesgo."*¹⁶

Dentro de las garantías procesales se encuentran:

1.2.3.1.- EL DEBIDO PROCESO:

Este principio establece que nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un PROCEDIMIENTO LLEVADO A CABO CONFORME A LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO PROCESAL PENAL Y A LAS NORMAS DE

¹⁶ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1981, pag. 332.

LA CONSTITUCIÓN, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.

El Licenciado César Ricardo Barrientos Pellecer indica que el PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO, consiste en que *"nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y por un acto calificado antes como delito o falta, ante tribunal competente y con observancia de las formas establecidas."*¹⁶

2.2.3.2.- DOBLE INSTANCIA:

Esta garantía estriba en la posibilidad de que otro tribunal distinto al que ha dictado la sentencia, pueda examinar las actuaciones del juez a quo, para alejar la posibilidad del error judicial y dar más garantías de seguridad en los fallos.

2.2.3.3.- COSA JUZGADA:

Consiste esencialmente en llegar a un fin definitivo en el proceso, en donde se agoten los recursos legalmente establecidos; permitiendo una sentencia firme, irrevocable en su forma y por su firmeza ya no podrá abrirse un nuevo proceso por el mismo hecho.

La cosa juzgada conlleva a una seguridad y certeza jurídica; ya que es inimpugnable; no se podrá cambiar el contenido de la sentencia y por ello se procederá a su ejecutoriedad.

2.3.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

2.3.1.- JURISDICCIÓN:

Desde épocas remotas se han suscitado conflictos entre los seres humanos, al ver vulnerados sus intereses personales; conflictos que

¹⁶ Barrientos Pellecer, Op. Cit., Módulo II, Pag. 52.

provocan un desequilibrio en la sociedad si no son resueltos. Pero al existir un conflicto de intereses, es necesario que exista un tercero en la disputa, que pueda objetivamente analizar y resolverlo. Este tercero ha sido por excelencia el Estado ya que a él compete garantizar la paz social. El Estado por medio de procedimientos específicos, hace aplicar la ley a casos determinados o concretos, ejerciendo de esta forma la llamada Jurisdicción. Jurisdicción entendida de esta forma es entonces *“la facultad estatal y exclusiva de administrar Justicia, especialmente por los juzgados y tribunales, órganos creados para esa función”*¹⁷. Así queda contemplado en la Constitución Política de la República al establecer que, compete con exclusividad a los tribunales de Justicia la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado.

2.3.1.2.- ELEMENTOS:

Estos elementos o poderes son las facultades con que son investidos los jueces para ejercer su función y son: *NOTIO, VOCATIO, COERTIO O IMPERIUM, IUDICIUM Y EXECUTIO*.

NOTIO: Es la facultad de conocer determinado asunto derivado de la comisión de un hecho punible.

VOCATIO: Es la facultad de obligar a las partes a comparecer a juicio.

IMPERIUM O COERTIO: Es la coerción o derecho de fuerza, basada en la ley, que los jueces utilizan para hacer cumplir sus resoluciones.

IUDICIUM: Es la facultad de dictar sentencia definitiva con carácter de cosa juzgada.

EXECUTIO: Es la facultad de ejecutar lo juzgado.

¹⁷ Valenzuela Oliva. Op. Cit. Pag. 101.

2.3.2.- LA COMPETENCIA:

Es materialmente imposible que un juez ejerza la administración de la Justicia en todas las materias. Para el efecto existen distintos organismos jurisdiccionales para limitar la jurisdicción. La competencia no es más que eso, una limitación o medida de la jurisdicción.

David Lascano citado por Alberto Herrarte señala que la competencia es "*la capacidad del órgano del Estado para ejercer la función jurisdiccional*".¹⁸

Existen tres criterios para determinar la competencia:

- A.- **El Criterio Objetivo o Material:** Este permite al órgano Jurisdiccional ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigio.
- B.- **El Criterio Funcional:** Se determina en atención a cierta actividad del proceso, en relación a su doble instancia y su distribución de casos penales.
- C.- **El Criterio Territorial:** Los límites horizontales de la jurisdicción están dados por la competencia territorial. En la extensión del territorio de un Estado existen jueces o tribunales igualmente competentes en razón de la materia, pero con capacidad para conocer solamente en determinada circunscripción.¹⁹

2.4.- FASES DEL PROCESO PENAL:

El Proceso Penal Guatemalteco, se encuentra formado por cinco fases, todas independientes pero vinculadas entre sí, son sucesivas unas

¹⁸ Herrarte, Alberto, Op. Cit. Pag. 27.

¹⁹ Idem. Pag. 27

tras otras y con carácter preclusivo. Estas fases son: *La Preparatoria, la intermedia, la del Juicio Oral o Debate, la de impugnación y la de Ejecución.*

2.4.1.- LA PREPARATORIA, INVESTIGATIVA O DE INSTRUCCIÓN:

Que sirve para recabar elementos que servirán para fundamentar la acusación del Ministerio Público, por ello la investigación es asignada a dicho organismo, quien tiene el deber de ejercer la acción penal pública, en representación del Estado y en defensa de los intereses sociales. Pero la función investigativa del Ministerio Público es controlada por los jueces de Primera Instancia.

La fase investigativa, debe tramitarse dentro de un plazo de tres meses, pero si el juez lo considera pertinente y necesario recabar otros medios de investigación puede ampliarla por un mes más.

2.4.2.- LA INTERMEDIA:

Se le llama así en virtud de encontrarse en medio de la fase de investigación y del debate, tiene como función la de preparar el juicio. Se inicia con la formulación de la acusación por parte del Ministerio Público; el juez califica la decisión del Ministerio Público de acusar, sobreseer o archivar el expediente; posteriormente el juez analiza la investigación practicada y determina si es procedente la apertura a juicio. Con la apertura a juicio, se termina la fase intermedia.

2.4.3.- EL DEBATE O JUICIO ORAL:

En presencia del Tribunal de Sentencia (compuesto por tres jueces) y de los asistentes al juicio, las partes exponen sus argumentos y

refutaciones, presentan sus medios de prueba, y posteriormente los jueces deliberan, deciden y notifican el fallo.

2.4.4.- FASE DE IMPUGNACIÓN:

Si las partes no se encuentran conformes con las resoluciones dictadas por los tribunales pueden impugnarlas por los recursos establecidos en la ley, con el objeto de que los órganos superiores revisen las decisiones.

Dentro de los recursos permitidos en el Código Procesal Penal, se encuentran: *Recurso de Reposición, Apelación, de Queja, Apelación Especial, Casación y Revisión.*

2.4.5.- FASE DE EJECUCIÓN:

Luego de dictada la Sentencia y establecida la pena, el Juez debe seguir conociendo los aspectos relacionados con el cumplimiento y control de las penas y las medidas de seguridad. Dicho control jurisdiccional de la ejecución de las sentencias penales, están a cargo de los Jueces de Ejecución.

Entre otras características cabe señalar que en el proceso penal las actuaciones deberán realizarse y redactarse en idioma español, pero si en una población se habla algún dialecto, las actuaciones procesales, deberán realizarse y redactarse en lengua indígena y traducirse simultáneamente al español.

CAPITULO III

LA PRUEBA

3.1.- DEFINICIÓN:

El proceso Penal tiende esencialmente a ejecutar la función sancionadora del Estado, por medio de la aplicación de la pena. La cual para ser aplicada, necesita que durante el proceso se demuestre efectivamente la culpabilidad del presunto infractor. Esa demostración de los hechos (demostración de culpabilidad o inocencia) ha originado que se necesite durante el Proceso Penal, que el hecho motivo del ilícito penal sea debidamente comprobado para garantizar la legítima defensa del incoado y cumplir con los fines estrictos del debido proceso, es decir, obtener la verdad histórica, a través de la cual se obtenga un grado de certeza que permita determinar que el procesado es responsable penalmente del ilícito que se le atribuye, para sancionar de conformidad con la ley y resarcir a la Sociedad del daño causado, o bien absolver al detenido y otorgarle la libertad vulnerada provisionalmente.

Alsina, citado por Mario Aguirre Godoy, define a la prueba como: "*La comprobación Judicial por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende*".²⁰

Esta definición, a pesar de tener ideas eminentemente civilistas, permite comprender lo que debe entenderse por Prueba en sentido

²⁰ Aguirre Godoy, Mario. LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL GUATEMALTECO. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 1965. Pag. 81.

estricto, es decir, todos aquellos medios que permitan obtener la convicción del Juzgador, sobre los hechos motivo del proceso que permitirán por medio de su análisis que el Organo Jurisdiccional fundamente su decisión. Pero en el proceso penal el carácter controvertido de la prueba no es necesario; para que un hecho sea objeto de prueba no es preciso que sea controvertido, ya que el interés existente en el proceso es puramente de carácter público y no privan los intereses particulares como en el proceso civil.

El consultor Nacional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, Licenciado Luis Fernando Mérida, define a la Prueba de la forma siguiente: *"ES TODO DATO OBJETIVO CAPAZ DE PRODUCIR UN CONOCIMIENTO CIERTO O PROBABLE ACERCA DE LOS EXTREMOS DE LA IMPUTACIÓN DELICTIVA Y DE LAS CIRCUNSTANCIAS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, QUE SE INCORPORA LEGALMENTE AL PROCESO".*²¹

Con dicha definición se deja en claro que la prueba está constituida por todos aquellos medios, legalmente incorporados al proceso, que permiten obtener un grado de certeza jurídica al momento de decidir al Juzgador, sobre los hechos motivo del proceso Penal.

3.2.- ELEMENTOS DE LA PRUEBA:

El vocablo Prueba tiene distintos significados en el léxico jurídico, la heterogeneidad de la palabra ha hecho que se denomine prueba a todo

²¹ Revista "BOLETIN" Doctrina Nacional "la Prueba". Lic. Luis Fernando Mérida, Centro de Apoyo al Estado de Derecho (CREA) Noviembre de 1996. Pág. 9.

medio que provoca la convicción del Juzgador, pero también se le denomina de igual forma al hecho mismo que origina la prueba, así como al procedimiento para obtenerla; por lo que para comprender el carácter múltiple de la misma, se han distinguido los siguientes elementos que la integran:

- A.- EL OBJETO DE LA PRUEBA;**
- B.- EL ORGANO DE PRUEBA; Y**
- C.- EL MEDIO DE PRUEBA.**

3.2.1.- EL OBJETO DE LA PRUEBA:

Este se refiere al tema que hay que determinar en el Proceso Penal (Thema Probandum). Es decir, se refiere a la cosa, circunstancia o acontecimiento que es necesario conocerse y que debe obtenerse en el proceso; es lo que hay que determinar dentro del proceso.

*“Está conformado por el material fáctico, incierto en cuanto a su conocimiento y que como tal puede y debe probarse, a fin de declarar la existencia o inexistencia sobre la cuestión sometida a decisión”.*²²

El objeto de prueba se puede considerar:

- A) Como posibilidad abstracta de investigación, o sea lo que se puede probar en términos generales;**
- B) Como posibilidad concreta de investigación, es decir aquello que se prueba o se puede o debe probarse en relación con un proceso determinado.**

En virtud que los peritos al emitir sus dictámenes y los testigos al declarar pueden emitir juicios relacionados al proceso y a los hechos

²² Ibidem

motivos de investigación, que permitan esclarecer un hecho, es que los tratadistas han retomado a los hechos y juicios como objetos de prueba. Así también son tomados como objeto de prueba las cosas, ya que el examen de las mismas pueden ser de importancia en el proceso y de esa forma determinar el resultado del delito. Los documentos pueden comprenderse dentro de las cosas, pero los mismos tienen características especiales que necesitan ser analizados minuciosamente.

Al hablar de documento en la Prueba, éste puede ser definido como el objeto material en el cual consta escrita o impresa alguna circunstancia de interés para el proceso.

Los documentos pueden considerarse desde dos puntos de vista:

- A.) **Como objeto de Prueba:** Cuando se les examinan en forma externa, para establecer el estado en que el documento se encuentra y los elementos que lo componen; y cuando se les examina en su contenido material para determinar su autenticidad.
- B.) **Como Medio de Prueba:** Cuando sirva para aportar al proceso determinadas circunstancias que contengan escritas, declaraciones, narraciones, etc.

El documento visto desde este punto de vista (procesal) puede mediante la lectura de su contenido atestiguar sobre el hecho motivo del proceso o bien sobre circunstancias relacionadas al mismo o bien expresar algún juicio que permita el esclarecimiento del hecho.

Nuestro Código Procesal Penal acepta que el documento es un medio de prueba, y que por medio de su lectura serán incorporados al debate para su valoración, por medio de la Sana Crítica Razonada. De esta

manera lo indica en su artículo 380 y 392: *“Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. El Tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de las partes, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos. Las cosas y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos en el debate. Todos los elementos de convicción podrán ser presentados a los peritos y a los testigos durante sus declaraciones, para invítarlos a reconocerlos o a informar lo que fuere pertinente.”* *“Cuando la sentencia establezca la falsedad de un documento, el tribunal mandará inscribir en él una nota marginal sobre la falsedad, con indicación del tribunal, el procedimiento en el cual se dictó la sentencia y de la fecha de su pronunciamiento. Cuando el documento esté inscrito en un registro oficial, o cuando determine una constancia o su modificación en él, también se mandará inscribir en el Registro.”*

3.2.2.- EL ORGANO DE PRUEBA:

Es el elemento constituido por la persona física que suministra el conocimiento del objeto de la prueba en el proceso.

3.2.3.- EL MEDIO DE PRUEBA:

Es el acto o modo por el cual el Organo de Prueba aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba.

Con relación al medio de prueba, existen dos formas en que el objeto de la prueba puede ser apreciado por el Juez:

A.) La Narración hecha por otros; y

B.) La Percepción propia e inmediata del Juez.

Con relación a la narración hecha por otros, cabe soslayar entre esta forma las declaraciones de testigos, la referencia de peritos; la lectura de un acta o documento que tenga relación directa o indirecta con los hechos motivos del proceso; etc.

Con relación a la Percepción propia o inmediata del Juez, cabe señalar la reconstrucción de hechos, las inspecciones oculares o reconocimientos judiciales, a los cuales asiste el Juez para presenciarios.

3.3.- LA LIBERTAD DE LA PRUEBA:

En virtud que la prueba penal tiene su fundamento en la investigación y obtención de la verdad histórica, es menester para conseguirlo que la prueba tenga plena libertad, a efecto de esclarecer los hechos que motivan el proceso penal.

El Principio de la Libertad de la Prueba se encuentra consagrado en nuestra ley adjetiva penal, en el artículo 182 que preceptua que para probar los hechos y circunstancias que sean de interés para obtener el esclarecimiento de un caso concreto (refiriéndose a la obtención de la verdad histórica) se puede utilizar cualquier medio de prueba permitido; con ello acepta el principio de la libertad de la prueba, pero restringiéndolo en forma sutil en sus siguientes artículos al imponer limitaciones, que deberán ser aplicadas por el Organó Jurisdiccional; este tipo de limitaciones son aceptadas por la doctrina, al explicar que la Prueba necesita de cierta limitación para garantizar su obtención en forma mesurada a efecto de evitar atropellos o denigraciones y principalmente

evitar la vulneración de los principios de inocencia y defensa de que goza el imputado.

Estas limitaciones afecta al objeto de la prueba y otras a los medios de prueba.

Cuando la limitación se refiere al objeto, impide que determinada circunstancia u objeto de prueba no se investigue en el proceso (como lo son los rumores que acerca de determinado hecho se escuchan entre las personas) o bien que esa circunstancia sea probada por los medios expresamente indicados en la ley y no por otros (como por ejemplo el estado civil, que únicamente puede probarse documentalmente por medio de certificaciones del Registro Civil, de conformidad con la ley Civil).

En síntesis, las limitaciones son absolutas, cuando alguna circunstancia no puede ser probada de ningún modo en el proceso (refiriéndose al objeto de la Prueba) y *relativas*, cuando para la determinación de un hecho, no se aceptan todos los medios de prueba, sino que únicamente los que sean necesarios para la demostración (refiriéndose a los medios de prueba).

Ejemplo de dichas limitaciones las encontramos en el Código Procesal Penal en su artículo 183 la Inadmisibilidad de la Prueba (Prueba Inadmisibles), al indicar que para que un medio de prueba sea admisible, es necesario que se refiera directa o indirectamente al objeto del proceso a fin de obtener la averiguación del mismo y descubrir la verdad fáctica. También se aprecia la discrecionalidad por parte del Órgano Judicial para la admisión de la prueba, en la continuación de la lectura del citado artículo, el cual indica que "*los Tribunales podrán limitar*

los medios de prueba ofrecidos....cuando resulten manifiestamente abundantes."

Y la limitación absoluta que impone el citado artículo es en cuanto a no aceptar la prueba cuando la misma ha sido obtenida por medios prohibidos, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados.

3.4.- PROCEDIMIENTO PROBATORIO:

El Procedimiento probatorio en nuestro sistema, sigue las mismas reglas y desenvolvimiento del proceso, debe obedecer a un orden predeterminado en la ley al igual que el proceso penal.

El procedimiento probatorio puede estudiarse de dos formas:

- A.) Como una actividad que los mismos sujetos procesales deben realizar sobre la prueba. Esta se refiere a la actividad que cada sujeto procesal realiza en el proceso a efecto de procurar la prueba para demostrar sus aseveraciones o bien, obtener el esclarecimiento del hecho. Cabe resaltar en este momento que el Organismo Jurisdiccional, no es un sujeto procesal, ya que su función es ser receptor de la prueba para su valoración. Más sin embargo suele confundirse la función del Juez con la de los sujetos procesales, cuando nuestro ordenamiento adjetivo penal obliga, a que el Juez en determinado momento del proceso, procure la obtención de la prueba a efecto de garantizar la obtención de la verdad y esclarecimiento del hecho.
- B.) Como formas en que se concreta dicha actividad.

Las formas de la actividad probatoria suelen ser las mismas que la de los actos procesales en general.

3.5.- OBLIGATORIEDAD DE LA PRUEBA:

La obligatoriedad de probar los hechos, en el proceso penal, no es encargada a las partes, sino que la misma se traduce a la investigación del hecho criminal, a efecto de lograr la verdad, efectiva o material, para lograr el esclarecimiento del hecho; en virtud que en el Proceso Penal rige siempre el interés público, por ello el Ministerio Público, tiene a su cargo la investigación a efecto de procurar la prueba para demostrar la culpabilidad o inocencia del procesado, salvo en los delitos que establecen los artículos 24 TER. Y 24 QUÁTER del Código Procesal Penal. Así lo determina el Código Procesal Penal en su artículo 181, al establecer que tanto el Ministerio Público como el Juez debe procurar la obtención de la prueba otorgándole a dicha actividad del carácter de un deber jurídico, desapareciendo con ello el principio de la carga de la prueba salvo en los artículos antes enunciados.

Sin embargo, esto no quiere decir que las partes no tengan derecho a pedir y ofrecer medios de prueba para probar hechos o circunstancias vitales para el correcto desenvolvimiento del proceso y convicción del Juez.

3.6.- COMUNIDAD DE LOS OBJETOS Y LOS MEDIOS DE PRUEBA:

(Principio della acquisizione processuale).

Este principio es el que establece, que una vez introducido un objeto o medio de prueba al proceso, este pierde su carácter particular, y

procede a pertenecer al proceso y por ello puede ser utilizado indistintamente por los sujetos procesales en interés de cualquiera de ellos.

Esto provoca que todo objeto o medio de prueba no pueda ser renunciado en forma unilateral por los sujetos procesales, sino debe de contar con la participación de todos los que intervienen en el proceso penal y con la admisión y autorización a través de un auto por parte del Juez.

3.7.- ADMISION Y VALORACION DE LA PRUEBA:

El Tribunal al momento de admitir la prueba para el juicio, ordena que la misma sea aportada el día señalado para el debate, por lo que las partes deberán comparecer a juicio con las pruebas previamente propuestas, o bien ofrecer las no aportadas, para que se reciban, admitan y valoren el día del juicio. Nuestro ordenamiento adjetivo penal en sus artículos 183 y 186 preceptua los requisitos siguientes para que la prueba sea admitida y valorada:

- A.- Que la misma se refiera directa o indirectamente al objeto de la averiguación;
- B.- La prueba ofrecida debe ser útil para el descubrimiento de la verdad.
- C.- La prueba debe ser obtenida por un procedimiento permitido, pues de lo contrario carece de valor probatorio.

Luego que el Organo Jurisdiccional ha recogido la prueba, debe éste examinar la eficacia que posee la prueba aportada, mediante su apreciación o valoración. Para realizar la valoración existen algunos métodos, los cuales puede ser utilizados de conformidad con la legislación

rigente, ya que deviene de ella la utilización o no de los mismos. Entre los métodos más conocidos se encuentran los siguientes:

3.7.1.- LA PRUEBA LEGAL O TASADA:

Este método surgió durante el sistema inquisitorio, y es una aportación de la Iglesia al mismo, ya que con él se trataba de controlar el poder judicial. El Juzgador no podía valorar la prueba a su libre albedrío, sino que mediante éste método, se veía obligado a valorar la prueba aportada, de conformidad con las normas fijadas por la ley. El valor de la prueba se encuentra estipulado en la ley.

3.7.2.- INTIMA CONVICCION:

Este método es el que generalmente es usado en el sistema anglosajón, en donde existe el juicio por jurados. No utiliza el ordenamiento jurídico para otorgarle valor a la prueba. El Juzgador únicamente, percibe en su conciencia íntima el valor que le puede dar a cada medio probatorio y dicta su sentencia de conformidad con sus principios y no existe el deber por parte del mismo de dar explicaciones acerca de los motivos que originaron dictar su sentencia en determinada forma.

3.7.3.- LA LIBRE CONVICCION, LIBRE CONVENCIMIENTO O SANA CRITICA:

Este método, clásico en el procedimiento acusatorio, es el que permite la valoración de la prueba, de conformidad con la racionalidad del Juzgador. El Juez no tiene que ver con la aportación de la prueba, sino exclusivamente las partes, lo que permite una independencia en la

valoración, pues la prueba no se ve contaminada por el interés que en determinado momento pudiese tener el Juez en su obtención.

"Las características fundamentales de este sistema son: La inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba".²³

El Juez debe valor los medios probatorios que estime conveniente e indispensable para la obtención de la verdad y comprobación del hecho, lo que implica necesariamente un nexo con el principio de Libertad de Prueba. Pero ello no implica que el juzgador valora los medios probatorios a su libre albedrío; debe analizarlos y valorarlos de conformidad con los principios y lineamientos que rigen este método como son la Experiencia común, el recto entendimiento humano, la psicología y las reglas de la Lógica.

3.7.3.1.- LA SANA CRITICA RAZONADA:

Esta implementación en nuestro ordenamiento adjetivo penal, obliga al Tribunal a valorar los medios de prueba de conformidad con los principios de la Sana Crítica, pero además debe razonar o fundamentar los motivos que originaron la aceptación y valoración de cada medio de prueba aportado.

²³ Revista Boletín, Pag. 11.

CAPITULO IV

EL CHEQUE COMO DOCUMENTO DE PAGO

4.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS:

Los orígenes del cheque son inciertos, pero, en la actualidad, es un documento típicamente bancario, cuya finalidad es la disposición de fondos.

Algunos tratadistas opinan que el origen del cheque se encuentra en la antigua Atenas. Otros, encuentran su antecedente en Roma, deduciendo ésto, de escritos realizados por Cicerón, Terencio y Plauto; afirmando los que propugnan por esta postura, que los "*argentarius*" (persona que operaba en la antigua Roma con dinero, dando cambio, abriendo créditos o recibiendo depósito a la vista), emplearon el cheque en sus relaciones, bajo el nombre de "*prescriptio*" o "*permutatio*".

En la antigüedad era práctica común, depositar dinero en personas de confianza, a quienes el depositante daba instrucciones para entregar determinadas cantidades a terceros. Aún cuando estos documentos no tenían las características del cheque moderno, ya que no contenían la "*cláusula a la orden*", esencial para considerarlos como cheques, más bien, se identifican con la letra de cambio.

Asimismo, durante la Edad Media, tuvieron aceptación unos documentos que tenían la forma de libranzas (orden escrita, dada generalmente por carta, para que una persona pague determinada cantidad al sujeto a cuyo favor se expide este documento de crédito) o asignaciones

del depositante sobre el depositario y que no eran simples mandatos de pago, pero no tenían plenamente la característica de cheques.

En Venecia, en Milán, en Génova y en Bolonia era frecuente el manejo de cuentas y el pago por giros (o sea, el traslado de una cuenta a otra, en virtud de una orden de pago), constituyéndose entonces, órdenes de pago que constituían verdaderos cheques.

En el siglo XVI era práctica usual en el comercio Holandés, confiar a particulares la guarda de capitales y retirar los fondos por medio de asignaciones llamadas "*letras de caja*" o "*letras de cajero*".

Cabe señalar también que desde 1,630 los italianos y los españoles poseen bancos públicos y privados, manejándose en ese entonces, grandes cantidades de dinero, con el uso de simples notas escritas.

Los autores disienten acerca del origen del cheque, el cual sitúa en Italia, en Bélgica, en Holanda o en España.

El autor Juan José González Bustamante, considera que el cheque tuvo su origen en Inglaterra, donde a partir de 1,640 la institución se reglamenta y recibe el nombre actual, ya que en esa época, los reyes giraban "*exchequer bill*" o "*exchequer debentures*" sobre la tesorería real derivando de tales órdenes el nombre de "*Cheque*"; dicha institución no tuvo un rápido desarrollo, perfeccionándose con el transcurso del tiempo, ya que al principio no fueron aceptados plenamente estos documentos. Luego, cuando en 1,694 fue establecido el Banco de Inglaterra se inició un gran movimiento de capitales.

En Inglaterra fueron los orfebres quienes utilizaban este documento en sus relaciones con los banqueros holandeses; a principios del siglo

XVII, la fabricación y cambio de moneda estaban a cargo de la Corona, por lo cual, los orfebres que realizaban sus depósitos en el Hotel de la Moneda, se protegían de esa manera, contra robos, incendios y otros riesgos. Luego en 1,640, el Rey Carlos I confiscó los depósitos, lo que provocó, que los orfebres guardaran sus metales preciosos, materia prima, en manos de particulares, iniciándose así una gran variedad de operaciones bancarias, constituyéndose los billetes de orfebre, llamados "*Goldsmiths notes*", de más fácil circulación que la propia moneda, por medio de los cuales, los metales preciosos depositados eran cambiados por billetes a la vista y al portador; siendo un paso decisivo para la futura constitución del cheque.

En Bélgica, se discute el hecho de la existencia de un documento denominado "*bewijs*", y que desde la época de la Reina Isabel, fueron enviados a la ciudad belga de Amberes, varios banqueros ingleses, con el propósito de estudiar el funcionamiento y mecanismo de los "*bewijs*", para introducir su práctica en Inglaterra.

En 1,882 se promulgó en Francia, la Primera ley sobre el cheque, teniendo como antecedente la costumbre inglesa.

Luego en 1,883 se publica en Inglaterra la "*Bill of exchange*", motivando la universalización del cheque, o sea que el desarrollo de las operaciones bancarias inglesas fortaleció el crédito y la importancia del cheque, hasta adquirir la evolución económica tan determinante, de los pueblos desarrollados en la actualidad, como substitutivo de la moneda, considerándosele como el documento económico del siglo.

Entonces, se tiene que el cheque moderno, tiene su origen en el desenvolvimiento de los bancos de depósito de la cuenca del Mediterráneo, a fines de la edad media y a principios del renacimiento.²⁴

Y, como consecuencia del constante empleo del cheque en el comercio internacional, se ha tratado de lograr una legislación uniforme, lo cual, se realizó sin mayores obstáculos, fundamentalmente, por ser el cheque, de reciente traslado del Derecho anglosajón al de otros países, produciéndose las resoluciones del Derecho relativo al Cheque de la Segunda Conferencia de la Haya de 1,912, siendo dicha legislación importante para nuestro país, ya que en el año siguiente, 1,913, dicha disposiciones pasaron a formar parte de la regulación nacional.

En el año 1,913 la Ley Uniforme de Ginebra fue creada, a la cual se adhirió el Código de Comercio guatemalteco, de 1,970, Vigente actualmente.

Son de destacarse también como esfuerzos de unificación internacional la Ley Uniforme Centroamericana de Títulos-Valores así como el Proyecto Latinoamericano que han sido seguidos por la parte del Código de Comercio, que se dedica al cheque.

4.2.- CONCEPTO:

Nuestro Código de Comercio, no conceptúa a la institución motivo del presente Capítulo, pero con la finalidad de ilustrar la investigación, presento diversas concepciones que acerca del Cheque han elaborado los diversos tratadistas.

²⁴ Cervantes Ahumada, Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito, Pag.

"El cheque es una orden de pago, dada sobre un banco, en el cual tiene el librador fondos depositados a su orden, cuenta corriente con saldo a su favor o crédito en descubierto." (Guillermo Cabanellas)

"El cheque constituye en el Derecho Bancario una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero." (Juan José González Bustamante).

"Cheque es un documento comercial, que sirve de orden de pago." Diccionario Ilustrado de la Lengua Española).

"El cheque es un documento que bajo la forma de un mandato de pago, permite retirar al librador, en su provecho o en el de un tercero, la totalidad o parte de los fondos disponibles en el haber de su cuenta con el librado." (Agustín Vicente y Gella).

"Cheque es un título de crédito, que contiene una orden incondicional de pago, librado en contra de un Banco legalmente establecido." Guillermo Alfonso Monzón Paz).

El título de crédito a la orden o al portador, formal y completo, que contiene la orden incondicional dirigida a un Banco (librado), por quien tiene fondos disponibles y ha sido autorizado para ello (librador), de pagar a la vista, una suma de dinero a su legítimo tenedor." (Edmundo Vásquez Martínez).

4.3.- REQUISITOS:

Para que un cheque pueda surgir a la lícita vida jurídica, es preciso, que todas las declaraciones que contenga, se ajusten a las prescripciones legales.

Estos requisitos pueden ser:

4.3.1.- REQUISITOS PERSONALES:

Los elementos personales del cheque son *el librador, el librado, el tomador, los endosantes y los avalistas*, debiendo reunir en si mismos determinados requisitos, como se indica a continuación:

4.3.1.2.- LIBRADOR:

Quien debe poseer capacidad legal y capacidad cambiaria, siendo la persona que extiende el cheque, presumiéndose que el cheque circula con su consentimiento, previamente firmado, o en el caso de un analfabeto, no es permisible estampar la huella dactilar, siendo indispensable la firma a ruego de otra persona, debidamente autenticada por un Notario o por secretario Municipal, según el caso. Su declaración es llamada originaria.

4.3.1.2.- LIBRADO:

Unicamente puede ser librado el Banco contra quien se gira la orden del pago incondicional de la cantidad de dinero consignada en el cheque.

4.3.1.3.- TOMADOR:

Es la persona a favor de quien se gira un cheque, pudiendo ser también una persona jurídica. En todo caso, el cheque puede contener la designación expresa del tomador o sin mención del mismo.

4.3.1.4.- ENDOSANTES:

Son las personas que habiendo sido tomadoras de un cheque a la orden, transmiten los efectos del cheque a la orden, a favor de otra persona que lo acepta, denominada endosatario.

4.3.1.5.- ENDOSATARIO:

Es la persona a quien se transmite un cheque convirtiéndose en titular del mismo, pudiendo hacer efectivo su cobro o transmitirlo a otra persona.

4.3.1.6.- AVALISTA:

Es la persona que firmando el Cheque, se compromete a satisfacer su valor, pudiendo ser cualquier persona.

4.3.2.- REQUISITOS REALES:

Para que la orden de pago contenida en el cheque, surta sus efectos jurídicos, es preciso, que reúna los siguientes requisitos:

- A.- Que la orden de pago sea de una suma determinada de dinero.
- B.- Que la orden de pago sea incondicional, sin sujetarse a ninguna condición.
- C.- La existencia previa de fondos en el banco librado, o sea a la disposición del librador.

4.3.3.- REQUISITOS FORMALES:

Todo cheque debe contener las siguientes enumeraciones:

- a.- El número de orden impreso en el talón y en el cheque;
- b.- La fecha de emisión;
- c.- Lugar en que se firma el cheque;
- d.- Nombre del Banco librado;
- e.- Expresión de ser cheque a la orden o al portador, o a favor de determinada persona;
- f.- Cantidad girada, escrita con palabras y cifras, sin raspaduras ni enmendaduras;

- g.- Designación de la especie de moneda a pagar;
- h.- Firma del librador;

4.4.- IMPORTANCIA DE LAS FUNCIONES DEL CHEQUE:

Una de las funciones fundamentales del cheque, es lograr la organización económica racional para intensificar la mejor circulación de la riqueza , crear en el público la confianza en el uso del cheque como forma de pago, garantizando además las mayores facilidades para su difusión.

Desde el punto de vista económico, la función del cheque, es sustituir el pago en metálico o en billetes, haciendo las veces de dinero en efectivo, por lo cual, se le considera como un medio o instrumento de pago, lo cual no implica que todos los cheques se paguen directamente en la ventanilla del banco, ya que *"existen variedades de ellos que para ser hechos efectivos requieren el previo ingreso en una cuenta"*.²⁵

Además de las indicadas anteriormente, el cheque cumple la función de ser un medio de giro y de compensación, ya que *"por medio del cheque los clientes de los bancos pueden disponer a favor de tercero de los fondos de sus cuentas bancarias, y el tomador, sin necesidad de hacer efectivo el cheque directamente, puede utilizarlo a su vez (endosándolo) para saldar su deuda con otra persona, o ingresarlo en su banco para que se le abone en cuenta, y como los bancos liquidan entre si por compensación los respectivos saldos por razón de cheques, en definitiva estos instrumentos permiten realizar fácilmente los pagos sin empleo material de moneda."*²⁶

²⁵ Uría, Rodrigo, Derecho Mercantil, Pag. 627.

²⁶ Idem.

Resumiendo entonces puede decirse que las funciones económicas del cheque son:

A.- Poner en circulación el efectivo que los particulares conservan improductivo en sus cajas.

B.- Disminuir el movimiento del efectivo, haciendo las veces de billetes de banco.

C.- Facilitar la liquidación de los créditos y débitos, que tengan entre sí los comerciantes, mediante la mutua compensación en la Cámara de Compensación (agrupación o institución, dirigida y administrada por el Banco de Guatemala, que reúne a los delegados de los bancos para concentrar en su seno los créditos y débitos existentes entre ellos y derivados de los cheques recibidos por cada uno a cargo de los demás, compensarlos y liquidar el saldo correspondiente por cuenta del encaje que cada banco tiene constituido en el Banco de Guatemala.)

4.5.- NATURALEZA JURIDICA DEL CHEQUE.

Para delimitar la naturaleza jurídica del cheque, conviene previamente, explicar en forma breve las diversas teorías que sobre la institución se han elaborado:

4.5.1.- TEORIA DEL MANDATO:

Esta teoría afirma que el cheque contiene un mandato de pago por el cual el librado se obliga a pagar en nombre y por cuenta del librador la suma indicada en el documento.

4.5.2.- TEORIA DE LA CESION:

El cheque implica una cesión de la provisión de fondos al librado, constituyendo un derecho real a favor del tomador sobre dichos fondos.

4.5.3.- TEORIA DE LA DELEGACION:

Sostiene que el titular de un crédito lo enajena, y el enajenante da orden a su deudor de prestarse a una sustitución de acreedor, o sea que una persona pide a otra que acepte como deudor a una tercera que consiste en obligarse frente a ella.

4.5.4.- TEORIA DE LA ESTIPULACION A CARGO DE TERCERO:

Afirma que entre el librador y el tomador existe un contrato con una estipulación a cargo de tercero o sea el librado, quien deberá pagar el cheque.

4.5.5.- TEORIA DE LA ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO:

Argumenta que entre el librador y el librado existe un contrato con una estipulación a favor de tercero, el tomador o tenedor del cheque, a quien se deberá pagar.

4.5.6.- TEORIA DE LA ASIGNACION:

Por esta doctrina, se asume que una persona (librador) da orden a otra (librado) de hacer un pago a un tercero (tomador).

4.5.7.- TEORIA DE LA AUTORIZACION:

Sostiene que con base en la voluntad declarada por el autorizante (librador), el autorizado (librado) puede hacer un pago al tomador y éste puede recibirlo, produciéndose los efectos jurídicos de ese acto en la esfera jurídica del autorizante.

Habiéndose expuesto las teorías, es procedente señalar que pretenden encuadrar al cheque en figuras o instituciones jurídicas propias del derecho común (mandato, cesión, delegación, etc.), tratando de explicar a través de ellas los efectos de la emisión, transmisión y pago, pero actualmente, la teoría cambiaría y fundamentalmente, las normas del derecho cambiario, son suficientes por si mismas para explicar la creación del cheque, como título de crédito, y los efectos de su emisión, transmisión / pago.

La determinación de la naturaleza jurídica del cheque puede lograrse únicamente atendiendo a la obligación contenida en el documento mismo, obligación del librador frente al tomador y posteriores tenedores, y no por la explicación de la causa de esa obligación, como sucede con las teorías expuestas.

El cheque contiene una orden de pago dirigida por el librador al librado, así como una promesa de pago hecha por el librador al tomador y ulteriores tenedores.

La emisión de un cheque presupone una relación jurídica existente entre el librador y el librado, o sea la relación derivada de la provisión de fondos.

El cheque solamente puede expedirlo la persona autorizada por una institución bancaria (librado) para librar cheques a su cargo. Esa relación jurídica previa, derivada precisamente de un contrato de depósito de dinero a la vista en cuenta de cheques. Dicho vínculo constituye el fundamento de la orden de pago contenida en el cheque y que, origina la obligación del librado frente al librador, de hacer efectivos los cheques girados, como

consecuencia de la manifestación de su voluntad, emitida en forma unilateral.

4.6.- FORMAS DEL CHEQUE:

El cheque como título de crédito está destinado esencialmente a la circulación, aún cuando, debido a su naturaleza de pago, dicha circulación no puede ser muy amplia, pero puede ser objeto de diversas transmisiones, o sea que es circulante.

De lo expuesto, se establecen las formas de circulación del cheque, que pueden ser, conforme al artículo 497 del Código de Comercio: A la orden o al Portador, como nuestro ordenamiento mercantil no hace alusión a dichas formas, se considera procedente realizar un análisis al respecto.

4.6.1.- CHEQUE A LA ORDEN:

Constituye un título nominativo, por estar expedido a favor de una persona determinada, sea ésta física o jurídica, haciéndose constar su nombre y apellido o la razón social o denominación de la entidad, en el texto mismo del documento, pero su creación no es única o exclusiva, ya que se transmiten por endoso.

Ante el supuesto del endoso, que constituye una declaración de transmisión del título a otra persona; se verifica, realizando una anotación en el cheque o en hoja adherida al mismo, acerca de la traslación del título, nuestro ordenamiento no contiene ninguna disposición que indique en que parte del documento debe constar el endoso, por lo cual, el mismo puede realizarse en cualquiera, pero, la Ley Uniforme sobre el Cheque en su artículo 16, exige expresamente que en caso de endoso en blanco (el

que se realiza con la sola firma del endosante), para su validez, debe constar al dorso del cheque o en hoja adherida al mismo, ya que la palabra endoso proviene del latín *in dorsum*, espalda, al dorso.

En virtud de la falta de una definición del término cheque a la orden, debe recurrirse a la norma genérica, o sea, el artículo 418 del Código de Comercio, que indica: *Título a la orden*. Los títulos creados a favor de determinada persona se presumirán a la orden y se transmiten mediante endoso y entrega del título. Entendiéndose por entrega, la dación material del documento.

4.6.2.- CHEQUE AL PORTADOR:

Conforme la definición legal, contenida en el artículo 436 del ordenamiento anteriormente citado, los títulos de crédito; y el cheque configura esta modalidad por su naturaleza jurídica, como ya se expuso; también puede ser al portador, o sea, que no están emitidos a favor de persona determinada, aunque no contenga la cláusula: al portador, y se transmiten por la simple tradición.

Constituye el cheque al portador, una especie de billete de banco, emitida por un particular, debido a su facilidad de cobro y transmisión, ya que puede ser presentado por cualquier persona y el librado está obligado a entregar la cantidad estipulada en el documento.

La transmisión del título se logra con la entrega material del documento, sea en forma manual directa, o por medio de correspondencia.

Asimismo, cabe señalar, que el depósito del cheque al portador en una cuenta bancaria constituye una manera indirecta de individualizar al

tenedor, ya que permite vincularlo al librador cuando cobra el título y es ingresado en su cuenta.

El cheque se considera expedido al portador:

- A.- Cuando no se indica a favor de quien se expide.
- B.- Cuando se expide a favor de persona determinada y contiene además, la cláusula "al Portador".
- C.- Cuando no se indica a favor de quien se expide ni contiene la cláusula "al Portador".

4.6.3.- CHEQUE NO NEGOCIABLE:

El artículo 498 del Código de Comercio, indica: No negociable. En los cheques cualquier tenedor podrá limitar su negociabilidad, estampando en el documento la cláusula: NO NEGOCIABLE.

El cheque no negociable, es el expedido a favor de una persona determinada cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento y que no puede ser transmitido por endoso sino a una entidad de crédito, un Banco.

El cheque puede tener la calidad de no negociable por voluntad del librador o por disposición expresa de la ley. (Arto. 499 Código de Comercio).

Son cheques no negociables por voluntad del librador aquellos en los que éste inserta en su texto la cláusula "no a la orden", "no negociable" u otra equivalente como "no endosable", o "para abono en cuenta".

Son cheques no negociables por disposición expresa de la ley aquellos a los que ésta impone precisamente ese carácter, por ejemplo los cheques expedidos o endosados a favor del librado, los cheques de caja,

os cheques certificados. (Artículos 498, 499, 500, 526, y 534 del Código de Comercio).

Además, el cheque expedido originalmente a la orden, puede convertirse en cheque no negociable cuando un tenedor inserta en el texto del mismo la cláusula "no negociable".

Los cheques no negociables no pueden transmitirse por endoso, sin embargo, se admite legalmente su endoso a una institución de crédito para su cobro, aún cuando este endoso excepcional no tiene finalidad circulatoria, ya que constituye un medio para procurar el cobro del documento.

Por lo cual, los endosos realizados en cheques no negociables no producirán efecto alguno. El pago del cheque solamente se hará al tomador nominativamente designado en el título.

4.7.- FINALIDAD DEL CHEQUE:

Considero, que las finalidades que persigue el cheque como instrumento de pago, de compensación y de fácil empleo, favorece a la economía nacional logrando que los capitales improductivos que guardan los particulares en sus residencias, sin ningún beneficio ni productividad para el interés social, al ser depositados en las instituciones bancarias, acrecienten la riqueza nacional al destinarse al desarrollo de grandes empresas por medio de las operaciones que efectúan es instituciones de crédito, al disponer de dichos capitales y mediante la expedición de los cheques, que convierten al banco en acreedor del cuentahabiente, y así ganar algún interés este último.

Otra de las finalidades del cheque, es sustituir con ventaja, en las transacciones, el empleo de moneda metálica en las frecuentes operaciones que se realizan entre comerciantes entre sí o entre particulares o entre ambos.

Además, el empleo constante del cheque, vigoriza las relaciones económicas, ya que permite que el librador esté más garantizado en el control de sus depósitos; evitando también la frecuente pérdida de tiempo en contar moneda en cada operación realizada, reduciendo pérdidas, extravíos o robos a que están sujetos quienes transportan dinero, de allí deriva la imperiosa necesidad de otorgar a dichos documentos plena protección para mantener la confianza entre el público como instrumento de pago y de compensación, por lo cual, debe acudir al Derecho Penal, como ha sucedido en la mayoría de las legislaciones del mundo civilizado, que han concedido un delito especial, cuando se libra un cheque sin que el librador cuente con fondos suficientes.

4.8.- CLASIFICACION DEL CHEQUE:

Nuestro ordenamiento mercantil nacional, regula de los artículos 517 al 543, todo lo relativo a la clasificación del título de crédito denominado cheque, y por no ser el motivo del presente trabajo el análisis del Cheque, únicamente, se hará la enumeración de dicha clasificación:

1. Cheque Cruzado.
2. Cheque para Abono en Cuenta.
3. Cheque Certificado
4. Cheque con provisión Garantizada

4. Cheque con provisión Garantizada
5. Cheque de Caja
6. Cheque de Viajero
7. Cheque con Talón para Recibo; y
8. Cheque Casual.

4.9.- CIRCULACION DEL CHEQUE:

Desde el punto de vista de su ley de circulación, el cheque puede ser a la orden o al portador (Arto. 497 Código de Comercio).

El cheque a la orden circula o se transmite mediante endoso y entrega manual del documento. Se crea expresando el nombre del beneficiario o tomador, el cual para ponerlo en circulación debe endosarlo. El régimen jurídico de la circulación del cheque a la orden es el de los títulos de crédito a la orden, razón por la cual nos remitimos a lo dicho respecto de ellos con anterioridad.

El cheque al portador, que es el que se crea sin mención de persona determinada o utilizando la expresión "al portador", circula por la sola o simple tradición manual del documento. La ley dice que "*si no se expresa el nombre del beneficiario -el cheque- se reputará al portador*" (Arto. 497 Código de Comercio). La simple exhibición del cheque al portador legitima al beneficiario para el ejercicio del derecho incorporado (Art. 437 Código de Comercio).

La circulación o negociación de un cheque puede limitarse. La ley señala a este efecto que *"en los cheques cualquier tenedor podrá limitar su negociabilidad, estampando en el documento la cláusula: no negociable"* (Art. 498 Código de Comercio). La limitación puede hacerla cualquier tenedor, inclusive el propio creador; el efecto de la limitación en la negociabilidad del cheque es que *"solo podrá ser endosados para su cobro, a un banco"* (Art. 499 Código de Comercio). La limitación en la negociabilidad de un cheque puede también emanar de la ley.

También se limita la negociabilidad o circulación de un cheque creándolo o endosándolo a favor del Banco librado ya que en este caso la ley dispone que *"el cheque creado o endosado a favor del Banco librado no será negociable"* (Art. 500 Código de Comercio).

4.10.- VENCIMIENTO, EL CHEQUE PRE Y POSTDATADO:

El vencimiento es la oportunidad en que la obligación contenida en el cheque es exigible. Para el cheque sólo es posible un vencimiento: a la vista. La ley dice a este respecto que *"el cheque será siempre pagadero a la vista"* y que *"cualquier anotación en contrario, se tendrá por no puesta"* (Art. 501 Código de Comercio).

Se considera que *"el vencimiento a la vista es de esencia al concepto del cheque"* y que *"puesto que el cheque se toma como medio de pago, al tomador no se le debe imponer ninguna espera para que convierta en dinero la promesa de dinero"*.²⁷

²⁷ Garriguez, Joaquín, curso de Derecho Mercantil; Tomo I, 5ª. Edición, Madrid, 1968, Pag. 625; y Garriguez, Joaquín, Contratos bancarios, Madrid, 1968, Pag. 510.

Intimamente vinculado con el vencimiento, está el problema del cheque ante o predatado y postdatado.

El cheque ante o predatado es el que tiene una fecha anterior a la que corresponde al momento real de entrega del cheque. Los cheques antedatados no producen más efecto que el de acortar el plazo de presentación. *"Si la antedatación es una maniobra del girador, que se vale de ella para revocar y para no pagar el cheque, se trata de una maniobra típicamente fraudulenta y por consiguiente, punible"*²⁸. Si la antedatación no es dolosa, es decir, si se produjo sin intención fraudulenta, caben las dos posibilidades que tiene el banco librado: pagarlo extemporáneamente, si es que el librador tiene fondos disponibles, o negar el pago, en cuyo caso el tenedor podrá ejercitar las acciones correspondientes.

El Cheque postdatado, es aquél en que consta una fecha posterior a la de su creación. Los cheques postdatados *"se utilizan por aquellas personas que, no teniendo provisión tendrán en la fecha que en el documento figura como la de la creación, o bien, en los casos en que aunque se tiene provisión, se desea disfrutar de un plazo para el pago"*²⁹

También se ha utilizado el cheque postdatado, en una clara desnaturalización de su carácter de instrumento de pago, para conceder crédito con garantía de un cheque sin fondos. El Problema del cheque postdatado lo resuelve nuestra legislación de una manera clara al disponer que *"el cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de*

²⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Derecho Bancario, Editorial Porrúa, 2ª. Edición, México, 1964, pag. 124.

²⁹ Rodríguez Rodríguez, Derecho Bancario, 2ª. Edición, Porrúa, México, 1964, pag. 125.

su creación o sin fecha, es pagadero el día de la presentación" (Art. 501 Código de Comercio). Es pues, válido pero pagadero a la vista.

La regla o principio general que establece el Código de Comercio para mantener invariable el vencimiento a la vista del cheque, es que cuando el cheque tenga anotación en contrario, esté postdatado o no tenga fecha, *"el día de la presentación se tendrá legalmente como fecha de su creación"* (Art. 501 Código de Comercio).

CAPITULO V

EL DELITO

Nuestra legislación penal no define al delito, ni nos proporciona ningún concepto, por lo que se desarrolla el presente trabajo aplicando sus propios elementos.

5.1.- CONCEPTO:

Delito, derivase del Latín *DELICTUM*; expresión de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena.

Son diversos y variados los conceptos que podrian ser enumerados, pero trataré de hacer mención de los mas relevantes, ya que el delito como razón de ser del derecho penal y como razón de la existencia de toda la actividad penal y como Estado, ha recibido diversas denominaciones a través de la evolución histórica de las ideas penales atendiendo a que siempre ha sido una valoración jurídica, sujeta a las mutaciones que necesariamente conlleva la evolución de la sociedad.

Delito, es la acción humana, antijurídica, típica, culpable y punible.

30

El tratadista Luis Jiménez de Asúa, ha difundido una definición técnica jurídica muy completa, estima al delito como el acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena y conforme las condiciones objetivas de punibilidad, pues el acto abarca tanto la acción como la omisión, formas ambas de manifestación espontánea motivada de la voluntad, ya que la manifestación espontánea ha de originar un resultado y entre aquella y este ha de haber necesaria relación de causalidad. Para

³⁰ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, Pag. 257.

que este acto humano y con un efecto resulte delictivo ha de estar descrito en el Código Penal o en cualquier otra norma represiva; ha de ser típico; aún inserto un acto típico en la ley, puede no ser delito, si no es antijurídico, pues la muerte de un semejante puede encontrarse plenamente justificada como en guerra, en legítima defensa o al ejecutar a un reo condenado a la pena capital. El cazador que sin advertirlo matare a un descuidado o imprudente que dormía oculto entre el ramaje de una finca dedicada a la cacería. Aún apreciada la culpabilidad por omisión del legislador podría el acto no estar sancionado con una pena; lo que obliga al tribunal a abstenerse de todo procedimiento. Para complemento ha de ser conforme a las condiciones objetivas de punibilidad, pues aún dándose todos los Requisitos expuestos, el legislador exceptúa a veces la punición del delito.

El delito es una acción u omisión culpable, típicamente antijurídica, penada por la ley e imputable a un sujeto responsable y sometido en ciertos casos a una condición externa de punibilidad, o como expresó el Licenciado Jorge Alfonso Palacios Motta: *Es un acto del hombre (positivo o negativo), legalmente típico, antijurídico, culpable, imputable a un sujeto responsable, en ocasiones previa determinación de condiciones objetivas de punibilidad y al cual se le impone una pena y/o una medida de seguridad.* ³¹

En la comisión del delito, existen dos sujetos: el pasivo o sea la persona que recibe en su integridad o en sus bienes un daño y, el sujeto activo, o sea la persona que causa ese daño: el delincuente.

³¹ Palacios Motta, Jorge Alfonso, Op. Cit. Idem Pag. 19.

Tenemos entonces que, el delito es, fundamentalmente, un acto humano, que puede ser realizado con voluntad o sin voluntad, elemento del delito conocido como culpabilidad, o sea la intencionalidad de causar un daño a bienes jurídicamente protegidos por el legislador, ejemplo: la vida, la integridad, el patrimonio, etc.

Existen también delitos que se causan sin ningún animo, es el caso específico de los delitos culposos que se cometen por haber actuado por imprudencia, negligencia o impericia, que se analizarán en un apartado subsiguiente.

5.2.- ELEMENTOS DEL DELITO:

Los elementos del delito, son los siguientes:

1. La acción
2. La tipicidad
3. La antijuridicidad
4. La culpabilidad
5. La imputabilidad
6. La punibilidad
7. Condiciones objetivas de la Punibilidad.

5.2.1.- LA ACCION:

Se refiere exclusivamente al actuar humano, o sea que las mutaciones provocadas en el mundo exterior por la intervención de animales o por fenómenos naturales, no constituyen delito.

Así mismo, es preciso establecer que la palabra acción, proviene del Latín *agere*, que significa: *hacer, obrar*.³² Contrariamente, existe también la omisión, que es la abstención de actuar, constituyendo también una manifestación de voluntad, aunque no necesariamente un movimiento o actividad.

5.2.2.- TIPICIDAD:

Es una de las características del delito, referido a que, los hechos cometidos por el hombre, para que puedan ser sancionados con una pena, deben estar descritos previamente en la ley penal (Código Penal). *Esa descripción legal, debe estar desprovisto de todo carácter valorativo; es la descripción hecha por el legislador.*³³

Tenemos entonces que, la tipicidad cobra vida cuando la conducta del hombre y la norma legal encaja en todos sus elementos.

Dentro de la conceptualización de delito, cabe señalar que, la tipicidad debe cumplir ciertas funciones:

5.2.3.1.- FUNCION DESCRIPTIVA:

La que determina o señala en abstracto una conducta que es considerada delictiva, conforme al ordenamiento sustantivo penal.

5.2.3.2.- FUNCION FUNDAMENTADORA:

Constituye una representación de lo ilegal, de lo ilícito; tomando en consideración, que si determinada conducta no ha sido descrita en la ley como delictiva y sancionada con una pena, no es contraria al ordenamiento jurídico.

³² Cabanellas, Guillermo. *Idem*.

³³ Goldstein, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*.
Pag. 628.

5.2.3.3.- FUNCION SISTEMATIZADORA:

Consiste en fusionar la parte General y la parte Especial del ordenamiento sustantivo penal, entendidas actualmente, como un todo indivisible.

5.2.3.4.- FUNCION GARANTIZADORA:

Se establece, con fundamento en la seguridad jurídica, política y social que otorga la Constitución y las normas sustantiva y adjetiva penal, al indicar previamente las conductas consideradas ilícitas, así como su respectiva pena.

5.2.3.- ANTIJURICIDAD:

Se refiere a la valoración que se otorga a la conducta cuyo fin es contrario o lesivo a los bienes jurídicamente protegidos por el Derecho y el Estado.

Entonces, es antijurídica la conducta contraria a derecho. La antijuridicidad implica, por consiguiente, una confrontación entre el acto realizado y lo que la ley penal pretendía que se realizase. ³⁴

Para que surja la antijuridicidad, deben concurrir fundamentalmente dos elementos:

- a) Norma descriptiva de conducta del bien jurídicamente protegido;
- b) Lesión o atropello de ese bien tutelado por el Derecho.

5.2.4.- CULPABILIDAD:

Elemento del delito, referido a la intervención de la voluntad o la falta de ella en la realización del ilícito.

³⁴ Rodríguez Devesa, José María, Derecho Penal Español, Pag. 386.

Al respecto se establece que, *Culpabilidad es la imputación de delito o falta, a quien resulta agente de uno u otra, para exigirle la correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal.*³⁵

Para que una determinada conducta humana pueda ser calificada como delictiva no es suficiente que se adecúe al supuesto normativo y que viole derechos jurídicamente protegidos, es preciso también que exista una voluntad dirigida a la realización de ese acto, consecuentemente, la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito.

La Culpabilidad se presenta en dos formas:

5.2.4.1.- DOLO:

Es la realización de un acto delictivo con conciencia, como voluntad y con representación del resultado que el agente desea o espera. Nuestro Código Penal, en el artículo 11 se refiere al delito doloso e indica que sucede cuando *"se prevee la consecuencia dañosa y antijurídica y no obstante se realiza el delito o bien, no se persigue un resultado dañoso determinado, pero el autor sabe que podría acontecer y ejecuta el acto"*³⁶.

Doctrinariamente existe una clasificación muy extensa del dolo, pero considero que no es necesario ampliar al respecto, y

5.2.4.2.- CULPA:

*Es un acto consciente y voluntario del hombre que origina la realización de un hecho típico y antijurídico por haberse omitido el deber del cuidado que le es exigible al agente, de conformidad con sus condiciones personales y las circunstancias en que actúa.*³⁷

³⁵ Cabanellas, Guillermo, Ibidem. Pag. 536.

³⁶ Hurtado Aguilar, Hernan. Derecho Penal Compendio, Pag. 23.

³⁷ Palacios Motta, J. Alfonso, Apuntes de Derecho Penal, Pag. 87

Al respecto, el artículo 12 del Código Penal establece: El delito es Culposo, cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia.

El fundamento de la culpa, es la falta de intención o voluntad de ocasionar resultados antijurídicos, aún cuando, debe existir en toda conducta humana:

- 1.- Previsibilidad de un supuesto daño al actuar; y
- 2.- Exigibilidad de actuar conforme a las pretensiones del Derecho, o sea conforme a la ley; al respecto "ha de preguntarse que comportamiento era el objetivamente debido en una determinada situación de peligro en orden a la evitación de una violación no querida del Derecho y si este comportamiento, puede ser exigido al autor, atendidas sus características y capacidades individuales."³⁸

Conforme la definición legal nacional, también debe definirse cada forma de la culpa o sea la imprudencia, negligencia e impericia.

1. IMPRUDENCIA: Es actuar, encajando la conducta a una norma penal, "a consecuencia de la vulneración no querida de una norma de cuidado, sin advertirlo pese a que debía o considerándolo posible pero confiando contra su deber en que el resultado no se produciría"³⁹. Es un actuar, omitiendo los cuidados o cautela que la común experiencia de la vida exige tomar, al realizar algunos actos o utilizar algunos objetos; es dinámica, acarea un riesgo. Es realizar actividades que no

³⁸ Jesckeck, Hans-Reinrich, Tratado de Derecho Penal, Pág. 777.

³⁹ Idem. Pág. 776.

debieran haberse hecho, Ejemplo: Conducir un vehículo a excesiva velocidad.

2.- NEGLIGENCIA: Es un elemento negativo de la culpa, es descuido, omisión, falta de precaución o falta de previsión, es despreocupación o indiferencia. *“Consiste en la omisión de los debidos cuidados que no le permitieron al agente, tener conciencia de los peligros de su conducta respecto de las demás personas o bienes”* ⁴⁰. Ejemplo: El electricista que al reparar cables de alta tensión no los aísla debidamente, dejándolos tirados, como consecuencia de su omisión, una persona sufre Lesiones a causa de electrocución. Y

3.- IMPERICIA: Es realizar actos concernientes a una profesión u oficio con desconocimiento de las normas relativas a tal actividad. Ejemplo: conducir un vehículo o una determinada maquinaria careciendo de los conocimientos elementales para su manejo.

5.2.5.- IMPUTABILIDAD:

Elemento del delito que se relaciona con la capacidad de volición de la persona que realiza la acción; para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer⁴¹; así, se tiene entonces que, la imputabilidad es un presupuesto de la responsabilidad ya que no puede ser responsable penalmente el individuo que no tiene conciencia de su actuar, al respecto el tratadista

⁴⁰ Goldstein, Raúl, Opus Cit. Pag. 502.

⁴¹ Castellanos, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 217.

Edmond Mezger expresa que imputabilidad es, la capacidad de comprensión.

El artículo 23 del Código Penal Guatemalteco establece que son inimputables: Los menores de edad y los que no posean la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho. En este sentido y contrariamente, debe entenderse que, son imputables, todos los mayores de edad, y mentalmente sanos.

5.2.6.- PUNIBILIDAD:

Es un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo ⁴². Asimismo el artículo 22 del Código Penal señala: No se impondrá sanción alguna si la ley, con anterioridad, no la hubiere fijado. "*Nullum Penae sine lege*". O Asea, no hay pena sin ley anterior.

5.2.7.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD:

Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo de delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad. (Ernest Beling); constituyen circunstancias fundamentales exigidas por la ley para la correcta configuración del delito, y para poder realizar la imputación legal; son ciertos Requisitos esenciales que deben concurrir para que se pueda imponer una sanción, ejemplo: delito de quiebra, que regula que el infractor debe de ser un comerciante.

⁴² Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal. Pag. 522.

CAPITULO VI

EL PATRIMONIO

El ser humano necesita para su desenvolvimiento material y espiritual, el uso y disfrute de ciertos elementos materiales, para satisfacer sus necesidades. El conjunto de derechos que le permiten esa apropiación y dominio en los elementos externos, es lo que se llama corrientemente patrimonio.

El patrimonio humano desde épocas remotas fue protegido en forma colectiva o individual, pues siempre tiene que protegerse y el que transgrede la protección que la colectividad le da ha sido sancionado.

En el derecho Romano se incluían a los esclavos en el patrimonio, pero sólo cuando eran considerados como cosas, y por lo tanto objeto de derecho de propiedad. Conviene distinguir entre el patrimonio que uno tiene y sea el conjunto de bienes, y el patrimonio que deja a otro que es el formado por todos los derechos y obligaciones transmisibles de una persona a otra, esta persona se llama sucesor.

“En los primeros tiempos, el patrimonio entre los romanos sólo comprendía las cosas corporales que se transmitían de generación en generación, como propiedad de la familia ejercida por el pater. Pero en la época clásica, el patrimonio estaba constituido por las cosas materiales y los derechos sobre ellos, y además, por los créditos y obligaciones.

De aquí los dos grandes grupos de derecho patrimoniales, constituidos: uno, por los derechos reales o poderes inmediatos que los hombres ejercen sobre las cosas por sí mismos y con carácter absoluto, y el otro formado por los derechos de crédito u obligación que solamente

autoriza para exigir de una persona determinada, una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer. Las adquisiciones patrimoniales se verificaban a título singular, cuando recaían sobre un objeto determinado, y universal cuando afectaba todo un patrimonio como en el caso de la herencia.

*En sentido estricto, el patrimonio significó lo recibido del padre. También significó el conjunto de bienes de una persona, su causal. Con estas dos significaciones, aún se usan entre nosotros, y puede definirse como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona; pero no todos, porque no forman parte de él los derechos de patria potestad ni los de tutela ni ninguno de los llamados derechos acerca de personas. Tampoco formaban parte del patrimonio que una persona dejaba a otra todos los derechos acerca de las cosas, es decir, todos los derechos reales o *In Re* y los personales o *Ad Rem*, porque alguno de ellos son personalísimos, y por tanto, sólo pertenecen a las personas que los disfrutaban, como los derechos de usufructo, pensiones vitalicias, y por lo que respecta a las obligaciones también hay algunas que no pueden transmitirse, como son algunas de hacer tal como esculpir una estatua o pintar un cuadro, conviene distinguir entre el patrimonio que no tiene y el patrimonio que deja a otro. Este último está formado por el conjunto de derechos y obligaciones transmisibles de una persona a otra que se llama sucesor.⁴³*

⁴³ Genzalo Fernández de Leon. Diccionario Jurídico. T. IV Pag. 89.

En el derecho Romano durante la república se entendía el conjunto de bienes pertenecientes al pater familia y que integraba el activo bruto del patrimonio familiar.

En la época clásica por patrimonio se entendió todos los derechos activos que con valor apreciable en dinero corresponden a una persona tanto sea en derecho activos que con valor apreciable en dinero corresponden a una persona tanto sea en derechos crediticios como derechos reales, pero como se puede observar en esta época no se incluyeron en la noción patrimonial las deudas del titular del patrimonio.⁴⁴

El patrimonio se ha definido *"como el conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituye una universalidad de derechos (Universi-Juris). Según se ha expuesto, el patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, derechos y además, por obligaciones y cargas, pero es requisito indispensable que estos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero es decir que puedan ser objeto de una valoración pecuniaria"*⁴⁵

En el patrimonio encontramos dos elementos:

- A. El activo que comprende el conjunto de bienes y derechos valorables en dinero, los cuales se traducen en derechos reales, personales o mixtos;
- B. El pasivo, constituido por el conjunto de obligaciones y cargas o deudas, que son el aspecto pasivo de los derechos personales y cargas y

⁴⁴ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. T. II. Pag. 250 y 251.

⁴⁵ Rafael Rogina Villegas. Compendio de Derecho Civil. T. II Pag.8.

obligaciones reales distintas de las personas, todos susceptibles de una valoración pecuniaria.

El haber patrimonial de una persona surge de la diferencia entre el activo y el pasivo, cuando aquel es superior a éste y en caso contrario tendríamos su déficit patrimonial. Permittiéndonos determinar el haber y el déficit con los conceptos jurídicos de solvencia e insolvencia. La solvencia resulta cuando el activo es mayor que el pasivo y la insolvencia en caso contrario.

6.1.- DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO EN NUESTRO CODIGO PENAL Y SUS DIFERENCIAS CON EL DELITO DE ESTAFA.

Algunas legislaciones protegen el patrimonio bajo el rubro de Delito Contra el Derecho de Propiedad, otros bajo el epígrafe de Delitos contra el Patrimonio; me parece más acertado hablar de delitos que atentan contra el patrimonio, por estar incluidos en éste todos los bienes que pueda tener una persona. En igual forma se expresa nuestro Código Penal.

El Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal, en el libro segundo, Título VI, se encuentran los delitos contra el patrimonio: El hurto y sus diferentes casos de hurto Agravado, el Hurto de uso, Hurto de fluidos, y hurto impropio; el Robo, diversos casos de robo agravado, Robo de uso, Robo de fluidos, Robo impropio, de los hechos Sacrílegos; de las Usurpaciones, la Usurpación Agravada; Alteración de Linderos, Perturbación de la Posesión, Usurpación de Aguas; de la Extorsión y el Chantaje; de la Estafa: Estafa Propia, Casos especiales de Estafa, Estafa

mediante destrucción de cosa propia, Estafa mediante lesión, Estafa en la entrega de bienes, Estafa Mediante cheque, Defraudación en consumos, Estafa de fluidos, Estafa mediante información contable; De las apropiaciones indebidas y de la Defraudación tributaria: Apropiación y Retención indebidas, Apropiación Irregular, Defraudación tributaria y todos sus aspectos; De los delitos contra el Derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos; De la Usura, de los Daños.

En este capítulo me referiré a la diferencia del delito de estafa con los otros delitos contra el patrimonio, que contempla nuestro Código Penal, sin hacer ninguna diferencia específica de las modalidades de cada uno de los delitos a que me he referido anteriormente, sino exclusivamente a la figura delictiva genérica de cada delito.

Así tenemos la figura delictiva del hurto en el Artículo 246 del Código Penal, que preceptúa: "Quien tomare sin la debida autorización, cosa mueble, total o parcialmente ajena". Por su parte el artículo 251 del mismo cuerpo legal establece: "Que comete robo quien sin la debida autorización y con violencia anterior, simultánea o posterior a la aprehensión, tomare cosa mueble, total o parcialmente ajena". Por otra parte el Artículo 263 dice: "comete estafa quien induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno".

En las figuras anteriormente mencionadas - Robo, Hurto y Estafa - como se puede apreciar, existe el apoderamiento de la cosa ajena, en las dos figuras primeramente enunciadas, sobre cosa mueble y en la última o sea en la estafa recae sobre el mueble, en todos estos delitos la apropiación también se verifica con ánimo de lucro; la diferencia

fundamental, estriba en lo siguiente: En el Hurto el propósito se consigue por la maña, en el Robo por la fuerza y en la estafa por la astucia; en el robo se actúa contra la voluntad manifiesta del robado; en el Hurto se aprovecha la distracción o ausencia del despojado y en la estafa colabora la inconsciencia del estafado. En el Hurto las cosas pasan al poder del sujeto activo mediante apoderamiento indebido, sin violencia. En el Robo el apoderamiento ilegítimo se realiza por medio de una coacción de fuerza sobre ella o violencia física en las personas.

Ahora bien, en cuanto a la diferencia de la Usurpación con la Estafa, podemos decir lo siguiente: La usurpación se integra con la ocupación de los bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, los cuales tienen que ser de ajena pertenencia; en la usurpación, el usurpante se pone en lugar del otro, es decir en lugar del titular del derecho real y a la vez lo sustituye en disfrute del mismo. Lo característico de este delito como se ve, pues, es que un sujeto sustituye al titular del derecho, por violencia, engaño, abuso o aprovechamiento ilícito y con el evidente propósito de despojar a otro; en cambio en la estafa, la cosa pasa a poder del estafador por medio del ardid o viciando la voluntad de la víctima.

De la extorsión y su diferencia con la Estafa: La extorsión es un delito que se comete por medio de la intimidación o coacción; en cambio en la Estafa, la disposición de un bien patrimonial se hace mediante la voluntad viciada por el ardid o engaño.

Del Chantaje y la diferencia con la Estafa: En el delito de chantaje, existe una exigencia y amenaza directa o encubierta, con el fin de sacar un

provecho; en cambio en la estafa, se saca también un provecho ilícito, pero mediante el andamiaje jurídico por el ardid y el engaño.

De la Apropiación Indebida y su diferencia con la Estafa: En la Apropiación Indebida, la cosa se recibe normalmente y el que la recibe quebranta posteriormente la buena fe depositada en él. Mientras que en la estafa la cosa se entrega por medio de una ilusión fraudulenta ocasionada o propiciada por el culpable.

De los delitos contra el Derecho de Autor y de la Propiedad Industrial. En esta clase de delitos, la diferencia con el delito de estafa es obvia; ya que en esta lo característico es el ardid o engaño causado por el agente; en cambio en los derechos de autor y de propiedad industrial, lo que se viola es un derecho preexistente a la propiedad industrial o intelectual.

De la diferencia de la Usura con la Estafa: En la usura lo que persigue el legislador es castigar al usurario; por exigir un interés mayor que el tipo máximo que fija la ley o bien que sea evidentemente desproporcionado con la prestación; por que en este caso el prestamista impone sus condiciones a la víctima que llega a él, no voluntariamente, sino movido por una necesidad imperiosa que los hace aceptar las leoninas condiciones impuestas; en cambio en la estafa para obtener la cosa debe mediar ardid o engaño, viciando la voluntad de la víctima.

De la Diferencia de los Daños con la Estafa: Los daños están catalogados como uno de los últimos atentatorios contra la propiedad, así lo contempla la doctrina y también nuestro código, lo característico de este delito es el ánimo de causar perjuicio, movido por un deseo de venganza u

odio; mientras que en la estafa, existe un ánimo de lucro y el ardid o engaño causado o promovido por el agente activo que quiere adquirir un provecho injusto.

CAPITULO VII

DELITO DE ESTAFA COMO FIGURA GENERICA TIPO

7.1.- CONCEPTO:

Con el propósito de delimitar el delito de estafa y deslindarlo de otras figuras con las que pudiese confundirse, se proporcionarán diversos conceptos que los estudiosos de la materia han elaborado al respecto:

"Estafa es el perjuicio patrimonial causado con animo de lucro y originado por engaño fraudulento. (Franz Melkel)

"Delito en que se consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o el abuso de confianza.(Guillermo Cabanellas)

"Hay estafa cuando la cosa que se quiere usurpar en beneficio propio, o de un tercero, se ha obtenido con la voluntad del dueño, mediante artificios o manejos que engañaron a éste, que sorprendieron su buena fe, que viciaron en suma, su consentimiento. (Zanardelli)

"Comete delito de estafa, el que, con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia meditada u otros manejos o artificios dolosos, propios para engañar o sorprender la buena fe, indujere a alguno a error y se procurase de esa manera, así mismo, o a un tercero, un provecho indebido, con daño de otro". (Sebastian Soler)

"Apoderamiento de lo ajeno con aparente consentimiento del dueño, sorprendido en su buena fe o superado en su malicia." (Guiseppe Maggiore)

7.2.- ALGUNOS ANTECEDENTES HISTORICOS:

Debido a la propia naturaleza humana, debe considerarse el hecho de que siempre ha existido hombres más hábiles que otros y dentro de los

primeros los ha habido con mayor malicia, picardía, maña, y afán de enriquecimiento con menor esfuerzo; presumiéndose entonces, que el engaño ha evolucionado conjuntamente con el desarrollo de la humanidad, pero se tienen algunos datos aislados que para el efecto se proporcionan.

En el Derecho Romano, hasta la Epoca imperial, no se puede hablar realmente de la autonomía del delito de estafa, ya que ésta se encontraba inmersa dentro de otras acriminaciones.

Tiempo después, durante la época de los emperadores, se le castigó como crimen *extraordinem*.

Durante el régimen del emperador Adriano, se le penó llamándole crimen *Stellionatus*, cuando alguien actuaba con engaño; denominándosele de esa manera, en virtud del término *estellio*, referido a una salamandra, pequeño reptil, que expuesto a los rayos solares, adquiere diversas tonalidades.

En el Derecho germánico, se producen diversas figuras del delito de engaño, pero sin poder construir con ellas un concepto histórico suficientemente preciso y determinado; ya que esta civilización de naturaleza agrícola preferentemente, tuvo pocas ocasiones de considerar hechos de fraude, considerándosele de naturaleza furtiva, o sea que, se ocultaban disimulando la acción y el efecto producido.

En la Edad Media surgió un Derecho estatutario sobre los fraudes y las falsedades, aún cuando no se separaron concretamente.

En las Siete Partidas, ya se encuentran determinados hechos que actualmente configuran elementos de esta acriminación.

En nuestro ordenamiento sustantivo penal, en el Código Penal del año de 1,889, ya se encuentra regulado el delito como Estafa y Otros Engaños, a partir del artículo 407 al 413.

7.3.- DOCTRINA:

Bajo el acápite de delitos contra la propiedad se han situado cierta clase de hechos delictuosos, cuya definición, carácter y contenido son tan arduos, que escapan a la posibilidad de concretarlos en un concepto doctrinario formal único.

Estos hechos delictuosos son las defraudaciones, dentro de estas a su vez, aparece un delito de una naturaleza más evasiva aún, el cual es el delito de estafa. Varios autores le han denominado el delito proteico por excelencia porque cambia en todas las formas posibles, adquiere todos los matices psicológicos que permite establecer una gradación de actos humanos que va desde el más inocente hasta la perfidia más sagaz; se presta a todas las combinaciones que entremezclan la buena y la mala fe. Nadie en el mundo será capaz nunca de prever las modalidades y decoraciones diversas que la defraudación y la estafa son susceptibles de revestir.

Idiomáticamente defraudar significa privar a uno con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias de lo que le toca en derecho. La estafa supone de modo necesario, un engaño determinante de un error, en cuya virtud el engañado efectúa un acto que importando disminución de su patrimonio se traduce en injusto provecho para quién provocó el error o

para un tercero. La estafa no es pues, sino una variedad de la defraudación que se comete por medio del engaño.

La comisión del delito de estafa comienza con el despliegue de un ardid cuyo objeto es suscitar un error; a su vez en ese error; se apoya la determinación tomada de defraudar la prestación que se traduce en perjuicio.

El ardid constituye el punto central de la teoría de la estafa. El ardid es el astuto despliegue de medios engañosos, estos medios engañosos requieren el despliegue intencional de alguna actividad cuyo efecto sea el de aparecer a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante. De tal manera, que el elemento material de la estafa se concreta pues en procurar para sí o para otro un provecho ilícito empleando cualquier ardid o engaño dentro de los cuales tenemos: Suposición de nombre, alteración de calidad, alteración de cantidad, simulación de calidad, aparentar crédito y otras formas.

En el Derecho Penal encontramos una forma típica que vulnera el derecho de propiedad. Ese ataque a la propiedad está aceptado como delito no sólo en la doctrina con el nombre genérico de defraudaciones, sino que también así figura en los cuerpos legales de los países modernos y aunque aparezca con denominaciones distintas se identifica en la substancia, que es el ataque al derecho de propiedad en general. Ahora, bien los procedimientos para llegar al ataque de la propiedad son diferentes, lo que obliga a aceptar una sub - clasificación de este delito.

De la defraudación nace tres especies de delitos contra la propiedad, los que corrientemente se han de nominado: Robo, Hurto y

Estafa los tres coinciden con el fin pero se diferencian en los procedimientos para consumar los hechos. De tal manera que para el apoderamiento de lo ajeno hay tres medios conocidos e identificados, que llevan a cabo los autores al consumar su propósito: Violencia, Abuso y Engaño respectivamente. Y así tenemos que cuando el apoderamiento legítimo se realiza por medio de una acción de fuerza sobre ella o violencia física en las personas el delito que se comete es el robo; cuando a cosa pasa en poder de otro, por simple apoderamiento ilegítimo, tenemos el delito de hurto y cuando se emplea en la acción ardido o engaño tenemos el delito de estafa.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la estafa, es una lesión al patrimonio ajeno mediante engaño ardido y generalmente con ánimo de lucro, por lo que comete el delito de estafa el que con artificios o ardidos induce en error a alguien a fin de procurarse en daño ajeno, un provecho injusto para si o para otro. De lo anteriormente expuesto se colige que en la comisión del hecho delictivo de la estafa, encontramos dos sujetos; el sujeto Activo, que es el que engaña a la víctima para inducirla a error a fin de obtener la prestación. Y el sujeto Pasivo, que es el que sufre el daño que para él representa la prestación patrimonial, efectuada a consecuencia del error a que fue inducido. El interés protegido por la estafa es el conjunto de bienes que no sólo comprenden la propiedad mueble sino que también la propiedad inmueble.

Los diversos autores que han tratado del estudio sobre la estafa, la han definido de diversas formas: que coinciden en sus elementos comunes que las diferencia de otros delitos y así tenemos que Cabanellas define la

estafa, como *"Delito en que se consigue un lucro valiéndose del engaño la ignorancia o abuso de confianza."* El tratadista Gustavo Labatut Glens dice: *"El que con artificios o ardides induce a error a alguien a fin de procurarse, en daño ajeno, un provecho injusto para sí o para otro"*. También define este delito el tratadista Eugenio Cuello Calón de la siguiente manera: *"Puede definirse la estafa como el perjuicio patrimonial realizado con ánimo de lucro mediante engaño"*. El tratadista Eugenio Puig Peña, dice que Merkel dio una definición que todavía pervive y que ésta, según el *"Es el perjuicio patrimonial causado con ánimo de lucro y originado por engaño fraudulento"* ⁴⁶

Pero tanto el tratadista Eugenio Cuello Calón como Puig Peña, coinciden en que los elementos que integran el delito de estafa son:

- a.- Un perjuicio Patrimonial;
- b.- La existencia de un engaño;
- c.- La existencia de un ánimo de lucro;
- d.- Relación de Causalidad.

Además de estos elementos, Cuello Calón contempla como elementos el delito de estafa de el elemento Psíquico.

7.3.1.- EL PERJUICIO PATRIMONIAL: Consiste en el detrimento del patrimonio de la víctima o en la posibilidad de que se produzca, debe ser conocido y valorado, porque el valor de lo defraudado es la base para la imposición de la pena es decir que el perjuicio debe ser real, de naturaleza patrimonial y efectivo, valorable en dinero, basta un perjuicio posible y este

⁴⁶ Federico Puig Peña. Derecho Penal. T. IV V. II P 249.

perjuicio no desaparece por el reintegro de la cantidad estafada que puede tener influjo en la responsabilidad civil que de este delito provenga.

7.3.2.- LA EXISTENCIA DE UN ENGAÑO: Este es el elemento típico y esencialísimo de la estafa, al punto que es la nota que lo diferencia de las otras formas de apropiación. El engaño puede revestir muchas formas tan variadas como variada es la mente humana, y consiste en aprovecharse de error provocado mantenido por el agente en la persona engañada, para obtener la entrega de la suma o cosa que se logra, es la nota que lo diferencia de las otras formas de apropiación; este engaño es la mutación o alteración de la verdad; es necesaria la presentación de hechos falsos mostrándolos como verdaderos o una alteración o supresión de los hechos verdaderos, es necesario que reúna las condiciones:

a.- Que sea fraudulento, esto es que actúe como causa determinante del error en virtud del cual, la víctima realiza la prestación representativa del objeto material del delito; y

b.- Que sea serio y capaz, esto es, que sea suficiente para mover la voluntad de una persona normal, la investigación de la idoneidad del engaño, es imprescindible para establecer el nexo de causalidad entre él y la prestación verificada.

7.3.3.- EXISTENCIA DE ANIMO DE LUCRO: Este requisito es de carácter genérico, aplicable a todos los delitos de este tipo que atentan contra la propiedad; no es concebible la apropiación de una cosa ajena sin que el autor se proponga la obtención de un provecho y se caracteriza por la apropiación a través de distintos medios de una cosa ajena, pues el culpable se propone la obtención de un provecho, "*No es necesario que el*

autor alcance el lucro que se propusiera, pues el delito existe desde el momento en que el culpable ingresa en su patrimonio ilegítimamente lo que pertenece a otro, poniéndolo fuera del poder y alcance del legítimo poseedor”⁴⁷

7.4.- ELEMENTOS DEL DELITO DE ESTAFA:

El artículo 263 de nuestro Código Penal vigente, señala: “*Quien induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno*”; prevaleciendo en esta figura, el interés público, para la protección del patrimonio, resguardándolo de acciones delictuosas que pretenden despojar mediante engaño a personas incautas.

Conviene señalar que con fundamento en la norma anteriormente citada, se pueden analizar los elementos integrantes del delito de Estafa, que aún cuando son comunes a los delitos de hurto y robo, contienen otras características sui generis que le distinguen y le individualizan:

- a.- Apoderamiento de cosa de ajena pertenencia;
- b.- Cosa perteneciente al mundo del bien mueble;
- c.- Existencia de ánimo de lucro;
- d.- Acción realizada induciendo a error, ardid o engaño; y
- e.- Existencia de relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio.

7.4.1.- APODERAMIENTO DE COSA DE AJENA PERTENENCIA:

Este elemento se refiere a una característica común a diversas acriminaciones contra el patrimonio, por ejemplo: Hurto y Robo.

⁴⁷ Idem. P. 251.

Aunque en el delito de estafa, este apoderamiento se logre sin violencia, sin aprovechamiento de descuido o de confianza, se realiza, cuando el agente, en este caso, estafador, se adueña de algún objeto, tomándolo y poniéndolo bajo su poder y trasladándolo a su morada o a algún otro lugar en el cual aquél despliegue sus actividades.

Cabe señalar, que el apoderamiento en el delito de robo se logra mediante violencia, en el delito de hurto sin violencia y sin consentimiento del legítimo tenedor de la cosa y, en el delito objeto de análisis, ese apoderamiento se obtiene a través de la entrega voluntaria que el sujeto pasivo hace de la cosa, con inconsciencia o ingenuidad.

Integra además este elemento, la característica de la ilegitimidad del apoderamiento, o sea, que se logra tomar poder sobre la cosa, con autorización pero con un fin ilícito.

Además, la cosa objeto de apoderamiento, debe encontrarse fuera de la esfera del dominio del estafador.

7.4.2.- COSA PERTENECIENTE AL MUNDO DEL BIEN MUEBLE:

En relación al delito de estafa, es preciso señalar, que el objeto o cosa objeto del apoderamiento ilegítimo, fundamentalmente debe ser un bien mueble, entendiéndose por éste a las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, o movidas por una fuerza extraña, considerándose en la misma categoría a las partes sólidas o fluidas del suelo, separadas de él, por ejemplo: tierra, piedras, metales, etc., construcciones provisionales asentadas en el suelo, tesoros, monedas, materiales para la construcción, dinero, créditos, efectos de

comercio, valores, y, cualesquiera otros contenidos en el inciso 1º. Del Artículo 1º. De las Disposiciones Generales del Código Penal Vigente.

Ya que el delito de estafa se configura mediante la entrega voluntaria que el timado hace de la cosa, se entiende naturalmente y por lógica común que dicha acriminación no podría hacer alusión a bienes inmuebles que no son susceptibles de ese tipo de entrega.

7.4.3.- EXISTENCIA DE ANIMO DE LUCRO:

Este requisito es de carácter genérico y aplicable a todos los delitos contra la propiedad, caracterizados por la apropiación o apoderamiento de una cosa ajena a través de distintos medios (robo, hurto, estafa, etc.), aún cuando no es necesario que dicho lucro se perfeccione, ya que el ilícito se configura desde el momento en que el culpable ingresa en un patrimonio ilegítimamente lo que le pertenece a otro, poniéndolo fuera del poder y alcance del legítimo poseedor.

El ánimo de lucro puede ser directo o indirecto, ya que no es necesario el aprovechamiento en beneficio propio.

Consiste entonces, el ánimo de lucro en sacar provecho en forma ilegítima mediando consentimiento del sujeto pasivo, quien con una idea contraria a la verdad, en forma voluntaria entrega la cosa materia del delito, teniéndose entonces, la existencia de una voluntad viciada, o sea, la del estafado, que ha resultado perjudicado en su patrimonio.

Dentro de este elemento, conviene distinguir también a los individuos que puedan resultar afectados con la comisión del delito, pudiendo ser el perjudicado y el engañado o estafado, dos personas diferentes, que pueden ser el propietario y el tenedor del objeto.

Debe entenderse el ánimo de lucro, como el propósito de obtener con la apropiación de la cosa una ganancia o provecho, cualquier ventaja, satisfacción o goce que el agente obtenga mediante la apropiación.

1.4.4.- ACCION REALIZADA INDUCIENDO A ERROR, ARDID O ENGAÑO:

Siendo este elemento, el típico y característico de la Estafa, que lo distingue de otras formas de apropiación.

Debe aclararse a que se refiere el término error, conforme el tratadista Raúl Goldstein, es la falsa noción que se tiene de algo; representación equivocada de un objeto cierto. Es un estado positivo del ánimo, que concibe falsamente los hechos o el derecho, siendo necesario un nexo causal entre el error y el artificio.

En relación al error, cabe señalar, que es frecuente que el estafado recurra al estafador, quien se aprovecha del error de aquel.

El error en general, obra sobre el estafado, pero también puede influir sobre otra persona distinta, cuando las trampas van dirigidas a ella; o sea, que por el delito se afectarán dos sujetos diferentes, como ya se indicó.

En la mayoría de casos de estafa, el sujeto pasivo es una sola persona, pero también puede ser una pluralidad indeterminada de personas, cuando la acción delictiva va dirigida a la colectividad, por ejemplo: avisos en periódicos acerca de viajes, empleos, u otras oportunidades.

El efecto inmediato y específico del error a que induce al paciente es la espontánea voluntad de entregar una cosa mueble que le pertenezca o que posea por cualquier título.

El autor Guillermo Cabanellas señala al "*ardid como maquinación tramada para producir engaño*". Asimismo, el tratadista Goldstein anteriormente citado indica que es un artificio, medio empleado certera y sagazmente para el logro de algún intento. El ardid provoca el error por su objetividad. Afirma además, que debe distinguirse de quien simplemente creyó que fue engañado; agregando que fue crédulo quien cedió ante palabras, o sea que a su criterio la mentira no constituye ardid, ya que éste debe ir acompañado de hechos engañosos.

Engaño es, faltar a la verdad con palabra o hechos, con el propósito de perjudicar al sujeto pasivo, haciéndole creer cierto lo que no es, o sea que consiste en un actuar, es positivo, siendo su objetivo lograr un efecto en la voluntad de la víctima.

En relación al engaño, todos los autores coinciden en afirmar, que debe de ser de tal magnitud, que pueda ser creído por personas maduras, inteligentes y mentalmente saludables, o sea que el hecho de prometer realizar cambios en el mundo externo (obtener riqueza, adquirir simpatía, prestigio, o aprecio) por medios sobrenaturales imposibles de realizar.

La acción se consuma en el momento en que el sujeto pasivo realiza la entrega patrimonial.

7.4.5.- EXISTENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL ENGAÑO Y EL PERJUICIO:

Este elemento establece que debe existir un nexo, un vínculo, o relación entre el engaño, el error o el ardid realizado por el agente y el detrimento patrimonial, sufrido por el sujeto pasivo.

Dicho de otra manera más concreta, no basta la defraudación y el engaño, es indispensable a demás, que exista entre ambos elementos una relación de causa a efecto, o sea que la ficción o creencia equívoca de la realidad promovida en el estafado, sea la causa de que éste voluntariamente se deshaga de una cosa de carácter mueble, en beneficio del estafador o de un tercero, que en forma ilícita obtendrá un enriquecimiento, proveniente de la manifestación espontánea de la viciada voluntad del paciente.

7.5.- FORMAS DE LA ESTAFA EN LA LEY PENAL GUATEMALTECA:

El Código Penal Guatemalteco vigente (Decreto 17-73 del Congreso de la República), contiene todas las formas de estafa en el libro II, Título VI y Capítulo V, de los artículos 263 al 271 encontrándose regulada dentro del apartado relativo a los delitos contra el patrimonio por considerarse este término más preciso y mas adecuado a todas las formas de dominio, posesión, uso, deposito, etc., de que son objeto los bienes en todas sus manifestaciones, por tal razón, el artículo 263 de la citada ley, expresa: Comete estafa quien, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno.

La norma indicada, contiene la forma básica o elemental, cuyos elementos adicionados con algunas formas específicas o más complejas, configuran las formas múltiples y calificadas del delito de estafa.

CAPITULO VIII

DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE

.1.- BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS:

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

En Francia, desde 1,917, se sancionó al librador de un cheque sin provisión de fondos con una pena de dos meses a dos años de prisión y multa que no podía exceder del doble del valor nominal del cheque girado, y si ser inferior a la cuarta parte de éste, acentuándose esta tendencia en la ley del 12 de agosto de 1,926 y en la del 24 de mayo de 1,928, las cuales consideraron como coautor del delito, a quien a sabiendas, recibiese un cheque no provisto de fondos.

Han sido muchos los países que se han preocupado por la tutela penal del cheque, entre ellos, Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Bélgica, Italia, Portugal, Rusia, Uruguay, Polonia, Venezuela, y Grecia, los cuales crearon figuras delictivas que en sus elementos coincidían con la conducta de aquellos que extendían cheques que no eran pagados al momento del cobro.

En nuestro país, la existencia del delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos pasó inadvertida, a pesar de encontrarse tipificada en el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República, que indica: 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 estas prescripciones, el instrumento es válido como cheque.

El que defraudare a otro librando un cheque sin tener fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su cobro o alterando cualquier parte del cheque o usando indebidamente del mismo, será responsable del delito de Estafa, conforme al Código Penal, el cual en ese entonces lo constituía el Decreto número 2164 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, y que en su libro II, Título XIII, Párrafo V contenía lo relativo al delito de Estafa y otros Engaños, figura genérica, que no establecía en forma determinante lo relativo al delito motivo de estudio, ya que dicho ordenamiento mantuvo su vigencia hasta el año de 1,973, en el cual fue abrogado por el Código Penal vigente, que ya contiene esta acriminación en forma específica, con todos sus elementos.

8.2.- IMPORTANCIA DE LA TUTELA PENAL DEL CHEQUE:

Tomando en consideración las ventajas que derivan del empleo del cheque, como instrumento eficaz de pago y, consecuentemente, la conveniencia de su mayor circulación y difusión, el legislador pretendió una enérgica protección a la circulación de dicho título de crédito y a la buena fe de las personas que lo admiten en sustitución de moneda, emitiendo normas de carácter penal.

Ya que, dentro del tráfico mercantil, el cheque como título de crédito, que contiene una orden incondicional de pago, librada contra un Banco, es de gran importancia, dado su común uso en transacciones comerciales, fundamentadas en la confianza existente entre el librador y el

tomador, que sin ninguna reserva, acepta la provisión de fondos en el blanco librado, la que supone cierta y disponible. Protegiéndose entonces, esa confianza, motivo de circulación del cheque.

Es decir, que el legislador estableció sanción penal para el caso de que el cheque se emita sin provisión, con provisión insuficiente o sin contar con la necesaria autorización del librado, ya que todas esas causas reducirán el efecto de negativa del pago del título, o sea que, la buena fe del tomador será sorprendida por la emisión irregular del cheque y se originará desconfianza general, en cuanto a la aceptación del título en las transacciones.

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

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

Teniéndose entonces que, el bien jurídico que protege la norma es la confianza en el cheque como instrumento de pago.

8.3.- CONCEPTO LEGAL:

Para tener una visión de la regulación legal del delito de Estafa Mediante Cheque, he de referirme primeramente a lo estipulado en el artículo 496 último párrafo del Código de Comercio que indica: *El que defraudare a otro librando un cheque sin tener fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su cobro o alterando cualquier parte del cheque o usando indebidamente del mismo, será responsable del delito de estafa, conforme al Código Penal.* (Como se indicó anteriormente, esta norma se refiere al Código penal abrogado, que no contenía el delito específico de Estafa Mediante Cheque, sino que lo contemplaba entre las formas genéricas de la Estafa).

Asimismo, cabe señalar que con base en la norma precitada, es preciso recurrir al contenido del artículo 268 del Código Penal Vigente, el cual preceptúa: *quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su presentación, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a veinticinco mil quetzales.*

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

Puede notarse, que aún cuando es el Código Penal la ley concreta para la Tipificación y ulterior punición, no contiene todos los elementos de

a figura, los cuales si se encuentran plenamente establecidos en la norma mercantil.

1.4.- CONCEPTO DOCTRINARIO:

Los tratadistas nos proporcionan diversas conceptualizaciones del delito motivo de estudio; al respecto se dice que es:

La entrega de cualquier concepto de un cheque sin contar con la suficiente provisión de fondos, o en su defecto, con autorización expresa para girar en descubierto. (Raúl Goldstein)

Refiriéndose en forma concreta al hecho de librar el cheque sin contar con los fondos necesarios para el pago a la presentación del mismo; lo cual, pone de manifiesto que el hacer del hombre, la actividad, se encuentra resumida en el verbo librar, que de acuerdo con la terminología usada por el autor Ernst Beling, constituye el núcleo del tipo, ya que la ley se refiere indudablemente al librador de un cheque.

O sea que, la conducta ilícita se encuentra concretizada en el acto mismo del libramiento del cheque, que por causas imputables al librador y determinadas en la ley penal, no es pagado a su presentación por la institución crediticia librada, siempre que la exhibición del documento para fines de pago, tenga verificativo dentro del término legalmente establecido, el cual varía en cada legislación.

En general puede decirse, que para la integración de los elementos descriptivos del tipo, se requiere de una conducta material, consistente en el libramiento del cheque y, de un resultado que se identifica con el impago del vinculado y es causa del acto de librar el documento.

8.5.- DEL BIEN JURIDICO TUTELADO:

La finalidad que se tuvo al legislar el cheque fue otorgarle garantía de seguridad al Cheque, "o sea que se tuvo en vista en todo momento el aspecto económico, financiero, para propender el uso y empleo del cheque y no podría ser otro el **ORDEN ECONOMICO EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR EL TIPO**, sin embargo, se han sostenido por otros autores que el delito creado en el Código de Comercio es un delito contra la fe pública y por lo mismo está es el bien jurídico protegido por el tipo pena" ⁴⁸ "Pero si aceptamos que el cheque es un medio de pago de obligaciones y como instrumento que permite la circulación de la riqueza ya que el propósito del cheque es que llegue a sustituir el dinero mismo, el bien jurídico tutelado no es el patrimonio particular, sino la protección de orden general, resulta entonces que el verdadero bien jurídico tutelado es el orden económico". ⁴⁹ Nosotros consideramos que el bien protegido en el Delito de Estafa por Medio de Cheque, en nuestra legislación es el patrimonio, por encontrarse dicho delito dentro de los delitos que atentan contra el patrimonio; a nosotros nos parece acertado, pues el dinero es un bien y como tal forma parte del patrimonio.

8.6.- ELEMENTOS DEL DELITO:

Siendo el Cheque un título de crédito, que conlleva la obligación incondicional de pago a la presentación del mismo, de ahí deriva que, se incorpore en la ley penal un tipo delictuoso, que reprime las conductas de

⁴⁸ Victor Barahona Bustos, Los Elementos del Delito de "Giro Doloso de Cheque" y nulidades que puedan afectarlos. P. 19.

⁴⁹ Ibidem. P.19

bramamiento de cheques careciendo de fondos o con insuficiencia de los mismos.

Los elementos se dividen en Subjetivos y Objetivos.

1.6.1.- ELEMENTO SUBJETIVO:

Constituido por el factor humano, que en este caso involucra a:

1.6.1.1.- SUJETO ACTIVO:

Es el librador, que no requiere ninguna cualidad esencial, o sea que es común o indiferente; debiendo reunir el requisito de ser el titular de una cuenta corriente. Luego ello, no requiere ninguna otra cualidad, o sea que puede ser cualquier persona.

1.6.1.2.- SUJETO PASIVO:

Será siempre el tomador o tenedor del cheque, que resulte afectado en su patrimonio, o sea un particular a quien fue entregado el cheque, inclusive un endosatario.

1.6.2.- ELEMENTO OBJETIVO:

Se refiere a todos los actos realizados por el sujeto activo, los cuales consisten en:

- A. Libramiento de un cheque que carezca de provisión de fondos o que no tenga suficientes fondos al momento de la presentación del título.
Entendiéndose por provisión de un crédito exigible por suma líquida, adeudado por el girado al librador, proveniente de una cuenta a favor de aquel. O sea que el librador adquiere la obligación de mantener a disposición del tomador la cantidad estipulada en el cheque.
- B. Existencia de un ánimo de lucro injusto, establecido en la figura del tipo al indicar el término "defraudar", o sea que las maquinaciones del

librador-sujeto activo, van dirigidas a obtener un enriquecimiento por medio del cheque, integrándose de esta manera un dolo directo y específico, contenido en la intención de defraudar en su patrimonio al tenedor del cheque, que conforma el corpus delictum, es la materia de esta acriminación.

- C. Disponer de los fondos destinados al pago del cheque girado, antes de que expire el plazo para su cobro; plazo cuya duración no se encuentra contemplada en la ley penal, debiendo entonces recurrirse al ordenamiento mercantil que en su artículo 502 expresa que los cheques deberán presentarse para su pago dentro de los quince días calendario de su creación.
- D. Debe presumirse asimismo, la característica de ser delito doloso, toda vez que no se pueden alegar circunstancias a título de culpa, cuando el agente gira un cheque, conociendo la falta de fondos a su presentación, en todo caso, de fondos insuficientes, que no alcancen a cubrir el importe exigido en el documento. Dolo, que en este delito consiste en el proceso intelectual mediante el cual, el agente se representa la falta de pago ilícita, por encontrarse contemplada en la norma penal, así como la acción precedida de la voluntariedad, dirigida a ocasionar el resultado dañoso en el patrimonio del sujeto pasivo, o sea, el tenedor del cheque.

Tanto la doctrina como la legislación, mantienen uniformidad al referirse a los elementos del tipo en el delito de Estafa Mediante Cheque (llamado en otras legislaciones: Cheque sin Fondos, Cheque sin Provisión de Fondos, Libramiento de cheque sin Fondos); refiriendo que es

indiferente la causa de emisión del cheque, toda vez, que al momento de presentarlo al librado, no existe suficiente provisión para su pago.

7.7.- MOMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO:

Regulan los artículos 268 del Código Penal y 496 del Código de Comercio, que el delito de Estafa mediante cheque se realiza con el elemento positivo de defraudar, librando un cheque sin fondos; o sea que en atención al momento consumativo del delito y conforme la postura de nuestra legislación vigente, se tiene que éste es un delito de pura actividad o acción, como también se le denomina.

Ya se indicó que el delito de Estafa Mediante Cheque se realiza en el momento en que se emite el título de crédito, o sea que para tener la plena certeza del momento de consumación del hecho, debe atenderse lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal que indica: Tiempo de Comisión del Delito. El delito se considera realizado en el momento en que se ha ejecutado la acción, teniéndose por realizada la ejecución del ilícito, desde el momento en que se emite el cheque, teniéndose la plena conciencia de la falta de provisión de fondos o de una provisión insuficiente para el pago del título.

8.8.- FORMA DE COMISIÓN:

La realización de todo ilícito, conlleva naturalmente, el desarrollo o secuencia del mismo, denominado por la doctrina como *Inter Criminis*, se realiza de la siguiente manera:

La fase interna del delito, la integran tanto la ideación, momento en que surge en el sujeto la idea de librar un cheque; como la deliberación, o

sea la lucha intelectual que se desarrolla entre la idea criminal y las fuerzas inhibitorias de carácter moral o utilitario que pugna por impedir la preponderancia de dicha ideación y luego, la resolución, fenómeno consistente en, el triunfo definitivo, de la concepción de verificar la conducta criminal, surgida en la mente del agente.

Fase externa, que en la generalidad de los delitos, se constituye por la resolución manifestada, integrada por los actos de preparación o actos preparativos y el proceso de ejecución, para concluir con la consumación delictiva, que en el delito de Estafa Mediante Cheque, se agota con el acto ejecutivo de expedir o librar el título, o sea, que en dicha acriminación es impune la exteriorización de la resolución tomada de librar el cheque y, el proceso ejecutivo queda reducido a una sola acción del agente: Emitir un cheque sin provisión de fondos, o con fondos insuficientes para el pago de mismo.

El delito de Estafa mediante Cheque está constituido por un movimiento corporal realizado en la emisión del título, con la cual, el sujeto activo agota su actividad; aún cuando con dicha conducta debe concurrir una conducta complementaria, realizada por el tomador del título consistente en: presentación del cheque ante la institución librada. El cual constituye un complemento de la acción de librar, indispensable para la concurrencia de todos los elementos del tipo, de tal manera que, al no realizarse la presentación del documento, la acción de librar sería indiferente al Derecho Penal, pues está condicionada la punibilidad de aquella acción, a la presentación del cheque en tiempo legal y, a su falta de pago. Por lo expuesto, algunos autores afirman, que dicho ilícito, es de

cción complementaria, en razón a la conducta, que requiere la concurrencia de un acto de tercero.

Asimismo, debe señalarse que en el delito de Estafa Mediante Cheque, en atención a la culpabilidad, no es posible girar un cheque a libramientos que no va a ser pagado, actuando en forma negligente, reflexiva o imperita. Deviniendo obligatorio, un actuar doloso, representado con un actuar, previendo un resultado querido o sea, la emisión del cheque conociendo la falta de provisión de fondos o de provisión insuficiente para su pago.

En relación al libramiento de varios cheques a favor de una misma persona, en acciones distintas, los que a la presentación no son pagados por causa imputable al librador, no constituyen pluralidad delictiva, sino un solo delito, ya que todas las acciones quedan ligadas dentro de un propósito común e identidad en la lesión jurídica.

En atención a la participación delictuosa, en el delito de Estafa Mediante Cheque, si fueren varios los partícipes, existiría un concurso eventual de sujetos, ya que su realización no precisa de la concurrencia de varias personas.

Para que surja la participación criminal, es preciso que exista una relación psicológica entre los partícipes, o sea, el conocimiento del hecho a realizar, conciencia de la ilicitud del mismo y voluntad en el actuar; resulta interesante entonces, precisar la situación en que se coloca el tomador del cheque. ¿Es coautor del delito? Indudablemente, la simple aceptación del título por parte del tomador y la acción siguiente realizada por él al presentarlo a la institución girada, constituyen actos materiales

que vinculan la producción del resultado exigido por el tipo, pero, no existe el vínculo psicológico necesario para que pueda existir participación delictuosa.

Aún, admitiendo el caso de que el tomador tenga conocimiento de la falta de provisión de fondos para cubrir el importe del cheque y lo reciba en esas condiciones, no necesariamente habrá participación en el delito, ya que la recepción del documento pudo haber sido hecha de buena fe, con la creencia de que sería pagado al presentarlo al banco librado, por promesa hecha en ese sentido por el librador.

Situación distinta es la del tomador que conviniendo expresamente con el girador en desvirtuar la naturaleza de orden incondicional de pago del cheque, lo recibe a sabiendas de la carencia de fondos o de provisión insuficiente o de falta de autorización para librar por parte del librador, ya que en tal caso, existe coparticipación, al colocarse ambos como coautores del delito, uno en el plano material y otro en el intelectual.

Igualmente, habrá autoría intelectual del tomador cuando instigue, proponga o compela a otro a girar un cheque, a sabiendas de la carencia de fondos, ya que de la autoría moral citada, surge en toda su plenitud, manifestada en la voluntad delictiva que se expresa en el plano material mediante la actuación del librador, quien carece de responsabilidad, si fue compelido a realizar la acción.

Dicha situación es la que se suscita en el delito de Estafa Mediante Cheque, cuando una persona en su calidad de deudor, es compelida por el acreedor a otorgar cheques, para garantizar el pago de su obligación.

1.9.- UTILIZACION INDEBIDA DEL CHEQUE COMO FORMA DE GARANTIA EN TRANSACCIONES COMERCIALES Y CONTRATOS DE MUTUO ALTAMENTE USURARIOS:

Nuestro ordenamiento sustantivo penal, sanciona al librador de un cheque que a su presentación carezca de suficiente provisión de fondos para el pago; de manera que se tutela la circulación del cheque y para proteger su valor fiduciario, ya que constituye un instrumento de pago autónomo.

Aún cuando nuestras normas ordinarias, sea penal o mercantil, no estipulen en que concepto se haya girado un cheque, indicándose únicamente lo relativo a la falta de pago del mismo, al momento de la presentación.

Ahora bien, en este apartado, conviene tratar lo relativo al cheque prefechado y al postfechado, ya que ambas modalidades tienen íntima relación con el vencimiento del título.

El cheque prefechado, llamado también pre o prodatado, es el que tiene una fecha anterior a la que corresponde al momento real de entrega del cheque, acortando el plazo de presentación, por lo cual es de escasa práctica.

El cheque postfechado o postdatado, es el que contiene una fecha posterior a la de su creación, o sea que se entrega al beneficiario o tomador, en una fecha anterior a la que consta en el documento, como fecha de emisión o de creación siendo utilizados por aquellas personas que carecen de provisión de fondos al realizar la entrega del título, confiando en que podrán proveerlo en la fecha que obra en el documento.

Sucede en la práctica y en acto de desnaturalización del cheque, que librador y tomador, giran y aceptan el documento, en calidad de garantía de créditos y en vista de que nuestra legislación no preceptúa el origen del título, para la configuración del delito de Estafa Mediante Cheque; la práctica tribunalicia ha protegido la voracidad de los usureros, que exigen a sus mutuarios la expedición de cheques, en blanco o postdatados, para que en caso de falta de pago, los deudores tengan la amenaza de detención, procesamiento y sanción penal.

La circunstancia de que el acusado hubiese dado el cheque en garantía o postfechado, no desvirtúa su responsabilidad en la comisión delictiva prevista en el artículo 268 del Código Penal y el artículo 496 del Código de Comercio, ya que la consecuencia lógicamente deducible de tal situación, sería la coparticipación del tomador en el ilícito. Y, cuando es este mismo sujeto quien induce o compele al librador a que expida el título, con pleno conocimiento de la falta de provisión de fondos, adquiere la calidad de coautor, siendo consiguientemente, autor moral de dicha acriminación.

Constituye inconstitucionalidad crasa, el reducir a prisión por deuda, hecho reiteradamente vicioso en la práctica judicial, que ha convertido la noble y grandiosa facultad de juzgar en, indecoroso cobro de usureros inescrupulosos, que aprovechando calamidades ajenas, coaccionan al económicamente desprovido para lograr el pago de una obligación civil, mediante una sanción penal.

CAPITULO IX

ANALISIS CRITICO DE LA INOBSERVANCIA EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE.

9.1.- IMPORTANCIA DE LA TUTELA DEL CHEQUE:

A criterio del sustentante, es imperativo que exista la tutela penal del cheque, tomando en consideración las ventajas que se derivan del empleo del cheque, como instrumento eficaz de pago y consecuentemente la conveniencia de su mayor circulación y difusión. El legislador pretendió una enérgica protección a la circulación de dicho título de crédito, así, como a la buena fé de las personas que lo admiten en sustitución de moneda, emitió normas de carácter penal, ya que dentro del tráfico o circulación mercantil, el cheque como Título de Crédito, contiene una orden incondicional de pago, librada contra un banco. Es de gran importancia, dado a su común uso en transacciones comerciales fundamentadas en la confianza existente entre el librador y el tomador, que sin ninguna reserva, acepta la provisión de fondos en el banco librado, la que supone cierta y disponible. Es entonces un elemento más, el que obliga a que exista una protección a esa confianza, motivo de circulación del cheque, es decir, que el legislador estableció sanción penal, para el caso de que el cheque se emita sin provisión de fondos, con provisión insuficiente o sin contar con la autorización del librado. Todas esas causas o circunstancias producirán el efecto de negativa de pago del título, siendo sorprendida la buena fé del tomador, por la emisión irregular del cheque, lo que genera desconfianza general en cuanto a la aceptación del título en las transacciones, afectando en forma directa el patrimonio del tomador del mismo, toda vez que este no

puede disponer de los fondos que debía obtener a su presentación y : este por su buena fé lo hubiese endosado, estará en mayor problema aún debido a que no sólo no obtiene éstos, sino se ha comprometido por cualquier circunstancia y éste entonces, es quien deberá responder de la ilicitud.

En la actualidad cuando los asaltos están a la orden del día y se despoja parte de su peculio a cualquier persona, al llevar consigo efectivo donde ya no existe poder que pueda detener la delincuencia. Los asaltos se producen a cualquier hora, a automóviles, autobuses urbanos extraurbanos o a transeúntes; se hace imperativo el manejo de chequera.

Tomándose en consideración, que los cheques están destinados servir preferentemente como medio de pago, al sustituir la circulación directa del dinero para realizar en forma plena su función, es necesario que infunda confianza, que el tenedor tenga plena certeza de su pago, a la presentación del título, como si se tratara de moneda. Si se quebranta esa confianza en el cheque, su circulación disminuye, originando la finalización de las considerables ventajas económicas que conlleva por lo que debe existir una protección de tipo penal.

El juzgador, no debe de perder de vista que el criterio que actualmente vienen sosteniendo, atenta contra normas preestablecidas que la costumbre no es fuente del derecho penal, por lo que viola el derecho vigente y la positividad de la ley es inexistente en la aplicación de estos delitos. Con muchísima frecuencia se ven querrelas presentadas por la comisión del delito de Estafa Mediante Cheque y que los Juzgadores si siquiera se toman la molestia de conocer, para establecer la veracidad de

la misma, como es su obligación, deduciendo por parte de algunos juzgadores que las demandas por este delito ya no debe de existir, toda vez que el estafador ha tomado mañosamente el ardid de aducir que el cheque lo ha girado en garantía. En el mejor de los casos se llega a dar trámite a la querrela presentada y cuando no, pues ni siquiera le dan trámite en el tribunal. Otro de los casos que verdaderamente es preocupante, es el caso de los denominados agiotistas que a mas de prestar dinero con excesivos e ilegales intereses, exigen a sus deudores que giren cheques como garantía, a sabiendas de que estos no cuentan con la debida provisión de fondos, a los que muy particularmente podrían denominarse coautores, pero nuestra legislación solamente contempla autores y cómplices, constituyendo inconstitucionalidad crasa, el reducir a prisión por deuda, hecho reiteradamente vicioso en la practica judicial, que ha convertido la noble y grandiosa facultad de juzgar, en indecoroso cobro de usureros inescrupulosos, que aprovechando la calamidad ajena coaccionan al económicamente desproveído, para lograr el pago de una obligación civil mediante una sanción penal. Así mismo debe señalarse que el delito de Estafa Mediante Cheque se realiza con el elemento positivo de defraudar, librando un cheque sin fondos o sea que en atención al momento consumativo del delito y conforme a la postura de nuestra legislación vigente, es un delito de pura actividad o acción como también se le denomina, pues este delito se realiza en el momento en que se emite el cheque como título de crédito, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal. El delito se considera realizado en el momento en que se

ha ejecutado la acción, teniéndose la plena conciencia de la falta de provisión de fondos o de una provisión insuficiente.

9.2.- FORMA DE COMISION DEL DELITO:

La realización de todo ilícito, conlleva naturalmente el desarrollo de la secuencia del mismo, denominado por la doctrina el *INTER CRIMINIS*, que en el delito de Estafa Mediante Cheque se realiza de la siguiente manera. La fase interna del delito la integra tanto en la ideación, momento en el que surge en el sujeto la idea de girar un cheque, como la deliberación o sea la lucha intelectual que se desarrolla entre la idea criminal y las fuerzas inhibitorias que pugna por impedir la preponderancia de dicha ideación, luego, la resolución como fenómeno consistente en el triunfo definitivo de la concepción de verificar la conducta criminal, surgida en la mente del agente, deviene entonces un actuar doloso representado con un actuar previendo un resultado querido o sea la emisión del cheque conociendo la falta o insuficiencia de fondos para su pago.

CAPITULO X
PROCEDIMIENTO LEGAL PARA JUZGAR LA ESTAFA MEDIANTE
CHEQUE.

10.1.- QUERELLA:

10.1.1.- NOCION LEGAL:

En el enjuiciamiento o proceso penal, la querella es el escrito que da comienzo a una causa criminal, cuando no se inicia de oficio, que puede presentar el ofendido o su representante. Ha de concretar al menos el hecho punible, o el supuesto, aunque se ignore quién ha sido el autor, y cuándo se ha realizado el hecho; o se expondrá cuándo y cómo se ha tenido conocimiento del mismo.

10.1.2.- QUERELLA Y DENUNCIA:

Son la querella y la denuncia los dos medios de iniciar el procedimiento penal.

Las diferencias principales entre ellas son éstas:

- a) La denuncia es obligatoria; la querella, voluntaria;
- b) Esta debe interponerse de acuerdo con las formalidades legales; aquélla carece de requisitos; puede efectuarse incluso de palabra, ante autoridad judicial, de policía u otra que pueda actuar, y en ocasiones se acepta la anónima;
- c) La denuncia "suscita" la intervención jurisdiccional; la querella, la "provoca";
- d) Por ésta, se convierte el que la presenta en parte en el juicio; por aquélla, el papel suele quedar reducido al de testigo;

e) La denuncia puede parecer tan infundada, que el órgano jurisdiccional r proceda, o se limite a una exploración preliminar que ni se traduzca e actuaciones escritas, sobre todo si ha sido verbal; mientras la querel origina necesariamente una causa.

10.1.3.- ANTECEDENTES:

Como expresión del ejercicio de la acción penal no siempre h recibido el nombre de querella la acusación o iniciativa en est procedimiento. Así, el *Fuero Juzgo* y el *Fuero Real* hablan indistintament de *querella* y de *demanda* en lo penal. El *Fuero Viejo* prefiere este últim término, común con el proceso civil; mientras el *Fuero de Soria* sólo s valé de la *querella*. En las *Leyes del Estilo* alternan los dos vocablos y de *acusaciones*. La escisión se produce en la Nov. Recop., que reserv *demanda* para la acción civil, y *querella* para la acción penal.⁵⁰

10.1.4.- NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO PROCESAL:

Establece en su artículo 24 Quáter lo siguiente: "**ACCION PRIVADA** Serán perseguibles, sólo por acción privada, los delitos siguientes: Estafa mediante cheque."

Así mismo el artículo 474 del mismo ordenamiento jurídico establec lo siguiente: "**QUERELLA:** Quien pretenda perseguir por un delito de acción privada, siempre que no produzca impacto social, formulará acusación, po sí o por mandatario especial, directamente ante el tribunal de sentenci competente para el juicio, indicando el nombre y domicilio o residencia de querellado y cumpliendo con las formalidades requeridas.

⁵⁰ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo V, Pág. 531.

Si el querellante ejerciere la acción civil, cumplirá con los requisitos establecidos para el efecto de este Código.

Se agregará, para cada querellado, una copia del escrito y del poder.”

Los requisitos de la querella los encontramos en el artículo 302 de nuestro ordenamiento jurídico los cuales son: “La querella se presentará por escrito, ante el juez que controla la investigación, y deberá contener:

1. Nombres y apellidos del querellante y, en su caso, el de su representado.
2. Su residencia.
3. La cita del documento 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 faltara 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.”

10.2.- INADMISIBILIDAD:

Condición de lo que no cabe admitir, en algún aspecto. Con mayor rigor técnico en el procedimiento, lo que obliga a un tribunal a rechazar de pleno, y a veces de plano, lo propuesto o pedido por una de las partes, hasta por ambas de acuerdo; como alguna prueba no aceptada por la ley.

En este último aspecto, aparecen dos grados: el máximo, el que permite no abrir un proceso, por no constituir posible materia de juicio pretendido. En otra fase, ya en la final de un proceso, la que resuelve rechazar una demanda, apelación u otro recurso, por no darse los presupuestos o condiciones para acogerlos.

Se diferencia de la *improcedencia*, en que ésta carece de derecho aunque realmente tal defecto consienta y provoque una resolución probablemente absolutoria para el demandado o procesado.

En otros aspectos, en lo documental, la *inadmisibilidad* se funda en no reunir siquiera los requisitos de forma para su validez externa. De modo más genérico, la *inadmisibilidad* se orienta por lo absurdo, por lo y refutado plenamente.⁵¹

Nuestro Código Procesal Penal, establece en su artículo 475, "que la querrela será desestimada por auto fundado cuando sea manifiesto que el hecho no constituye un delito, cuando no se puede proceder o faltar alguno de los requisitos previstos.

En este caso, se devolverá al querellante el escrito y las copia acompañadas, incluyendo la de la resolución judicial. El querellante podrá repetir la querrela, corrigiendo sus defectos, si fuere posible, con mención

⁵¹ Cabanellas, Guillermo, Idem, Tomo III, Pag. 674.

de la desestimación anterior. La omisión de este dato se castigará con multa de diez a cien quetzales.

10.3.- INVESTIGACION PREPARATORIA:

INVESTIGACION: Averiguamiento, indagación, búsqueda o inquisición de un hecho desconocido o de algo que se quiere inventar.

El artículo 476 del Código Procesal Penal Establece: "Cuando fuere imprescindible llevar a cabo una investigación preliminar por no haber sido posible identificar o individualizar al querellado o determinar su domicilio o residencia o fuere necesario establecer en forma clara y precisa el hecho punible, el querellante lo requerirá por escrito, indicando las medidas pertinentes. El tribunal así lo acordará y enviará el expediente al Ministerio Público para que actúe conforme las reglas de la investigación preparatoria, quien lo devolverá una vez concluidas las diligencias."

10.4.- MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN:

MEDIACIÓN: Participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha. Facilitación de un contrato, presentado a las partes u opinando acerca de alguno de sus aspectos.

La mediación adquiere su mayor importancia jurídica en las esferas del Derecho Internacional, del Laboral y del Mercantil, objeto de desarrollo independiente en las voces inmediatas.⁵²

⁵² Cabanellas, Guillermo, Idem, Tomo IV, Pag. 363.

CONCILIACION: Avenencia entre partes discordes que resuelve desistir de su actitud enemistosa, por renunciaciones recíprocas o unilaterales Concurso o reunión de cualidades diversas, y a veces opuestas incluso Avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito.⁵³

El artículo 477 del Código Procesal Penal, establece "Previo a acudir a la audiencia de conciliación, las partes podrán someter su conflicto a conocimiento de centros de conciliación o mediación, para que, una vez obtenido el mismo, se deje constancia de lo que las partes convengan en un acta simple que se presentará al tribunal para su homologación, siempre que con dicho acuerdo no se violen preceptos constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

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

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

Querellante y querrellado asistirán personalmente a la audiencia y se permitirá la presencia de sus abogados. Cuando alguna de las partes resida en el extranjero, podrá ser representado por mandatario judicial co

⁵³ Cabanellas, Guillermo, Idem, Tomo II, Pag. 255.

las facultades suficientes para conciliar. Por acuerdo entre querelante y querellado se podrá designar a la persona que propongan como amigable componedor, que deberá ser presentado al tribunal para su aprobación.

Los jueces de paz y los tribunales de sentencia, cuando exista peligro de fuga o de obstrucción de la averiguación de la verdad, dictarán las medidas de coerción personal del acusado que fueren necesarias para garantizar su presencia en los juicios por delitos de acción privada. Podrán también, si procede, dictar medidas sustitutivas de prisión preventiva, embargos y demás medidas cautelares conforme lo establece este Código."

10.5.- IMPUTADO:

El artículo 478 del Código Procesal Penal establece la actitud que puede tomar el imputado el cual establece: "Si el imputado concurriere a la audiencia de conciliación sin defensor, se le nombrará de oficio. De igual manera se procederá si no concurriere, habiendo sido debidamente citado y no justificare su inasistencia. El procedimiento seguirá su curso.

Salvo en la audiencia de conciliación y en los actos posteriores de carácter personal o cuando se requiera su presencia, el imputado podrá ser representado durante todo el procedimiento por un mandatario con poder especial.

Cuando el imputado no hubiere concurrido a la audiencia de conciliación, el tribunal, previo a ordenar la citación a juicio, lo hará comparecer para identificarlo debidamente, que señale lugar para recibir

citaciones y notificaciones y nombre abogado defensor, advirtiéndole sobre su sujeción al procedimiento.

10.6.- MEDIDAS DE COERCIÓN:

Sólo se podrán ordenar medidas de coerción personal para la citación y los que correspondan al caso de peligro de fuga u obstaculización para la averiguación de la verdad. (Artículo 479 Código Procesal Penal).

10.7.- PROCEDIMIENTO POSTERIOR:

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

En lo demás, rigen las disposiciones comunes. El querellante tendrá las facultades y obligaciones del Ministerio Público. El querrelado podrá ser interrogado, pero no se le requerirá protesta solemne. En los juicios en donde la moralidad pública pueda verse afectada, las audiencias se llevarán a puerta cerradas. (Artículo 480, Código Procesal Penal).

10.8.- DESISTIMIENTO TACITO:

Dejación, abandono del propósito, intento o plan que se tenía. La voz adquiere matices singulares en distintas ramas jurídicas.

En Derecho Procesal podemos decir que es el abandono, deserción o apartamiento de acción, demanda, querrela, apelación o recurso.

En éste, desistir de una querrela o acusación no termina con el proceso, que sigue de oficio; salvo tratarse de algún delito de acción exclusivamente privada. Sin embargo, en el procedimiento ordinario, el desistimiento del actor, apelante o recurrente, de manera expresa o tácita (ésta por transcurso de plazo improrrogable o caducidad de instancia), determina el decaimiento de la acción o recurso, o la absolución del demandado.⁵⁴

El artículo 481, del Código Procesal Penal, establece cuales son las causas por las cuales se puede dar por desistida en forma tácita de la causa, las cuales son:

1. Si el procedimiento se paralizare durante tres meses por inactividad del querellante.
2. Cuando el querellante o su mandatario no concurriere a la audiencia o conciliación o del debate sin justa causa, la cual deberá ser acreditada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha señalada.
3. Cuando muera el querellante. Asimismo, cuando le sobrevenga incapacidad y no comparezca ninguno de sus representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o la incapacidad.

10.9.- RENUNCIA, RETRACTACION Y EXPLICACIÓN SATISFACTORIA:

La retractación oportuna, las explicaciones satisfactorias, la renuncia del agraviado y otra causa similar de extinción de la acción penal, prevista

⁵⁴ Cabanellas, Guillermo, Idem, Tomo II, Pag. 662.

en la ley, provocará inmediatamente el sobreseimiento. (Artículo 482 d Código Procesal Penal)

10.10.- DESISTIMIENTO EXPRESO:

El querellante podrá desistir en cualquier estado del juicio, con la anuencia del querellado sin responsabilidad alguna; en caso contrario quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores. El desistimiento deberá constar en forma auténtica o ser ratificada ante el tribunal.

10.11.- INNOVACIONES EN EL PROCEDIMIENTO PARA DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA.

La posibilidad de que el querellante presente su escrito de acusación ante el Juzgado de Paz local, a efecto de que realice una junta conciliatoria, previa al inicio del procedimiento especial, busca facilitar el acceso de la justicia y abaratar su costo, pues los Jueces de Paz podrán si así lo desea el querellante, intervenir como mediador en el conflicto. Dichos jueces, están facultados para dictar, las medidas de coerción que aseguren la presencia del acusado en la junta conciliatoria. Si esta fracasa remitirá la querrela al tribunal de sentencia competente.

El juez deberá desempeñar un papel de mediador, tratando de lograr la superación de la causa del conflicto; si ello se produce y las partes llegan a un acuerdo que no lesione precepto constitucional ni las leyes extenderá el acta que contenga las bases del convenio para que sirva de título ejecutivo. Las partes podrán, de común acuerdo, pedirle al juez de paz que funja como conciliador del conflicto una persona de reconocido

autoridad moral de la comunidad, o el juez podrá pedir a las partes que acepten como conciliador a una persona con esas características, o a un técnico en mediación.

Esta decisión de política criminal busca promover el diálogo, como forma de resolver, conflictos penales no graves y proveer mecanismos que economicen el costo de la administración de justicia. Las personas que se consideren víctimas de los delitos de acción privada, podrán optar entre plantear al Juez de Paz del lugar en donde se cometió el ilícito penal, o dirigirse directamente al tribunal de sentencia departamental.

Así mismo la Corte Suprema de Justicia, en acuerdo número 68-98, creó el Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal del Departamento de Guatemala, con la función específica de conocer de los delitos de acción privada cometidos en dicho departamento, con excepción de los que ocurran en los municipios de Amatitlán, Villa Nueva y Mixco, en los cuales funciona un Tribunal de Sentencia propio de cada uno de ellos.

También especifica dicho acuerdo que todos los procesos por delito de acción privada que se encuentren en trámite, en los diferentes Tribunales de Sentencia del departamento de Guatemala, hecha la excepción mencionada serán remitidos inmediatamente al Tribunal creado mediante ese acuerdo para su prosecución y fenecimiento.

CONCLUSIONES

1. No debe permitirse el Cheque como Garantía de pago, porque se desnaturaliza su intrínseca función de documento de pago. Y se convierte en un documento de Crédito.
2. Como fue expuesto en el presente trabajo, el mutuante que compele a su deudor a emitir un cheque como garantía de pago, con conocimiento de la falta de provisión de fondos, adquiere la calidad de autor moral o sea, coautor, del delito de Estafa Mediante Cheque.
3. En el ordenamiento sustantivo penal guatemalteco, el delito de Estafa Mediante Cheque, fue creado como una figura subsidiaria de la figura genérica tipo denominada Estafa, la cual, tiene un propósito definido que es la defraudación en patrimonio ajeno, con un enriquecimiento ilícito, sea del agente o de un tercero.
4. La norma reguladora del Delito de Estafa Mediante Cheque, no establece ninguna circunstancia o requisito para la emisión del cheque, presumiendo que es una orden incondicional de pago y no una garantía de crédito.
5. En la práctica y como una degeneración jurídica, el cheque en vez de constituir un sustituto de moneda, se ha convertido en un medio garantizador de obligaciones provenientes de contratos de mutuo o en todo caso de estafadores que se han profesionalizado por la impunidad actual, ya que éstos saben que al indicar que los giraron en garantía de una obligación, el juzgador no dictará sentencia condenatoria crasamente. El Juzgador contribuye con ello, a la impunidad.

RECOMENDACIONES

1. Nuestro ordenamiento jurídico sustantivo penal, sanciona al librador de un cheque que a su presentación carezca de suficiente provisión de fondos para el pago, de manera que tutela la circulación del cheque y protege su pago autónomo y por ende hay una protección patrimonial, la cual esta vigente y debe aplicarse como derecho positivo.
2. En vista que, nuestra legislación no preceptúa el origen del título, para la configuración del delito de Estafa Mediante Cheque, la circunstancia de que el acusado lo hubiere dado en garantía, no desvirtúa su responsabilidad en la comisión delictiva, según el artículo 268 del Código Penal y 496 del Código de Comercio.
3. Debido a lo imperioso que resulta el uso del cheque en la actualidad como medio incondicional e inmediato de pago, el legislador protegió dicha institución otorgándole tutela penal, a través de la contemplación del delito de Estafa Mediante cheque por lo que es vigente y por ende positivo y como tal, debe aplicarse.
4. Cuando a una persona no le sea cancelado el cheque por falta de provisión de fondos; el Banco Librado, debería avisarle al librador para que regularice su situación. Esto con el fin de no dejarlo a la función Jurisdiccional, donde se ejercerían las acciones correspondientes.
5. El Banco librado debería de mandarle algún aviso al girador del cheque haciéndole saber que si persiste en girar cheques sin suficiente provisión de fondos, se le cancelara la cuenta.

6. Si persiste en esa actitud en ese banco o en otros estos mandarle avis a los demás Bancos para que esta persona tenga alguna cláusul especial para poder abrir alguna cuenta de Cheques con ellos.
7. Tomar en cuenta el dictamen de la Corte Suprema de Justicia conferid en Sentencia del 24 de febrero de 1,994, manifestando lo siguiente "*La Constitución Política de la República impone a los Tribunales i función de impartir Justicia, la que debe ser pronta, cumplida ajustada a la ley. Básicamente en lo que atañe a hechos que s enmarquen en la tipología de un ilícito penal establecido por la ley co anterioridad a su perpetración. La negativa de un órgano jurisdiccioni a conocer de un determinado caso, sólo debe darse cuando los hecho en forma evidente no revisten los caracteres de delito.*"

BIBLIOGRAFIA

1. **Lam Pacheco de Fonseca, Rosario.** Extinción de la responsabilidad en el proceso penal guatemalteco. Tesis de graduación. Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala, abril 1977.
 2. **Cabanellas, Guillermo.** Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 14ª. Edición, 14 de Marzo de 1,980.
 3. **Vásquez Martínez, Edmundo.** Instituciones de Derecho Mercantil. Serviprensa Centroamericana. Guatemala, C.A. 1978.
 4. **de Mata Vela, José Francisco y De León Hector Aníbal.** Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Editorial Art. Guatemala, C.A. Enero 89.
 5. **Agullar Sánchez, Carlos.** Estudio sobre el cheque sin fondos, Tesis de Graduación profesional. UNAM. Mexico, 1965.
 6. **Beling, Ernest.** Derecho Procesal Penal Editorial Labor, S.A., Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, 1943.
 7. **Balsa Antelo, Eudoro y Bellucci, Carlos A.** Técnica Jurídica del Cheque, 2ª. De Despalma, Buenos Aires, Argentina, 1963.
 8. **Caniceros, Jose Angel.** El Libramiento de Cheques sin fondos, Revista Criminalista, año IX, Número 8, Abril de 1943.
 9. **Monzón Paz, Guillermo Alfonso,** Introducción al Derecho Penal Guatemalteco. Parte Especial. Impresiones Gardisa, Guatemala, 1980.
 10. **Puig Peña, Federico,** Derecho Penal, Tomo IV, Volumen II, Parte Especial, 5ª. , Edición, Ediciones Nautas, S.A., Barcelona, España, 1959.
-

11. **Barahona Bustos, Victor.** Los Elementos del Delito de "Giro Doloso de Cheque" y Nulidades que puedan afectarlos. 1962, Editorial Jurídica de Chile.
12. **Cuello Calón, Eugenio.** Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial Undécima Edición Bosch, Casa Editorial Urgel 51, Bis, Barcelona 1961.
13. **Cuello Calón, Eugenio.** La Protección Penal del Cheque, 3ª. Edición Bosch, Casa Editorial Urgel, 51, Bis, Barcelona.
14. **Borínsky, Carlos.** Derecho Penal del Cheque, 3ª. Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1986.
15. **Aguirre Godoy, Mario.** La Prueba en el Proceso Civil Guatemalteco, Unión Tipográfica, Guatemala, 1965.
16. **Barrientos Pellecer, Cesar Ricardo.** Las Fases del Proceso Penal, Talleres de Imprenta del Organismo Judicial, Guatemala, 1993.
17. **Barrientos Pellecer, Cesar Ricardo.** Principios Especiales del Nuevo Proceso Penal, Talleres de Imprenta del Organismo Judicial, Guatemala, 1993.
18. **Chacon Corado, Mauro.** El Enjuiciamiento Penal Guatemalteco, Editorial Vile, Guatemala, 1992.
19. **Ciarla Omedo, Jorge.** Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, S.A., Buenos Aires, 1967, tomos I, IV, V, VI, VII.
20. **Florian, Eugenio.** Elementos de Derecho Procesal Penal, Bosch, Editorial Barcelona, Sin Fecha.
21. **Herrarte Gonzalez, Alberto.** Derecho Procesal Penal, El Proceso Penal Guatemalteco, Editorial Jose de Pineda Ibarra, Ministerio de Educación, Guatemala, 1978.

22. **Valenzuela O. Wilfredo.** Lecciones de Derecho Procesal Penal, Tomos I y II, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1993.
23. **Mendez, Ileana Maribel.** Apuntes de Derecho Procesal Penal I y II, Departamento de Reproducción de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la USAC, 1991.