

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



**"ANALISIS JURIDICO-SOCIAL DE LA FIGURA DEL CHEQUE
Y SUS INCIDENCIAS EN LA PRETENSION DE ACUERDO A
LO ESTIPULADO EN EL DECRETO 79-97 DEL CONGRESO DE
LA REPUBLICA RELATIVO A LA CONVERSION DE LA
ACCION, DENTRO DEL AMBITO CIVIL Y PENAL."**

TESIS

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

POR

OMAR AUGUSTO CONTRERAS RAMIREZ

Previo a optar el Grado Académico de:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a los títulos profesionales de:

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, enero de 1,999.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



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

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

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela.
VOCAL I	Lic. Saulo De León Estrada.
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III	Lic. William René Méndez
VOCAL IV	Ing. José Samuel Pereda Saca
VOCAL V	Br. José Francisco Peláez Córdón
SECRETARIO	Lic. Héctor Anibal De León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL.

PRIMERA FASE:

PRESIDENTE:	Lic. Hugo Haroldo Calderon M.
VOCAL:	Lic. Héctor David España P
SECRETARIO:	Lic. Erwin R. Rueda Masaya

SEGUNDA FASE:

PRESIDENTE:	Lic. Edwin Otoniel Melini Salguero
VOCAL:	Lic. José Víctor Taracena Alba
SECRETARIO:	Lic. Manuel Arturo Estrada Gracias

NOTA: Unicamente 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).



Ameyé
22/3/99

1261-99

Guatemala, 15 de febrero de 1999



Licenciado
JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
DECANO
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

24 MAR. 1999

RECIBIDO
Horas 17 Minutos 30
Operat

Por este medio atentamente me dirijo a Usted, en relacion a la providencia dictada por el Decanato a su digno cargo, por la cual fui nombrado asesor de tesis del Bachiller Omar Augusto Contreras Ramirez, en tal virtud le informo a Usted que he cumplido con lo encomendado, orientando al bachiller Contreras Ramirez, y pongo a su conocimiento el siguiente

DICTAMEN

Después de las recomendaciones y modificaciones sugeridas por mi persona, al trabajo de tesis titulado "Análisis Jurídico Social de la figura del Cheque y sus incidencias en la pretensión de acuerdo a lo estipulado en el Decreto "9-9" del Congreso de la Republica, relativo a la conversión de la acción dentro del ambito civil y penal" en el cual se sientan bases teoricas y practicas de un problema de vivencia juridica en nuestra sociedad y en el medio forense guatemalteco, en el cual se hace necesario implementar las sugerencias que pertinentemente hace del trabajo de tesis

Por lo expuesto opino que el trabajo de tesis asesorado por mi persona llena los requisitos que establece el reglamento respectivo debiendo el sustentante defender sus puntos de vista en el examen publico

Sin otro particular, agradeciendo la confianza depositada en mi persona. Atentamente

LIC. ALVARO ARTURO DE LEON ALVAREZ
AGENTE FISCAL
MINISTERIO PUBLICO



CIUDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA

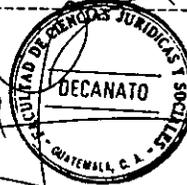


FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



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

Atentamente, pase al LIC. CARLOS ESTUARDO GALVEZ
BARRIOS para que proceda a Revisar el trabajo de
Tesis del bachiller OMAR AUGUSTO CONTRERAS RAMIREZ
y en su oportunidad emita el dictamen
correspondiente.-----



Alhj.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



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



1442-99

15141971

Guatemala. 14 de abril de 1998.

SEÑOR DECANO DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.
LIC. JOSE FRANCISCO DE MATA VELA.
PRESENTE.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

14 ABR 1999

RECIBIDO
Horas: 14 Minutos: 20
Oficial: _____

Señor Decano:

De conformidad con lo ordenado por usted, procedi a Revisar el trabajo de tesis denominado ANALISIS JURIDICO SOCIAL DE LA FIGURA DEL CHEQUE Y SUS INCIDENCIAS EN LA PRETENSION DE ACUERDO A LO ESTIPULADO EN EL DECRETO 79-97 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, RELATIVO A LA CONVERSION DE LA ACCION DENTRO DEL AMBITO CIVIL Y PENAL, el cual fue elaborado por el Bachiller OMAR AUGUSTO CONTRERAS RAMIREZ.

La investigacion realizada por el Bachiller OMAR AUGUSTO CONTRERAS RAMIREZ llena todos los requisitos establecidos en nuestra facultad para este tipo de trabajo, en virtud de lo cual estimo Señor Decano que el mismo debe ser aprobado y ordenarse la impresion del trabajo antes referido y que el mismo sirva de base para el Examen Profesional correspondiente.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
REVISOR.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del
trabajo de tesis del bachiller OMAR AUGUSTO CONTRERAS RAMIREZ
intitulado "ANALISIS JURIDICO SOCIAL DE LA FIGURA DEL CHEQUE Y SUS
INCIDENCIAS EN LA PRETENSION DE ACUERDO A LO ESTIPULADO EN EL
DECRETO 79-97 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, RELATIVO A LA
CONVESION DE LA ACCION DENTRO DEL AMBITO CIVIL Y PENAL".
Articulo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de

Tesis



ALFU.



DEDICO ESTE ACTO

A DIOS:

**Por haberme permitido llegar
a alcanzar esta meta.**

A MIS PADRES:

**José Augusto Contreras Ramírez
Albina Ramírez de Contreras.
Por sus consejos.**

A MI FAMILIA:

**Por el apoyo incondicional que
me brindaron, especialmente a
mis hijas.**

**A las personas que en todo
momento me apoyaron y
ayudaron para llegar a este
momento, en especial a:**

**Magda Lucía Maldonado y
Mario Arnulfo González.**

**A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA Y ESPECIALMENTE A LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.**

INTRODUCCION ¹

El cheque ha constituido una herramienta útil y eficaz para el desarrollo de las actividades especialmente mercantiles en el país, ya que como tal constituye un medio de pago, el cual tiene entre sus características la maniobrabilidad, agilidad y el poco volumen que posee no importando la cantidad que tenga incorporada, otra característica de gran importancia es la de evitar el tener que transportar dinero en efectivo, esta es de gran importancia, debido al nivel de delincuencia que vive nuestro país actualmente. Sin embargo, en la actualidad, el mismo ha ocasionado una serie de problemas, no considerando al cheque en si mismo, sino que el problema obedece a la mala fe de algunas personas, al emitirlo sabiendo que carece de fondos.

Al darse una situación de estas, preliminarmente, en la mayoría de los casos, el tenedor del cheque trate de localizar al emisor para que se le haga efectivo de una manera extrajudicial, sin embargo, la mala fe y el dolo persisten, y el tenedor o tomador del cheque tiene que acudir a un órgano jurisdiccional, a plantear su pretensión que en principio es sencillamente que se le restituya en su patrimonio el valor que el mencionado cheque tiene incorporado, por el hecho de

la disminución patrimonial que fue objeto al otorgársele un cheque que no tiene fondos.

El problema de la emisión de cheques sin fondos se ha agudizado, y se considera que este problema surge como consecuencia de relaciones privadas, debido a que el mismo se ha originado con motivo de obligaciones contractuales que surgen entre personas y mas que todo, se debe a la confianza de una con otra al realizar y recibir el pago de una cantidad de dinero por medio de un cheque.

El Estado ha querido intervenir en la protección o tutela jurídica que amerita la figura del cheque, pues existe una cantidad de dinero que a efectos jurídicos se considera parte del patrimonio de una persona, así como también que interviene la mala fe de quien emite un cheque sin fondos, y la negativa de no querer restituir el valor incorporado en el cheque y que al momento de su presentación no fué pagado por falta de fondos, por ello, el tenedor se ve obligado a acudir a la justicia y en este caso, habiendo cumplido con los requisitos esenciales, puede acudir ante un órgano del orden civil, regularmente, y en vista de otras circunstancias ante un tribunal de sentencia, para ejercitar la acción penal.

Con la entrada en vigor del Decreto 79-97 del Congreso de la República, éste delito que era considerado de acción pública fué convertido en un delito de acción privada, justificado por el hecho de que las personas perjudicadas o víctimas, deben tener un papel de mayor protagonismo en los casos que resulten ser más afectados, por ello, queda a discreción de la víctima hacer uso de ese derecho.

Sin embargo, a criterio del investigador, el mencionado Decreto lejos de revestir de seguridad jurídica a la figura del cheque, le esta quitando protección, lo cual provoca que las personas tanto individuales o colectivas hayan perdido la confianza en el cheque como medio de pago, lo que trae como consecuencia el verse obligados a realizar transacciones personales o comerciales con dinero en efectivo y cuyo resultado puede ser desastroso, por el alto índice de delincuencia que vivimos actualmente, en que los delincuentes están a la expectativa de cuanto dinero porta una persona para robárselo. Por ello, en lugar de restarle importancia al delito de estafa mediante cheque, debe de hacerse más estricta la aplicación de la ley y simplificar el tramite relacionado con dicho delito, lo que traería como consecuencia mayor certeza jurídica y

confianza en las transacciones que pudieran llevarse a cabo mediante este documento.

Con el objeto de una mayor comprensión, la presente investigación se ha dividido en capítulos, en primero establece generalidades del cheque, elementos personales, características, naturaleza jurídica, etc., en el capítulo segundo se estudia el delito, sus elementos y posteriormente el delito de estafa mediante cheque para delimitarlo y analizarlo, el tercer capítulo se establecen las acciones que puede ejercitar una persona cuando es tenedora de un cheque cuando el mismo no se ha hecho efectivo por falta de provisión de fondos especialmente, y el cuarto capítulo se refiere a las reformas contenidas en el Decreto 79-97, haciendo un análisis de las mismas y describiendo la manera de como se procede en la actualidad cuando se emite un cheque sin provisión de fondos y la problemática que existe en los Tribunales Civiles y Penales y en base a lo anterior se hace un análisis e interpretación del trabajo de campo realizado para el efecto.

Por último se establecen las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.

CAPITULO I
GENERALIDADES ACERCA DEL CHEQUE DENTRO DE LAS
OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

I. DEFINICION.

Para dar una definición del Cheque, es necesario determinar primero su naturaleza jurídica, es decir, su ubicación dentro del extenso mundo del derecho. Para ello, debemos mencionar que a este documento algunos tratadistas lo considera un título de crédito, otros han determinado que su naturaleza jurídica no esta inmersa dentro de lo que es un título de crédito, puesto que no contiene un crédito propiamente dicho sino que es un medio de pago incondicional, algunos otros, mencionan que es un título valor, pues incorpora una suma de dinero que debe hacerse efectiva a su tenedor al momento de su presentación.

La definición del tratadista De Pina Vara, en su obra Teoría Práctica del Cheque, estima que "La naturaleza jurídica del cheque se desprende de su calidad de título de crédito, que el cheque como título de crédito cambiario,



incorpora un derecho literal y autónomo y que la orden de pago y la promesa de pago contenida en el cheque están concebidas en forma abstracta, no haciendo referencia alguna a su causa". 1/

1

Para la legislación guatemalteca, el cheque es considerado como un título de crédito, lo cual queda establecido al estar regulado en el capítulo VII, título I del libro III del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República.

Por lo expuesto, puede asumirse como definición, que el cheque es un título de crédito a la orden o al portador, formal y completo que incorpora al documento la orden incondicional a un banco, de pagar una suma determinada de dinero al momento de su presentación a favor de un tercero o tenedor del título de crédito, sin importar las circunstancias por las cuales se emitió.

No se redundará en cuanto a los antecedentes históricos del cheque, puesto que se ha sabido, que este ha surgido de la necesidad que tienen las personas de resguardar su dinero en una institución debidamente autorizada, evitando tener que transportarlo en efectivo y que el mismo sea objeto de algún robo u otra circunstancia, y que su creación tiene como objeto fundamental el de ser un

1

medio de pago que pueda contribuir a eficientizar y hacer más ágiles las actividades mercantiles.

2. CARACTERISTICAS

Entre las características que podemos mencionar del cheque encontramos :

1. Es un título de crédito, que puede emitirse a la orden o al portador.
2. Es un título formal, debido a que debe cumplirse con los requisitos formales establecidos referente al cheque en el Código de Comercio, artículos 386 y 495.
3. Constituye un título completo y principal, puesto que se basta por si solo para producir todos sus efectos.
4. Es un título de crédito con características propias de las operaciones cambiarias dentro de las obligaciones contractuales.
5. Sustituye al dinero en efectivo, puesto que exige al momento de su presentación el pago allí establecido por parte de un Banco, a favor de un tercero o tenedor.
6. Presupone que su emisor dispone de fondos suficientes para hacer efectivo el pago que el mismo contempla a su tenedor.

7. Requiere para su circulación que existan obligaciones contractuales entre el Banco y el emisor.

3. ELEMENTOS

3.1 **LIBRADOR** : Es la persona quien suscribe la declaración fundamental, quien da la orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero al momento de emitir un cheque a favor de un tercero. El emisor tiene la obligación de contar con una provisión de fondos y disponibilidad al momento de emitir un cheque a favor de una persona, así como de cumplir con las obligaciones contractuales establecidas con el banco.

Si el cheque emitido por el librador no tuviere fondos suficientes para hacerse efectivo, automáticamente se presupone que ha existido dolo por parte del emisor del cheque, puesto que las chequeras otorgadas por el librado, llevan impreso un talonario en el cual debe llevarse el estado de cuenta o saldo del librador.

3.2 **LIBRADO** : El librado es el Banco específicamente, quien por medio de un contrato, así como al tener a la vista un cheque del librador, recibe automáticamente la orden de efectuar el pago en dinero a su tenedor.

3.3 TOMADOR O BENEFICIARIO : Es la persona a nombre de quien se emite el cheque, para el caso de ser nominativo, o bien es un tercero o quien tenga derecho a que el librado le haga efectivo el pago del dinero que consigna el título de crédito.

Dentro de los derechos del tomador o beneficiario del cheque, se encuentra principalmente, el hecho de que se le pague a su presentación, dentro de un plazo máximo de 6 meses a partir de la fecha de su emisión, así como en el caso de inexistencia de fondos suficientes para ser pagado, ejercitar acciones cambiarias en la vía civil como por ejemplo, el juicio ejecutivo, cumpliendo previamente los requisitos establecidos en relación al protesto, o en su defecto, el enriquecimiento sin causa en un proceso ordinario ; en lo penal, el derecho de ejercitar la acción privada por el delito de estafa mediante cheque. Sin embargo, queda como primer paso optativo, por parte del tenedor o beneficiario del cheque, el acudir al librador para que de una manera extrajudicial pueda pactarse el pago o la forma de hacer efectivo el mismo.

En este aspecto, el derecho a ejercitar la acción judicial, la que debe de llevar inmersa la pretensión del tomador, es facultativo de este, ejercitar la acción civil

o penal en la forma como quedó expuesta. Puesto que, ambas alternativas deben de ser válidas ya que al poseer un cheque sin fondos, si bien es cierto el interés básicamente es el de obtener el pago del mismo, la emisión de este cheque debe conllevar el interés del Estado en proteger y dotar de seguridad un documento de pago de tanta importancia como lo es el cheque. Por lo tanto, en lo que respecta a la acción que debe ejercitarse, como se analizará más adelante, el sujeto pasivo es doble : por un lado el tomador, quien se ve perjudicado en su patrimonio, y por otro lado, El Estado y la sociedad Guatemalteca, puesto que se pierde la seguridad jurídica en el cheque y quebranta de alguna manera el tráfico mercantil y viola y el deber constitucional del Estado de proteger los bienes de las personas.

4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS QUE PRESENTA EL CHEQUE :

4.1 VENTAJAS :

A) PARA EL BANCO

1. Permite poner en circulación el dinero de los particulares en reinversiones de los banqueros.
2. Permite efectuar préstamos o créditos bancarios a particulares.
3. La concentración de las sumas de dinero en los bancos, sirve para la canalización plenamente hacia el comercio y la industria.

especialmente cuando son grandes las cantidades de dinero depositadas en los mismos.

4. Favorece a mediano y largo plazo, la creación de nuevas fuentes de riqueza en beneficio de la economía general, debido a que se dice que dentro de la ventaja principal del cheque es el hecho de que contribuye en la economía de un país, por la concentración del dinero en los bancos.
5. Facilita la liquidación de los créditos y débitos, que tengan entre si los comerciantes o Banqueros, mediante la mutua compensación en las oficinas o establecimientos creados para el efecto (Cámara de Compensación).

B. PARA EL EMISOR :

1. Representa seguridad de su dinero al encontrarse depositado en el Banco, como una institución autorizada para ello, que permite que éste tenga confianza en dicho depósito.
2. Facilita las operaciones mercantiles y comerciales, dentro de la actividad que realiza.
3. Genera en algunas circunstancias intereses para el depositante durante cierto período de tiempo.

4. Hace las veces de dinero para la facilidad del emisor en la compra o adquisición de bienes materiales, con la seguridad debida.
5. Evita transportar dinero en efectivo.

C. PARA EL TOMADOR O TENEDOR

1. Se recibe en base a la importancia que tiene el cheque en la actualidad y a la comprensión y confianza hacia el emisor en el pago por cualquier circunstancia de carácter mercantil y personal que deba hacerlo mediante la emisión de un cheque.
2. Puede recibir el pago por medio de cheque , que resulta favorable en cuanto a la seguridad, así como de depositar el mismo en la cuenta bancaria de su tenedor, haciendo más fácil su uso.
3. La disponibilidad del dinero a la vista por medio de un cheque que puede ser cobrado inmediatamente.

D. PARA EL COMERCIO

1. Facilita las transacciones entre los comerciantes y sus proveedores, dándoles seguridad al no tener que manejar grandes cantidades de dinero en efectivo.

2. Da seguridad a los comerciantes ya que al manejar el dinero por medio de cheques, evitan mantener dinero en efectivo en sus cajas, con el riesgo de que les sea robado.
3. Incrementa las ventas, al recibir cheques de sus clientes como medio de pago, evitándoles el riesgo de portar dinero en efectivo.

4.2 DESVENTAJAS :

A. PARA EL BANCO :

1. Resulta desventajoso para el Banco, cuando el emisor mantiene en él una cuenta activa con determinado monto en depósito y es inconveniente en cuanto a costos para el Banco, el hecho de que el emisor carezca constantemente de fondos.
2. El hecho de no mantener activa la cuenta, representa pérdidas para el Banco.

B. PARA EL EMISOR :

1. Cuando el emisor involuntariamente otorgó a una persona un cheque sin fondos, resulta desventajoso el utilizar chequera y restituye dicho cheque por medio del pago en dinero, sin embargo, es la única

forma en que pudiera resultar desventajoso para el emisor el otorgar un cheque, puesto que para éste hay muchas ventajas especialmente en la agilización y seguridad en las transacciones tanto mercantiles como personales que pueda realizar.

2. Cuando existe el dolo en la emisión de un cheque sin fondos, resulta ventajoso para el emisor, puesto que las leyes actuales, no responde en un tiempo prudencial para restituir el daño y perjuicio ocasionado tanto en el orden civil o penal, ello favorece a los que reincidentemente emiten cheques sin fondos, lo cual ha hecho que se desconfíe en el cheque como una forma de sustitución de la moneda, principalmente ahora que el Decreto 79-97 del Congreso de la República relega la acción penal a una instancia inferior como lo es la acción privada, en el que el emisor sabe que no irá inmediatamente a parar a la cárcel cuando emite un cheque si fondos, puesto que primero se deben de dar una serie de etapas y circunstancias que le permiten perder el temor a ser encarcelado y le dan más valor de emitir los cheques amparados en estas circunstancias.
3. Se constituye en moroso en el sistema bancario y mal sujeto de crédito.

C. PARA EL TOMADOR O TENERDOR :

1. El hecho de que cualquier persona posea chequera, sin la efectiva seguridad de que pueda o no contar con fondos suficientes para sus diversas actividades comerciales y principalmente los que únicamente utilizan su chequera para asuntos puramente personales.
2. Que públicamente ya sea por los medios de comunicación, o bien por haberle sucedido a un amigo, a un conocido, el que acepta el cheque debe asegurarse de que el mismo tenga fondos y ello, puede hacerse a través de las compañías que han surgido como previsoras de fondos de cheques emitidos que han celebrado con los bancos un contrato con el objeto de asegurar que el cheque posee fondos y por lo consiguiente pueda ser aceptable, lo cual genera gastos extras que se traducen en pérdidas.
3. Depositar cheques sin fondos en la cuenta propia y girar cheques en base a depósitos sin fondos.

D. PARA EL TRAFICO COMERCIAL.

1. Principalmente el hecho de la credibilidad que ha perdido el cheque, le obliga a no aceptar cheques sin previamente asegurarse de que tiene fondos, lo cual de una y otra forma le obliga a perder algún negocio o venta, cuando duda de la honorabilidad de quien emite el cheque y sabedor de que este no tiene la protección jurídica que debiera tener por parte del Estado.
2. El hecho de que el Estado no encamine su política a dotar de seguridad y certeza jurídica a este título de crédito o medio de pago, sino que por el contrario ha dejado de brindarle la protección que anteriormente tenía, lo que parece, permite que se incremente la circulación de estos títulos sin provisión de fondos suficientes.

5. EL CHEQUE COMO FORMA DE PAGO EN SUSTITUCIÓN DE LA MONEDA.

En relación a este tema, conviene hacer mención de lo que en la doctrina define Ascarello en lo que al cheque se refiere y menciona que "El Cheque... es

un título de crédito que contiene una orden de pago, girada contra un banquero, por quien tiene fondos en poder de éste y de los cuales tiene derecho a disponer por medio de cheques”.

Conforme se ha desarrollado el presente capítulo podemos concluir en que el cheque, independientemente de su naturaleza jurídica, la cual a criterios de varios autores puede ser título de crédito o título valor, y que nuestra legislación lo considera título de crédito, tiene una función específica y principal como lo es el constituirse en UN MEDIO DE PAGO.

Lo anterior, al igual que otras definiciones doctrinarias de varios autores, han hecho concluir en que el cheque, al igual que la tarjeta de crédito y de débito, ha sustituido a la moneda. Sin embargo, en el caso del cheque por la abierta y desmedida dimensión de oportunidades que otorga el Banco, al exigir requisitos mínimos para abrir una cuenta de cheques, y a la mala utilización generalizada de estos documentos, la cual a llegado a tal grado, que en la actualidad los cheques ha perdido la confianza y credibilidad por parte de las personas a quienes pueda girársele por diversas circunstancias tanto en actividades mercantiles como personales ; situación que ha provocado la falta de aceptación como medio de pago y obligado a realizar las transacciones personales o

mercantiles, generalmente en efectivo o a hacer uso de entidades que se encarguen de establecer la disponibilidad de fondos antes de que un cheque sea aceptado por cualquier persona. Lo cual provoca el retraso en la negociación.

CAPITULO II
EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE, SUS ELEMENTOS,
CAUSAS Y CONSECUENCIAS

1. EL DELITO.

Previo a entrar a hablar del Delito de Estafa Mediante Cheque, y delimitarlo con otras figuras jurídicas que se encuentran dentro de la clasificación de los delitos dentro del Código Penal, conviene determinar que es delito, además de que es estafa, y para ello, se presenta a continuación lo siguiente :

Delito : Juan Bustos Ramírez, dice que “ Conforme lo plantea la dogmática, el delito es una conducta típica, (acción u omisión) antijurídica y culpable”. 2/

Para José María Rodríguez Devesa es “Una Acción típicamente jurídica y culpable, a la que esta señalada una pena”. Raúl Carrancá y Trujillo establece que “Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”. 3/

Sebastián Soler, establece que el "delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal".

2. EL DELITO DE ESTAFA :

Para Franz Merkel, estafa es el perjuicio patrimonial causado con ánimo de lucro y originado por engaño fraudulento. El 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 este, que sorprendieron su buena fe, que viciaron en suma, su consentimiento (Zanardelli). 4/

Comete delito de estafa, el que, con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida 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, a sí mismo, o a un tercero, en provecho indebido, con daño a otro (Sebastián Soler). 5/

12

1
2

3. ELEMENTOS DEL DELITO.

3.1 LA ACCION O CONDUCTA HUMANA : La acción se constituye en este sentido como el elemento positivo del delito por ello "es una manifestación de la conducta humana consciente (voluntaria) o inconsciente (involuntaria) algunas veces positiva (activa) o negativa (pasiva) que causa una modificación en el mundo exterior (mediante un movimiento corporal o mediante su omisión) y que esta prevista en la ley. 6/ ¹¹

En cuanto a la anterior definición, se puede inferir en el hecho de que sólo al hombre se le puede atribuir la comisión de un hecho que se encuentre regulado como delito, en tal sentido la acción o la forma de obrar del sujeto activo, tiene trascendencia tanto externa como interna y requiere de un acto voluntario de forma externa y que también se encuentre regulado en la ley. Así también se refiere a la conducta humana de no obrar es decir a la omisión, constituyéndose una conducta pasiva y para ello es necesario que surja un presupuesto para que pueda producirse como es el hecho de la existencia del deber jurídico de ese obrar.

En relación a la causalidad, debe existir por consiguiente un antecedente o sea la causa y ello implica que exista un efecto y como bien lo explica el

Licenciado José Francisco de Mata Vela en su tesis, se da la relación de causalidad cuando el que dispara contra otro y le mata, ejecuta un acto homicida y también ejecuta el homicidio, es decir, debe existir la causa-efecto para que se produzca el delito.

3.2 TIPICIDAD EN EL DELITO : No existe un criterio uniforme en cuanto a definir la tipicidad y se relaciona este con el tipo, sin embargo, este elemento que también es parte de los elementos positivos característicos del delito, en cuanto al tipo como una forma abstracta y concreta de determinar la infracción penal, la tipicidad se convierte entonces en el género, la adecuación de la conducta o acción humana a la figura tipo. La tipicidad constituye por ello, uno de los elementos más importantes para la determinación del delito, debido a que se encuentra ligado al principio Constitucional de Legalidad. En otras palabras, la tipicidad no es más que la descripción de una actividad o conducta humana en el Código Penal o en otras leyes penales, que son señaladas como delito.

3.3 ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO : Es un acto o actividad humana contraria a la ley, es decir es la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal, la contradicción entre una conducta concreta y un

concreto orden jurídico penal establecido previamente por el Estado, y necesita por lo consiguiente que concurran los elementos anteriores. Este elemento requiere de una apreciación subjetiva, ya que no solo se requiere que dicha actividad este tipificada como delito.

3.4 CULPABILIDAD : Este elemento, citado por el Licenciado José Francisco de Mata Vela en su tesis de graduación "El Delito: Eje fundamental del Derecho Penal" establece cuando cita a Palacios Motta que "es un comportamiento consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente.

3.4.1 FORMAS DE CULPABILIDAD : El Dolo : Rodríguez Devesa dice que actúa dolosamente el que sabe lo que hace y quiere hacerlo, asignándole al saber un elemento intelectual, intencional y cognoscitivo y al querer un elemento volitivo o emocional. No es más que la intención de una persona de causar un daño y cuando sin perseguir el daño, la persona se lo representa como posible y ejecuta el acto. La culpa : No es más que cuando una persona sin perseguir el daño y como ocasión de acciones u omisiones lícitas causa un mal, ya sea por imprudencia, descuido, inadvertencia, negligencia o impericia, lo ocasiona.

3.5 IMPUTABILIDAD : Es un elemento positivo del delito que esta determinado por la culpabilidad, ya que toda persona que comete un delito antes de ser culpable necesariamente tiene que ser imputable y también se encuentra determinado con la responsabilidad y la capacidad de toda persona sujeta a cumplir con la norma penal.

3.6 PUNIBILIDAD : Para que concurra la comisión de un delito, en cuanto a la conducta humana, antijurídica y culpable, es necesario que exista la punibilidad o punición que no es más que la sancionabilidad o la pena que se le atribuye a determinado delito, actividad encomendada al Estado en el ejercicio del *Ius Puniendi*.

4. ELEMENTOS CARACTERISTICOS DEL DELITO DE ESTAFA :

El artículo 263 del Código Penal señala : que comete estafa quien induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno.

En base a lo anterior, se presume que el Estado le da a esta figura un interés público en el que se protege el patrimonio de los particulares, resguardándolo de

acciones que constituyan delito previniendo también el engaño a personas de buena fe, para ello conviene determinar las siguientes características :

1. Apoderamiento de cosa de ajena pertenencia.
2. Cosa perteneciente al mundo del bien mueble, es mueble todo bien que por si solo o mediante una fuerza exterior es movable o transportable de un lugar a otro, siempre que el ordenamiento jurídico no le haya conferido carácter de inmueble por accesión.
3. Existencia de ánimo de lucro, esta característica es genérica para otra clase de delitos que atentan contra la propiedad o el patrimonio de una persona.
4. Acción realizada induciendo a error, ardid o engaño, abusando o aprovechando la buena fe del sujeto pasivo, para lo anterior, conviene citar lo que el autor Guillermo Cabanellas señala en cuanto al ardid y dice que es "como una maquinación tramada para producir engaño". Por ello, se debe concebir el engaño como la falta de verdad con palabras o hechos.
5. Existencia de relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio. En cuanto a esta característica, concretamente consiste en que no basta la defraudación y el engaño, sino que debe existir relación causa-efecto, o sea la ficción o creencia equivocada de la realidad promovida en el estafado, sea la causa de que este voluntariamente se deshaga de una cosa de carácter mueble, en beneficio del estafador o de un tercero, que en forma ilícita obtendrá

enriquecimiento, proveniente de la manifestación espontánea de la viciada voluntad del sujeto pasivo.

Entre las formas de estafa que establece el Código Penal están :

1. Estafa propia.
2. Casos especiales de estafa.
3. Estafa mediante destrucción de cosa propia.
4. Estafa mediante lesión.
5. Estafa en la entrega de bienes.
6. Estafa mediante cheque.
7. Defraudación en consumos.
8. Estafa de fluidos.
9. Estafa mediante informaciones contables.

5. ELEMENTOS DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE :

El Cheque como ya se mencionó anteriormente, es un título de crédito, que conlleva la obligación de pagar la suma de dinero indicada al tenedor del mismo, al momento de su presentación, y la ley penal ha querido proteger esa forma que inicialmente se constituye entre particulares dentro de las transacciones

mercantiles, civiles y personales, estableciendo una figura delictiva que requiere los siguientes presupuestos :

1. Defraudación a otro en su patrimonio.

Esta defraudación en su patrimonio, constituye un presupuesto genérico de todo delito de estafa, debiendo agregar que existe el ardid o engaño.

2. Otorgamiento de un cheque sin provisión de fondos .

3. O disponiendo de ellos antes de que expire el plazo para su presentación.

Los anteriores presupuestos, indican que toda persona que gira un cheque debe tener la obligación de mantener a disponibilidad del tomador la cantidad estipulada en el cheque, pues si una persona gira un cheque a sabiendas que carece de fondos o los fondos no son suficientes para alcanzar a cubrir el importe exigido en el documento, se constituye como una característica fundamental del dolo, en vista de que ha existido por parte del emisor del cheque un proceso intelectual (inter criminis) 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 tenedor del cheque.



Tanto la doctrina como la legislación mantiene 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 exista suficiente provisión de fondos para su pago.

5.1 PRESUPUESTOS ADICIONALES QUE SURGEN CON OCASIÓN DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE.

Fuera de los presupuestos legales que establece el Código Penal en su artículo 268 en cuanto a que constituye delito si un cheque es emitido y al momento de su presentación no existe provisión de fondos o disponiendo de ellos, antes de que expire el plazo para su presentación, puede dentro de la actividad mercantil, civil y personal surgir las siguientes circunstancias :

1. Cuando una persona gira un cheque a otra persona y al momento de su presentación no es pagado por la causa de no tener una firma incorrecta o no registrada.

2. Cuando una persona gira un cheque a otra, y al momento de su presentación es rechazado o no pagado por estar la cuenta cancelada.
3. Cuando el cheque no es pagado por existir error en su redacción.
4. Cuando el cheque no es pagado por faltar algún sello, etc.

Sin embargo, debe tomarse en consideración en base a lo explicado anteriormente, especialmente lo relacionado a la tipicidad, lo siguiente :

- a) Cuando existen los presupuestos de que al momento de presentación de un cheque el cual no es pagado, ya sea por tener una firma incorrecta o no registrada, podría presumirse el hecho de que si la firma es incorrecta, el emisor lo debió haber previsto al momento de emitir el cheque, así como se agrava esta situación, si al momento de su presentación no es pagado por no encontrarse registrada la firma, lo anterior presupone que existe la intención del emisor en causar daño al patrimonio del tenedor o sujeto pasivo del cheque. Así también sucede cuando se emite un cheque y al momento de su presentación en tiempo para su cobro, se le indica a su tenedor que la cuenta ya ha sido cancelada, o por cualquier otra causa de las indicadas anteriormente.
- b) Infiriendo lo anotado, se presume que existe delito de estafa y podría confundirse con el delito de estafa mediante cheque, sin embargo, si bien es

cierto que la estafa se realiza utilizando un cheque, el Estado a través del Código Penal, trata de darle protección jurídica al patrimonio de las personas y 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 darle 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 la moneda, emitiendo las normas de carácter penal, pues al constituirse el cheque en un sustituto de la moneda o del dinero, para que realice una plena función es necesario que infunda confianza y seguridad al igual que la moneda o dinero en efectivo, y que cualquier tomador tenga la plena confianza y certeza de su pago al momento de su presentación, como si se tratara de dinero en efectivo. Es decir, con la incriminación del hecho no se pretende sancionar una estafa o el perjuicio patrimonial de una persona afectada directamente, si no favorecer y fomentar las ventajas que el mismo representa y las características de sustitución de moneda que el mismo tiene con respecto a las transacciones mercantiles, civiles, o personales que contribuyen al desarrollo del país.

Sin embargo a mi criterio, al legislador, al momento de tipificar los delitos contra el patrimonio, le faltó previsión y se quedó corto al no incluir las circunstancias descritas anteriormente por las cuales no puede hacerse efectivo el

cheque, por lo que las mismas no son constitutivas del delito de estafa mediante cheque, ya que de conformidad con el artículo 268 del Código Penal las únicas dos causas para tipificar este delito son : 1) que al momento de presentar el cheque para su cobro no exista provisión de fondos y 2) Que se disponga de ellos antes de que expire el plazo para su presentación, por lo que fuera de estos dos casos, lo que existe es un delito de estafa.

De acuerdo a los anteriores presupuestos cabe mencionar que por ejemplo en El Salvador, el legislador si previó esta circunstancia dentro de su cuerpo normativo penal y procesal penal, ya que existen dos normas jurídicas referentes al cheque (dos delitos), una cuando se refiere a la falta de fondos y la otra cuando se comete estafa por cualquier otro motivo por medio de la utilización de un cheque, para lo cual se describe lo siguiente : En relación a los delitos relativos al patrimonio, establece dentro del capítulo III de las defraudaciones, el delito de estafa, indicando que es "Artículo 215. El que obtuviere para si o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años, si la defraudación fuere mayor de quinientos colones. Para la fijación de la sanción el juez tomará en cuenta la cuantía del perjuicio, la habilidad o astucia con que el agente hubiere procedido y si el perjuicio hubiere

recaído en persona que por su falta de cultura o preparación fuere fácilmente engañable”.

Estafa Agravada “Artículo 216.- El delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años en los casos siguientes : 1) Si recayere sobre artículos de primera necesidad, viviendas o terrenos destinados a la construcción de viviendas ; 2) Cuando se colocare a la víctima o su familia en grave situación económica, o se realizare con abuso de las condiciones personales de la víctima o aprovechándose el autor de su credibilidad empresarial o profesional ; 3) CUANDO SE REALIZARE MEDIANTE CHEQUE, MEDIOS CAMBIARIOS O CON ABUSO DE FIRMA EN BLANCO ; Cuando se obrare con el propósito de lograr para si o para otro el cobro indebido de un seguro y ; 5) Cuando se realizare manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos”. El remarcado del inciso 3) es hecho por parte del autor.

Y con relación a los delitos relativos al mercado, la libre competencia y la protección al consumidor. En el capítulo III De las Insolvencias Punibles, incluye el delito de CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS. “Artículo 243.- Será sancionado con prisión de uno a tres años : 1) El que librare un cheque sin provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto ; 2) El que librare un cheque y diere contra orden para su pago, sin causa razonable

manifestada al banco por escrito o frustrare maliciosamente su pago ; y, 3) El que librare un cheque en formulario ajeno, sin tener autorización para ello. En los casos de este artículo, la acción penal podrá ser intentada después de los tres días subsiguientes al del protesto o su equivalente.”

Por otra parte en cuanto a su ley procesal penal, también es diferente para cada caso ya que únicamente es de acción privada el delito de Cheques sin provisión de fondos. “Artículo 28 Serán perseguibles sólo por acción privada los delitos siguientes : 1) Los relativos al honor y a la intimidad ; 2) Hurto impropio ; 3) Competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela ; y 4) Cheques sin provisión de fondos. En estos casos se procederá únicamente por acusación de la víctima, conforme al procedimiento especial regulado en este código.” Por lo tanto el delito de Estafa Agravada es de acción pública.

Como se puede ver, la legislación penal de El Salvador a mi criterio, es mas clara, y avanzada, al menos en cuanto a lo relacionado con los delitos cometidos utilizando el cheque.

CAPITULO III
ACCIONES Y CONSECUENCIAS JURIDICAS POR LA FALTA DE
PAGO DE UN CHEQUE.

1. GENERALIDADES

Las consecuencias jurídicas que se derivan por la emisión de un cheque que carece de fondos suficientes al momento de su presentación, están relacionadas con las acciones que el tomador o víctima pueda ejercitar, puesto que el poseedor de un cheque sin fondos que haya realizado los procedimientos previos necesarios, esta facultado a elegir el proceso que desea y el órgano jurisdiccional competente por razón de la materia, así podemos determinar que los procesos pueden ser de ORDEN CIVIL o de ORDEN PENAL.

2. PROCEDIMIENTOS PREVIOS A EJERCITAR LA ACCION
JURISDICCIONAL.

Para que una persona tenga acceso a los órganos jurisdiccionales en reclamo por la falta de pago de un cheque, es necesario realizar previamente algunas actividades de tipo personal, administrativo y formal.

2.1 ACTIVIDADES PERSONALES :

Dentro de los trámites personales que debe realizar el poseedor de un cheque sin fondos, esta el requisito obligado de acudir al banco librado para tratar de hacer efectivo el cheque y que este no le sea pagado, puesto que si le es pagado la acción jurisdiccional no tiene razón de ser , o por el contrario, si no acude al banco a cobrarlo, no hay ninguna responsabilidad por parte del librador.

Este acto de cobro de un cheque debe de hacerse dentro del plazo estipulado en la ley, que de acuerdo al artículo 502 del código de comercio es de quince días calendario a partir de su creación.

Se ha vuelto costumbre en nuestro medio, como parte de la actividad personal que realiza el tenedor de un cheque sin fondos, el acto de localizar al emisor o librador para cobrar por la vía extrajudicial el importe del cheque, sin embargo, esto no es necesario, aun que es conveniente, por que podría llegarse a un acuerdo que evite gastos y molestias para ambas partes.

2.2 ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

Consiste en la actividad que debe realizar el banco librado, cuya obligación principal es el de verificar fehacientemente en sus registros que la cuenta en contra de la cual se giró un cheque al momento de presentarse este para su cobro, no tenía fondos suficientes para su pago. Esto con el propósito de resguardar la imagen del Banco librado y evitar algún tipo de responsabilidad, teniendo también la obligación de poner al dorso del cheque la razón por la cual no se hizo efectivo, y entregar la boleta correspondiente.

2.3 ACTIVIDAD FORMAL.

En lo que se refiere a la actividad formal, esta consiste en el protesto que debe hacerse cuando un cheque no es pagado por falta de fondos.

Este protesto, puede ser por medio de acta notarial de protesto de cheque, con las formalidades y solemnidades establecidas en el código de notariado, en la que se hace constar el haber acudido al banco librado para hacerlo efectivo, y que este no fue pagado por falta de fondos o, por medio de la razón (sello)

puesta en el cheque por el propio banco o en la cámara de compensación en caso de haberse depositado en un banco que no sea el librado.

Por lo antes expuesto, en relación al protesto de un cheque es necesario aclarar, que si bien es cierto, en la practica se acostumbra hacerlo por medio de acta notarial en la que conste la presentación en tiempo y la negativa a su pago por parte del librado por no tener fondos suficientes, esta acta notarial de protesto de cheque no es necesaria como requisito indispensable para poder ejercitar la acción civil o penal, puesto que de acuerdo a lo establecido en el artículo 511 del Código de Comercio basta con que el librado o la cámara de compensación ponga en el cheque una anotación en la que conste haber sido presentado en tiempo y no pagado total o parcialmente.

Dentro de los fines del protesto están el probar el cumplimiento fundamental de las obligaciones que implica la tenencia del cheque y conservación de derechos que se perderían si faltase la protesta pública y solemne por el incumplimiento de ciertas obligaciones, siendo un requisito indispensable para la conservación de las acciones que deseen ejercitar.

El protesto de los cheques, de acuerdo a los artículos 502 y 511 del Código de Comercio, debe llevarse a cabo dentro de los quince días calendario fijados por la ley para su presentación.

3. ACCIONES QUE SE PUEDEN EJERCITAR POR LA FALTA DE PAGO DE UN CHEQUE.

La presentación y el protesto de los cheques en tiempo, (quince días calendario a partir de su fecha de creación), puede dar origen a que la acción pueda ejercitarse en diferente tribunal o juzgado competente por razón de la materia, es decir, pueden ejercitarse dos clases de acciones, como lo son: La Acción Civil o la Acción Penal. Acciones a las que esta facultado el tenedor del cheque a ejercitar de acuerdo a su conveniencia o pretensión, pero el ejercicio de una excluye en algunos casos el ejercicio de la otra. Dependiendo además de la relación existente entre el librador y el tenedor o la causa que origino la entrega o pago por medio del cheque.

Ahora bien, la acción jurisdiccional que va a ejercitarse en caso de no poderse hacer efectivo un cheque debe ir relacionada con la pretensión de quien ejercita la acción, por lo tanto, si se pretende de parte de quien no recibió el

pago, la restitución a su patrimonio del valor incorporado al cheque, la acción deberá ser civil ; por otro lado, si se pretende la protección jurídica del cheque como medio de pago, y por consiguiente el castigo del infractor a una norma penal previamente establecida, la acción a ejercitarse debe ser en este campo, es decir acción penal.

3.1 ACCION CIVIL.

Al ejercitar la acción civil, en ella se pretende la restitución patrimonial del monto incorporado del título, que en este caso es el cheque, más los respectivos intereses, daños, perjuicios y costas procesales.

3.1.1 EL CHEQUE COMO TITULO DE CREDITO.

A. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.

Por medio de la acción civil, se ejercita lo que se denomina acción cambiaria, lo cual es como consecuencia que el cheque es considerado por nuestra legislación como un título de crédito.

En términos generales, la acción cambiaria que se ejercita en contra del librador de un título de crédito y sus avalistas es denominada directa, la acción a ejercitarse en contra de los endosantes es denominada de regreso. En el caso del cheque en particular, no se da la figura del avalista.

Autores tales como Garrigues y Gay de Montellá, señalan que la ejercitada contra el librador, constituye una acción típicamente regresiva. Al efecto se puede señalar que, el librador promete el pago del librado y con ello, la obligación de hacer que otra pague, siendo considerado por algunos desde este punto de vista, un obligado de regreso. Pero como en el cheque no existe aceptación y sin esta no hay obligación cambiaria del librado, ni no del librador únicamente, resulta que el librador no pasa a un segundo plano, si no que, continúa ocupando siempre frente al acreedor cambiario la posición de obligado principal y directo, por lo que las acciones se ejercitan en contra del obligado principal. Las acciones cambiarias derivadas del cheque se deben ejercitar por la vía del juicio ejecutivo cambiario regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil. En su parte conducente, el artículo 327 establece que se señala como título suficiente para la procedencia del juicio ejecutivo, los testimonios de las actas de protocolación de protestos de documentos mercantiles y

bancarios, o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto. El cheque por lo consiguiente, se constituye en un documento netamente bancario y procede cuando la legitimación activa en los cheques al portador se da en favor de su poseedor legítimo, en los nominativos y en los expedidos a la orden, en favor de la persona designada en ellos, y en los extendidos a la orden y endosados en favor del último endosatario.

El artículo 630 del Código de Comercio preceptúa (procedimiento ejecutivo) "El cobro de un título ejecutivo dará lugar al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito, salvo que el protesto fuere legalmente necesario. Para los efectos del procedimiento se tendrá como domicilio del deudor el que aparezca en el título".

Además, el párrafo tercero del artículo 1039 del Código de Comercio indica que "en materia mercantil, son títulos ejecutivos, las copias legalizadas del acta de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios, o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto". Se sigue la corriente de mayoría de países en cuanto al cobro de un título de crédito que por lo general es el juicio ejecutivo.

En cuanto a las acciones mercantiles en torno al cheque en relación a la acción cambiaria, siendo esta derivada a la acción ejecutiva de un título de crédito, su característica principal es que la ejecución va aparejada al documento mismo, sin necesidad de reconocimiento. Por derecho, cualquier acción de índole mercantil debe hacerse valer ante el Juzgado de Primera Instancia Civil, y el procedimiento a seguir será normalmente el juicio ejecutivo ejercitando la acción cambiaria. Este ejercicio requiere ante todo la posesión y presentación del cheque mismo mediante lo cual opera la legitimación activa, y cumpliendo con el requisito del protesto.

La acción cambiaria puede ejercitarse en contra del librador o en contra de los endosantes. Cuando un endosante es quien paga tiene derecho de repetición contra los demás endosantes anteriores y contra el librador.

B. JUICIO ORDINARIO.

En cuanto a la forma de ejercitarse y ante quien se promueve, el acreedor cambiario puede deducir judicialmente sus pretensiones entablando un juicio ejecutivo, por que su carácter sumarial ofrece mayor ventaja al actor. Sin

embargo, no existe obstáculo legal alguno que impida proceder, si se quiere el juicio declarativo ordinario, incluso, a veces, no cabe otro remedio que utilizarlo como sucede cuando el cheque no fue protestado en tiempo y en forma, o cuando ciertos deudores no reconocen judicialmente sus firmas.

El juicio ordinario, será la última oportunidad que tendrá el tenedor de un cheque, cuando este no realizó el protesto en tiempo o no se presentó al banco dentro del plazo máximo establecido en la ley, que de acuerdo al artículo 508 del código de comercio es de seis meses.

A este juicio ordinario se le denomina ACCION DE ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO, de acuerdo al artículo 409 del código de comercio, debe de ejercitarse dentro del año siguiente contado desde el día en que se extinguió la acción cambiaria. Esto quiere decir, que si no se protesto el cheque en tiempo, el plazo para iniciar un proceso ordinario de Enriquecimiento sin causa comienza a correr quince días después de la fecha de emisión del cheque, es decir, el plazo máximo para ejercitar esta acción es de un año con quince días contados a partir de la fecha de emisión del cheque.

3.2 ACCION PENAL

La acción penal es la que se deriva de la inexistencia de fondos cuando se presenta un cheque para su pago, obviamente, al igual que la acción civil cambiaría, para poder ejercitar la acción penal, debe primero haberse realizado el protesto.

En este tipo de acción lo que se pretende o se debería de pretender principalmente es la sanción penal o castigo para quien emite el documento sin provisión de fondos o disponiendo de ellos antes de que expire el plazo para su presentación. Aunque realmente la persona lo que persigue por lo general es el intimidar al librador con la amenaza de cárcel, para lograr su verdadera pretensión como lo es la restitución del valor incorporado en el cheque. El girar un cheque sin fondos no se puede asociar como una deuda, porque esa acción en si es un delito.

ACCION PRIVADA.

Al encontrarse inmerso la tipificación de la emisión de un cheque sin fondos o provisión por parte del librador, como un delito, en la ley penal, era considerado previo a la entrada en vigencia del Decreto 79-97 del Congreso de

la República, como un delito de acción pública, es decir, el Ministerio Público era el órgano correspondiente para proceder en la averiguación de la verdad y la determinación de los responsables, sin embargo, en la actualidad, y aduciendo una serie de circunstancias como :

1. Atención inmediata del Ministerio Público de aquellos delitos que han causado o causan grave impacto social en la población.
2. Que las víctimas deben tener un papel de mayor protagonismo en los casos que resulten más afectados por los hechos delictivos, y que la prisión debe destinarse a quienes cometen los delitos más graves y necesitan rehabilitación y que debe devolverse a los jueces de paz la razón de su existencia, que es hacer la paz y conciliar en los casos sencillos y que debe facilitarse el acceso a la justicia a un fallo justo.
3. Hacer eficiente y aplicables los procesos de resolución de conflictos, como una alternativa que debe ser considerado por las partes en los hechos que no constituyen delito grave.
4. La mediación debe considerarse como una técnica extraprocesal de solución de conflictos, para facilitar la solución de algunos problemas que en el Derecho Procesal Penal pasan por la seguridad de los bienes jurídicos y el pago de los daños y perjuicios que coadyuvan a impedir el saturamiento de

los órganos estatales de justicia que, de esa manera, pueden dirigir su atención a los casos de mayor trascendencia social.

Este delito ha dejado de ser de acción pública para convertirse en un delito de acción privada, y como consecuencia se le ha restado importancia por parte del Estado relegándolo a un plano de considerarlo de menor o ningún impacto social.

CAPUTULO IV
ANALISIS JURIDICO-SOCIAL DEL DECRETO 79-97 DEL
CONGRESO DE LA REPUBLICA.

I. LA CONVERSION DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE
COMO DELITO DE ACCION PUBLICA A DELITO DE ACCION
PRIVADA .

A. REFORMAS AL DECRETO 51-92 DEL CONGRESO DE LA
REPUBLICA, CODIGO PROCESAL PENAL.

El artículo 1 del Decreto en referencia, indica que " Se reforma el artículo 24, reformado por el artículo 2 del Decreto número 32-96 del Congreso de la República, el cual queda así ."

"Artículo 24. Clasificación de la acción penal. La acción penal se ejercerá de acuerdo a la siguiente clasificación :

- 1) Acción Pública.

2) Acción Pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal.

3) Acción Privada”

Siguiendo con el Decreto objeto de estudio, en la parte que nos interesa, es conveniente transcribir el artículo 4 el que establece :

“Artículo 4. Se adiciona el artículo 24 Quáter, el cual queda así :

“Artículo 24 Quáter. Acción Privada. Serán perseguibles, solo por acción privada, los delitos siguientes. 1)... 2)... 3)... 4)... 5) Estafa mediante cheque. En todos los casos anteriores, se procederá únicamente por acusación de la víctima conforme al procedimiento especial regulado en este código. Si carece de medio económicos se procederá como lo señala el párrafo tercero del artículo anterior.”

COMENTARIO :

En relación a la figura del cheque, cuando este no es pagado por falta de fondos o se dispone de ellos antes del vencimiento del plazo, actitud que se encuadra dentro de un delito como lo es la Estafa Mediante Cheque, en la clasificación de la acción penal que se hace en la reforma al artículo 24, se ha delimitado el hecho de que este delito debe circunscribirse a un delito

exclusivamente de acción privada, es decir, que debe ejercitarse la acción por parte de la víctima, que en este caso es la persona tenedora del cheque no pagado quien ve disminuido su patrimonio por esta acción sorprendido en su buena fe. Anteriormente a esta reforma, el delito en cuestión era considerado como un delito de acción pública.

Actualmente, el tenedor del cheque debe acudir directamente ante un Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, su Querrela, procedimiento este en que se ha omitido el período de investigación que realizaba el Ministerio Público previamente.

El procedimiento especial a que se hace referencia en el artículo 24 reformado, se refiere al siguiente :

1. Presentación de la Querrela.

El artículo 474 del Código Procesal Penal, establece que “ Quien pretenda perseguir por un delito de acción privada, siempre que no produzca impacto social, formulará acusación, por si o por mandatario especial, directamente ante el Tribunal de sentencia competente para el juicio, indicando el nombre y domicilio o residencia del querellado y cumpliendo con las formalidades

requeridas. Si el querellante ejerciere la acción civil, cumplirá con los requisitos establecidos para el efecto en este código. Se agregará para cada querellado, una copia del escrito y del poder. (en nuestro caso Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal, que fue creado exclusivamente para conocer delitos de acción privada).

Las formalidades para la presentación de la querrela son :

El artículo 302 del Código Procesal Penal, establece en cuanto a la querrela : "La querrela se presentará por escrito, ante el Juez que controla la investigación y deberá contener :

- 1) Nombre y apellidos del querellante y, en su caso, el de su representado.
- 2) Su residencia.
- 3) La cita del documento con que se acredita su identidad.
- 4) En el caso de entes colectivos, el documento que justifique su personería.
- 5) El lugar que señala para recibir citaciones y notificaciones.
- 6) Un relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, víctimas y testigos.
- 7) Elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidas ; y
- 8) La prueba documental en su poder o indicación del lugar en donde se encuentre.

Si faltare alguno de estos requisitos, el juez, sin perjuicio de darle trámite inmediato, señalara un plazo para su cumplimiento, Vencido el mismo, si fuese 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”.

Al notar lo anterior, se puede presumir que al decretar las reformas contenidas en el Decreto 79-97 del Congreso de la República analizado, el Estado dejó en manos de los particulares delitos que por no producir un impacto social grave, puedan ser ejercitados por estos a través de la acción privada, sin embargo, a pesar de descongestionar el cargado trabajo del Ministerio Público y de los Juzgados de lo Penal, facilitó al tenedor de un cheque sin fondos, el hecho de que aparentemente y en teoría, fuera más efectivo y ágil el procedimiento para éste, por el hecho de que su pretensión inicial era únicamente la restitución del dinero por el valor contenido en el cheque, pretendiendo que el Estado a través del órgano jurisdiccional competente, procediera a solicitar dicha restitución o a ser condenado por el delito de estafa mediante cheque, o someter a prisión al autor del delito.

En contraposición a la pretensión del afectado de que el Estado se hiciera cargo de hacer efectivo un cheque sin fondos, los juzgadores muchas veces desestimaban dichas denuncias aduciendo que ellos no eran cobradores de deudas entre particulares.

El procedimiento para ejercitar la acción penal por comisión de un delito de acción privada, entre los que se incluye el de Estafa Mediante Cheque, es el siguiente, de conformidad con el Código Procesal Penal, con todas sus reformas :

El artículo 475 del Código Procesal Penal, establece que “La querrela será desestimada por auto fundado cuando sea manifiesto que el hecho no constituye un delito, cuando no se pueda proceder o faltare alguno de los requisitos previstos. En este caso, se devolverá al querellante el escrito y las copias acompañadas, incluyendo la de la resolución judicial. El querellante podrá repetir la querrela, corrigiendo sus defectos, si fuere posible, con mención de la desestimación anterior. La omisión de este dato se castigará con multa de diez a cien quetzales “.

De conformidad con este último artículo, y para el caso del delito de estafa mediante cheque, se considera que, salvo en ocasiones muy raras, las pruebas documentales están a la vista del tribunal, toda vez que su tomador tiene el cheque con la anotación del banco de falta de fondos, en otras palabras, el protesto del cheque, que considerando lo establecido en el Código de Comercio, la simple anotación del Banco, constituye protesto, característico este por que en la actualidad, se ha utilizado en la práctica y tradicionalmente como protesto del cheque, el sello que ponen en el reverso del documento los bancos, en el cual indican el motivo por el cual no fue pagado, lo cual es legalmente correcto, no siendo necesario el hecho de que un Notario haga constar el requerimiento formulado al girado o sea un banco para que pague total o parcialmente el valor incorporado al título y en su caso la negativa o imposibilidad de hacerlo, por medio de un acta notarial. (salvo criterio de algunos Jueces que aún exigen el acta de protesto) Razón por la cual no es necesario que intervenga el Ministerio Público para realizar alguna gestión o averiguación para determinar la responsabilidad del autor, puesto que la prueba se presenta con la querrela y el responsable o autor esta claramente definido e identificado.

El artículo 477 del Código Procesal Penal establece como alternativa a un proceso jurisdiccional la Mediación y como fase procesal jurisdiccional la

Conciliación, y al respecto preceptúa: "Previo a acudir a la audiencia de conciliación, las partes podrán someter su conflicto al conocimiento de centros de conciliación o mediación para que una vez obtenido el mismo, se deje constancia de lo que las partes convengan en 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 en busca de 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 representada por mandatario judicial con las facultades suficientes para conciliar. Por acuerdo entre querellante y querrellado 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

obstaculización 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”.

En base a lo anterior, se puede presumir que el objetivo de esta reforma, se basa en la necesidad de que los delitos perseguibles de oficio o por acción penal pública, sean los que causen impacto social y que requieran de la atención directa de las autoridades o los operadores de la justicia penal, la figura de la mediación y la conciliación para el delito de estafa mediante cheque, constituye un avance en materia procesal, toda vez, que la pretensión inicial del tomador o tenedor del cheque no es el hecho de que se sancione con prisión al que emitió el cheque, si no que se le restituya en su patrimonio el dinero en efectivo que representa el cheque más los gastos ocurridos con ocasión de los daños y perjuicios ocasionados en el transcurso de la recuperación del dinero en efectivo que contiene tal título de crédito.

Si finalizara la audiencia de conciliación, sin resultado positivo, dice el artículo 480 del Código Procesal Penal, 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 para la citación a juicio. En lo demás, rigen las disposiciones comunes. El querellante tendrá las facultades y obligaciones del Ministerio Público. El querellado podrá ser interrogado, pero no se le requerirá protesta solemne. En los juicios en donde la moralidad pública pueda verse afectada, las audiencias se llevarán a cabo a puertas cerradas". En cuanto al desistimiento tácito, menciona el artículo 481 que procede el desistimiento de la acción privada en los casos siguientes :

- 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 de 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 los representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o la incapacidad.

En relación al desistimiento expreso, el artículo 483 del Código Procesal Penal establece que : "El querellante podrá desistir en cualquier estado del

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

2. ANALISIS E INTERPRETACION DE TRABAJO DE CAMPO.

A continuación se presentan los resultados del trabajo de campo, que consistió en solicitar de los jueces, fiscales, y oficiales tanto del Organismo Judicial, como del Ministerio Público, el responder las preguntas al cuestionario elaborado, con el objeto de recabar información acerca de la problemática que ha ocasionado el cheque en las acciones tanto civiles como penales que se ejercen por parte de su tenedor y a la determinación de la importancia de las reformas al Código Procesal Penal, en lo que se refiere a la conversión del delito de estafa mediante cheque a delitos de acción privada y la importancia que tiene éste con ocasión de la emisión de cheques sin fondos mediante las operaciones mercantiles y mediante obligaciones contractuales de orden civil que en determinado momento y circunstancias, puede ser objeto de accionarlo por la vía penal.

CUADRO No. 1

SEGÚN SU CRITERIO QUE SIGNIFICADO TIENE EL CHEQUE

NO.	RESPUESTA	CANTIDAD
1	Es un documento por medio del cual se da una orden a un Banco para que pague la cantidad de dinero consignada en el documento.	15
2	Es un documento pagadero al portador y que en cierto modo se utiliza como garantía de pago, toda vez que puede hacerse efectiva en cualquier momento.	10
3	Es un título de crédito.	09
4	Es un documento mercantil	16
	TOTAL	50

Fuente : Trabajo de campo. Diciembre de 1998.

El cuadro anterior, denota la importancia que tiene el hecho de haber preguntado que significa el cheque, por que a pesar de ser personas relacionadas con el derecho, no tienen una concepción clara de lo que es un cheque, dando diferentes definiciones. El problema radica en que si no se tiene una concepción clara de algo, menos puede procederse a una calificación o juzgamiento de una manera justa y legal puesto que debe dársele al cheque el valor que jurídicamente merece, para saber como tratar un acto relacionado con el mismo.

CUADRO No. 2

CUAL ES LA PRETENSIÓN DE LA PERSONA TENEDORA DE UN CHEQUE.

NO.	RESPUESTA	CANTIDAD	%
1	Lograr su cobro	19	38
2	Al no lograr el cobro ejercitar la acción civil o penal	21	42
3	Hacer valer su derecho inmerso en dicho cheque	10	20
	TOTAL	50	100%

Fuente : Investigación de campo. Diciembre de 1998.

El cuadro No.2 , presenta la interrogante que dentro de la pretensión inicial, sencillamente el tenedor o tomador del cheque es el cobro del dinero que se especifica en el mismo, por ello mediante el cumplimiento de los requisitos legales, puede ejercitar su acción civil o penal. Sin embargo, existe contradicción en algunos Juzgados de lo Civil, principalmente con la conversión del delito de acción pública a acción privada, pues al presentar la demanda ejecutiva a un Juzgado de lo civil, algunos jueces, hacen mención que no conocerán del asunto puesto que se debe acudir a un órgano jurisdiccional de orden penal en base al planteamiento que se especifica en el Decreto 79-97 del Congreso de la República. La clave del asunto, es el hecho del porque se emitió el cheque, pues dentro de lo que se denominan obligaciones

contractuales, procedería la acción civil. Sin embargo, pudiera darse el caso de que en un inicio fuera una obligación contractual de corte civil, pero al no hacerse efectivo el cheque al momento de requerirlo su tenedor extrajudicialmente, se pudiera demostrar el dolo del emisor del cheque al no querer hacer efectivo dicho pago, por lo que no le resta más a su tenedor que proceder por la vía penal, con el propósito de que se le requiera el pago y al no cumplir, pudiera ser sometido a los tribunales de justicia para hacersele responsable del delito de estafa mediante cheque.

CUADRO No. 3

A SU CRITERIO SABE REGULARMENTE LA PERSONA TENEDORA DEL CHEQUE SIN FONDOS QUE PROCEDE PARA HACER EFECTIVO EL COBRO DEL DINERO QUE MENCIONA EL CHEQUE.

NO.	RESPUESTA	CANTIDAD	%
1	Si	18	36
2	No	25	50
3	No respondió	07	14
	T O T A L	50	100%

Fuente : Investigación de campo. Diciembre de 1998.

En el cuadro anterior, puede demostrarse que al interrogarse a fiscales, auxiliares fiscales, personal del ramo civil y penal de los tribunales; 18 contestaron que si creían que las personas al tener un cheque sin fondos sabían que acción ejercitar y como proceder, si la acción civil o penal dependiendo de las circunstancias de la emisión del cheque, y de las pretensiones mismas del actor, en el sentido de hacer valer su derecho, Pero, en cuanto a que una gran mayoría de personas desconocen o están confundidas en lo que se relaciona a como ejercitar una acción que conlleve de manera pronta la recuperación del daño en su patrimonio, así como que también desconocen la reforma que se efectuó recientemente, a delito de acción privada, y que este pudiera ser el

camino para que se ejercitara por cualquier persona, previo a cumplir los requisitos formales establecidos en la ley, la acción penal; siendo que este proceso pudiera por los plazos y el trámite sencillo que se pone de manifiesto en la ley, más eficaz que ejercitar la acción civil.

Podría también constituirse en una circunstancia favorable para el tenedor del cheque en el caso de que por la acción penal, se presione con más fuerza a su emisor, en vista de tener el temor de ser acreedor de una sentencia con pena de prisión, como parte de un ejemplo para otro tipo de personas que tengan la intención de emitir cheques sin fondos, puesto que el problema grave que ha habido principalmente en lo civil, es el hecho de que los trámites a pesar de que teóricamente deben de ser cortos, duran mucho tiempo y cuando no existe la posibilidad de embargar algún bien o alguna otra cuenta, no procede nada más que posteriormente se pueda ejercitar la acción de enriquecimiento indebido o ilícito.

CUADRO No. 4

CUAL ES SU OPINION REFERENTE A CONTEMPLAR EN LA LEY
PENAL EL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE.

NO.	RESPUESTA	CANTIDAD	%
1	Lograr una protección de los bienes y patrimonio del afectado.	14	28
2	El fraude que existe directamente en el patrimonio de la persona.	12	24
3	A través de la coerción de la ley penal se logra su pago.	20	40
4	Que debe seguir contemplándose por que en la practica a diario se comete este delito.	03	06
5	Que no debe contemplarse como delito ya que en la via civil puede requerirse su pago.	01	02
T O T A L		50	100%

Fuente: Investigación de campo. Diciembre de 1998.

La mayoría de los entrevistados han declarado que es una buena medida el haber contemplado en la ley penal el delito de estafa mediante cheque, con el objeto de proteger el patrimonio del afectado en sus derechos, puesto que la estafa amerita cierta coerción de la ley penal para el logro de su pago, esto para evitar la burla del que estafa en esta forma, considerando además, que en la actualidad se ha generalizado mucho este delito, que las autoridades encargadas del Organismo Judicial, en base a las reformas contenidas en el Decreto 79-97 del Congreso de la República, hayan visto la necesidad de crear un nuevo

Tribunal de Sentencia para atender exclusivamente delitos de acción privada, tal el caso del delito de estafa mediante cheque, inclusive, según el parecer de algunos entrevistados, debe sancionarse con una pena más grave que la actualmente contemplada. Es de hacer notar también, que ninguno de los entrevistados se pronunció referente a la protección jurídica del cheque en el código penal, como factor determinante para la confianza que debe tener el tomador de la seguridad de la disposición de fondos a su presentación ante el librado y la necesidad de dotar de certeza, protección y seguridad jurídica al cheque, para que sirva como medio de pago y pueda ser un documento que haga más ágiles y menos riesgosas (personal y económicamente hablando) las transacciones personales y/o comerciales, debido al alto índice de delincuencia que se mantiene en nuestra sociedad.

CUADRO No. 5

LAS REFORMAS CONTENIDAS EN EL DECRETO 79-98 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, ESPECIFICAMENTE LA CONVERSIÓN DEL DELITO DE ESTAFA MEDIANTE CHEQUE A ACCIÓN PRIVADA, CREE QUE HA SIDO CORRECTA EN SU APLICACIÓN PRINCIPALMENTE PARA QUE EL TENEDOR LOGRE SUS PRETENSIONES AL POSEER UN CHEQUE SIN FONDOS.

NO.	RESPUESTA	CANTIDAD	%
1	No, pero se considera que el legislador tomó en cuenta para la reforma la diversidad de casos que se dan y el trabajo que representa para el Ministerio Público.	8	16
2	No, por que en algunos tribunales se opina que la cantidad de dinero debiera recobrase por la vía civil, teniendo la oportunidad el tribunal de inhibirse para que se conozca en un juzgado de lo civil. A pesar de ello, en algunos juzgados de lo penal han dado trámite a las querellas presentadas.	17	34
3	La pretensión del actor será siempre el cobro del dinero, el hecho de la conversión ha sido con el propósito de evitar pérdida de tiempo.	10	20
4	Existe un desconocimiento general de las reformas y que ello ha tenido como consecuencia que algunos juzgados se inhiban de conocer y hayan en la practica contradicciones legales y de criterios jurisdiccionales.	12	24
5	Si es correcta y la pretensión del Actor será siempre la misma, descongestionar los tribunales y el Ministerio Público.	03	06
T O T A L		50	100%

Fuente: Investigación de campo. Diciembre de 1998.

En base al cuadro anterior, conviene hacer las siguientes observaciones: Existen varios de los entrevistados que han opinado que no fue una buena medida, esto lo atribuyen a que disminuye la coerción penal que pueda ejercitarse por parte del tenedor del cheque no cobrado por falta de fondos, sin embargo, la mayoría de los entrevistados han determinado que ha sido buena medida, en primer lugar, por que descongestiona los Juzgados y el Ministerio Público, así mismo, la vía implementada en el código es la mejor, por que la persona o empresa que gira cheques debe saber a quien, así como el que los recibe, además se aduce que esta vía resulta ser más rápida y la acción penal podría ejercitarse con prontitud en aras de que el que pretenda tal acción sea acreedor del correspondiente pago según su pretensión inicial que siempre va a ser la restitución del pago que contiene el cheque que fue presentado y no fue pagado por falta de fondos. Sin embargo, se cree por muchos de los entrevistados que el desconocimiento a dicha reforma, ha hecho que existan contradicciones en los juzgados y en las personas que se encuentran en tal situación.

CONCLUSIONES:

1. El cheque constituye en la actualidad una forma de pago, pero el mismo ha ido perdiendo credibilidad por los constantes casos que se presentan tanto en los Juzgados civiles como en el orden penal, sin embargo, debido a esa constante circulación del cheque como medio incondicional e inmediato de pago, el legislador protegió dicha figura otorgándole tutela penal a través del delito de estafa mediante cheque, para proteger el bien jurídico tutelado que es el patrimonio de las personas, mejorando en las reformas contenidas en el Decreto 79-97 del Congreso de la República, referente a la conversión del delito de este delito a acción privada, para que la pretensión del tenedor o tomador del cheque sea de manera más rápida y ejercitada directamente por el agraviado, víctima o su mandatario legal, pero al pretender agilizar el proceso, relegó a un plano inferior la figura jurídica del mencionado delito, ocasionando como consecuencia el menoscabo en la protección jurídica que el cheque debe tener e incrementando más la desconfianza hacia este documento, sin embargo.
2. El hecho de emitir un cheque que no tiene fondos a la presentación por parte del tenedor, y que legalmente debe eliminarse el aspecto de que se ha emitido post-fechaado o aduciendo hacerlo como garantía en un pago, puesto que la naturaleza del cheque es contener a la vista y de manera inmediata un

pago en sustitución de la moneda, así también considerando que al ser emitido y no cobrado por falta de fondos, el tenedor previamente a acudir al librado para hacer efectivo el pago que el mismo contempla, y no hacerse efectivo, debe contemplarse como dolo del emisor de cheque desde la fecha en que lo giró, presumiendo que en la actualidad se ha generalizado el hecho de que se una persona emite un cheque, el cual legalmente puede ser pagadero a la vista, y no tiene fondos, es responsable previa mediación y/o conciliación judicial o extrajudicial, del delito de estafa mediante cheque.

3. El surgimiento y aumento del uso de tarjetas de crédito y débito, se ha aunado a la pérdida de credibilidad y confianza del cheque como medio de pago, tendiendo a desaparecer, lo que ha sido considerado por las instituciones bancarias, con tendencia a eliminar las cuentas de cheques, por lo onerosas que resultan y las complicaciones que se generan, lo cual ha provocado que en muchos establecimientos comerciales y por muchas personas tanto individuales como colectivas, no se reciban como forma de pago el cheque, y si lo reciben, se auxilian de una empresa de previsión de fondos, que asegura que el cheque emitido cuenta con los fondos suficientes para ser cobrados por su tenedor, y debido a la acumulación de trabajo tanto en los tribunales del orden civil y en el Ministerio Público, para el ejercicio de la acción pública, por medio del Decreto 79-97 del Congreso de la



República, surge la conversión del delito de estafa mediante cheque a delito de acción privada, motivando además la creación del Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal, para la atención exclusiva de delitos de acción privada.

4. Existe poco conocimiento público de las reformas contenidas en el Decreto 79-97 del Congreso de la República, ello ha originado una serie de contradicciones por parte de las personas tenedoras de un cheque que ha sido cobrado y no pagado por falta de fondos en la cuenta del emisor, lo cual en muchos casos se han presentado demandas en lo civil, rechazándolas por considerar el Juez competente a un delito de acción privada, y viceversa. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que el tenedor de un cheque sin fondos que ha requerido para su pago al emisor de manera extrajudicial y este no ha hecho efectivo dicho pago, se constituye en un delito de estafa mediante cheque.
5. No existe criterio unificado entre los jueces del ramo penal y civil en cuanto al Decreto 79-97 del Congreso de la República, y su aplicación.

RECOMENDACIONES:

1. Debe fortalecerse la función económica y esencial que cumple el cheque en el medio mercantil, civil y personal en la sociedad Guatemalteca, a través del incremento de empresas previsoras de fondos, es decir, que la persona que emite un cheque, debe saber que el mismo previo a su aceptación debe ser autorizado por estas empresas que tienen un contrato con los Bancos del sistema, en cuanto a las operaciones comerciales y mercantiles, sin embargo, en cuanto a las actividades puramente personales, este debe recibirse en base a la confianza que exista entre el emisor y el tenedor del cheque, para lo cual siempre debe existir la tutela jurídica del Estado en el ámbito penal para sancionar a los que de mala fe logran emitir cheques sin fondos, causando daño al patrimonio de la persona tenedora del mismo.
2. Que los Tribunales de Sentencia Penal, deben conocer todos los asuntos relativos a la emisión de cheques sin fondos que constituyen debido a las circunstancias delito de estafa mediante cheque, pues existen fases previas, en el caso del tenedor que ha acudido a su emisor para hacer efectivo el cobro del cheque y este ha hecho caso omiso al mismo.
3. Que se traslada a los Jueces de paz, el conocimiento de los delitos de Estafa Mediante Cheque, cuando la cuantía sea menor de mil quetzales, puesto que muchas veces las personas que han sido víctimas de este delito, no tienen

capacidad económica para contratar los servicios de un abogado, y además por que para el Estado representara una perdida de recursos el llevar estos casos a un juicio oral, por lo que los mismos debieran de tramitarse por medio de un juicio de faltas.

4. Unificar el criterio de los Jueces en cuanto a la aplicación de la Reforma contenida en el Decreto 79-97 del Congreso de la República, para poder aplicarlo en una forma correcta y legal, esto puede ser mediante decisión directa de la Corte Suprema de Justicia o discusiones entre todos los jueces del ramo Civil, los Jueces de Paz Penal y los Jueces del Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal.

BIBLIOGRAFIA :

LIBROS:

1. BAUCHE GARCIADIEGO, MARIO. Operaciones Bancarias, 2a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1974.
2. BROSETA PONT, MANUEL. Manual de Derecho Mercantil, 8va. Edición. Editorial Techos. S.A. Madrid, España, 1990.
3. BUSTOS RAMIREZ, JUAN. Manual de Derecho Penal, Editorial Ariel S.A. Barcelona, España.
4. CERVANTES AUMADA, RAUL. Títulos y Operaciones de Crédito. 10a. Edición, Editorial Herrero, S.A. México, D.F. 1978.
5. CHACON CORADO, MAURO. El Juicio Ejecutivo Cambiario, 1^{ra}. Edición. Centro Editorial Vile, Guatemala, C.A.
6. CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal, Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 17a. y 14a. Edición, Tomo I, Parte General Vol. I y II.
7. DE PINA VARA, RAFAEL. Teoría y Práctica del Cheque. 2a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1974.
8. ESPIN CANOVAS, DIEGO. Manual de Derecho Civil Español. 4a. Edición Obligaciones y Contratos, Volumen III. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975.

9. GARCIA MAYNES. EDIARDP. Introducción al Estudio del Derecho. 18a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1971
10. Balsa Antelo, Eudoro y Bellucci Carlos A. Técnica Jurídica del Cheque. 2a. Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1963.
11. Langle y Rubio, Emilio. Manual de Derecho Mercantil Español. Editorial Bosch, Barcelona España, tomo II, año 1954.
12. M. COBO DEL ROSAL, Derecho Penal, Parte Especial, Valencia, 1990.
13. VASQUEZ MARTINEZ, EDMUNDO. El Cheque en el nuevo Código de Comercio, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1a. Edición, Volumen 17, 1971.
14. VASQUEZ BONOME, ANTONIO. Tratado de Derecho Cambiario, Letra, Pagaré y Cheque, Dykinson, Madrid, 1990.
15. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Manual de Derecho Penal, Parte General, 1a. Edición Mexicana, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México 1986.

DICCIONARIOS:

1. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta, S.R.L. Argentina 1976.
2. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa-Calpe, S.A. 19a. Edición, España 1970.
3. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES. Manuel Ossorio, Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1981.

TESIS:

1. AGUILAR SANCHEZ, CARLOS. Estudio sobre el cheque sin fondos. Tesis de Graduación Profesional, UNAM. México 1965.
2. DE MATA VELA, JOSE FRANCISCO. El Delito, Eje fundamental en el Derecho Penal. Tesis de Graduación, Universidad de San Carlos de Guatemala.
3. TREJO CARRILLO, EDWIN NEVIL. Análisis Jurídico Doctrinario del Delito de Estafa Mediante Cheque. Tesis de Graduación, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1991.

LEYES:

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Código Penal y sus reformas.
3. Código Procesal Penal y sus reformas.
4. Código de Comercio.
5. Código Civil
6. Código Procesal Civil y Mercantil.
7. Decreto 79-97 del Congreso de la República.
8. Código Penal de la República de El Salvador.
9. Código Procesal Penal de la República de El Salvador.
10. Código de Comercio de la República de El Salvador.
11. Código Civil de la República de El Salvador.
12. Código de Procedimientos Civiles de la República de El Salvador.

