

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**



**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DELITO DE ESTAFA AGRAVADA  
DEL ARTICULO 216 N°3 CODIGO PENAL Y SU DIFERENCIA CON EL  
DELITO DE CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN  
CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:**

**CARMEN GISEL CASTELLANOS ALVARADO.**

**DAVID ERNESTO DURÁN MARTÍNEZ.**

**MÓNICA ALEJANDRA RAMÍREZ RIVAS.**

**DOCENTE ASESOR:**

**LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA.**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ENERO DE 2020.**

**TRIBUNAL CALIFICADOR**

**LADISLAO GILBERTO GONZÁLEZ BARAHONA.  
PRESIDENTE**

**JONATHAN NEFTALÍ FUNES ALVARADO.  
SECRETARIO**

**LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA.  
VOCAL**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

Msc. Roger Armando Arias Alvarado

**RECTOR**

Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López

**VICE-RECTOR ACADÉMICO**

Ing. Juan Rosa Quintanilla Quintanilla

**VICE-RECTOR ADMINISTRATIVO**

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

**SECRETARIO GENERAL**

Lic. Rafael Humberto Peña Marín

**FISCAL GENERAL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

**DECANA**

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

**VICEDECANO**

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo

**SECRETARIA**

Licdo. Hugo Dagoberto Pineda Argueta

**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

Licda. Diana del Carmen Merino de Sorto

**DIRECTORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN**

Msc. María Magdalena Morales

**COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE  
CIENCIAS JURÍDICAS**

## **DEDICATORIA**

A mi madre Morena Consuelo, Por su apoyo a lo largo de la vida, confiar en mí incondicionalmente y por siempre estar ahí siendo una madre fuerte, decidida y mi ejemplo a seguir.

A mi padre David Ernesto, Por su apoyo en mi carrera universitaria.

A mis hermanos, por brindarme de su ayuda y conocimientos cuando los necesitaba.

A toda mi Familia, ya que sin todos ellos yo no hubiese logrado alcanzar esta meta.

A mis compañeros de trabajo de grado, Por culminar este logro juntos, que es uno más de los que nos faltan.

A nuestro asesor, Licenciado Luis Antonio Villeda Figueroa, por la revisión y orientación para la redacción del documento. Por su dedicación, paciencia, disponibilidad incondicional y esmero.

A la Universidad de El Salvador por ser el centro de estudios y conocimientos, por formarme como profesional parte de mi queda en ella.

**Carmen Gisel Castellanos Alvarado**

## **DEDICATORIA**

A DIOS, por brindarme sabiduría y entendimiento. Porque sé que Él es la fuerza que mueve este mundo para hacer cosas maravillosas.

A mi madre Morena Guadalupe, Por su incondicional cariño y brindarme todos sus consejos y por contar siempre con su apoyo y su bendición.

A mi Abuela María Ernestina, Por su todo su incondicional cariño y brindarme siempre su apoyo en todo lo que ha estado a su alcance apoyo y su bendición.

A mi padre Héctor Ernesto, Por su comprensión, apoyo y ser un guía de mi vida.

A mi tío Cesar Balmore, por todo su apoyo y guía siendo un segundo padre en mi vida.

A mis compañeras de Trabajo de Grado, por apoyarnos en todo momento a pesar de las dificultades nos ayudamos mutuamente, para lograr nuestro objetivo.

A nuestro asesor, Licenciado Luis Antonio Villeda Figueroa, por la revisión y orientación para la redacción del documento. Por su dedicación, paciencia, disponibilidad incondicional y esmero. A la Universidad de El Salvador por ser el centro de estudios y conocimientos, por formarme como profesional parte de mí quedara en ella.

**David Ernesto Durán Martínez**

## DEDICATORIA

A Dios, por haberme dado el don de la vida y permitirme llegar hasta este momento tan importante de mi vida y de mi formación profesional, a la Mauxi quien ha sido mi auxilio en todo momento.

A mis padres, por su trabajo y sacrificio en todos estos años, no me cabe duda que ha sido gracias a ellos que he logrado llegar hasta aquí y convertirme en lo que soy.

A mis hermanos, en especial a mi hermana Camila por estar siempre presente, acompañándome y apoyándome en todo momento aun cuando las cosas han sido difíciles, recordándome que no había que rendirse y que siempre se debe luchar hasta el final porque podía alcanzar mis sueños y metas.

A mis amigos que siempre han estado presentes, animándome por ser mi apoyo cuando lo necesito, y por extenderme su mano en momentos difíciles. alentándome a seguir adelante, agradezco su incondicional apoyo.

A mis compañeros de Trabajo de Grado, de quienes aprendí mucho en esta etapa, a pesar de las dificultades, ¡lo logramos!

A la Universidad de El Salvador, por forjarme como profesional, sin duda ha sido un privilegio formar parte del alma mater. Finalmente, y no menos importante a mi asesor de trabajo de grado Licenciado Luis Antonio Villeda Figueroa, quien con su dirección, conocimiento, enseñanza y colaboración permitió el desarrollo de este trabajo.

**Mónica Alejandra Ramírez Rivas**

## INDICE

### RESUMEN

### ABREVIATURAS Y SIGLAS

### INTRODUCCION .....i

### CAPITULO I

#### ANTECEDENTES HISTORICOS .....1

1. Antecedentes históricos.....	1
1.1. Principio de legalidad.....	1
1.1.1. Principio de legalidad en la historia de la legislación salvadoreña .....	4
1.2. Antecedentes históricos del delito de estafa y estafa agravada .....	9
1.2.1. Delito de estafa en la historia de la legislación salvadoreña .....	12
1.3. Antecedentes históricos del cheque .....	15
1.3.1. Delito de cheque sin provisión de fondos en la historia de la legislación salvadoreña .....	19

### CAPITULO II

#### MARCO DOCTRINARIO-JURIDICO.....21

2. Fundamento doctrinario.....	21
2.1. El principio de legalidad.....	21
2.1.1. Aspecto doctrinario sobre el principio de legalidad .....	23
2.1.2. Fundamentos del principio de legalidad.....	23
2.1.2.1. Fundamento filosófico .....	23
2.1.2.2. Significación científica .....	24
2.1.2.3. Aspecto político .....	25
2.1.2.4. Significados del principio “Nulla Poena” .....	25
2.1.3. Estafa agravada.....	28
2.1.3.1. Aspectos doctrinarios del delito de estafa .....	28
2.1.3.2. Elementos objetivos del tipo.....	31

2.1.3.2.1. Ardid o engaño.....	31
2.1.3.2.2. Error.....	31
2.1.3.2.3. Disposición patrimonial.....	32
2.1.3.2.4. Perjuicio patrimonial.....	32
2.1.3.3. Elemento subjetivo.....	33
2.1.3.3.1. El dolo.....	33
2.1.3.4. Bien jurídico.....	34
2.1.3.5. Ejercicio de la acción penal.....	35
2.1.3.6. Agravante del delito.....	35
2.1.4. Cheque sin provisión de fondos.....	36
2.1.4.1. Aspectos doctrinarios del delito de cheque.....	36
2.1.4.2. Elementos objetivos del tipo.....	39
2.1.4.3. Elementos subjetivos.....	41
2.1.4.3.1. Bien jurídico.....	41
2.1.4.4. Ejercicio de la acción penal.....	42
2.1.4.5. Clases de protestos.....	43
2.2. Fundamento jurídico.....	44
2.2.1. Constitución de la República de El Salvador.....	44
2.2.1.1. Principio de legalidad.....	44
2.2.1.1.1. Delito de estafa y estafa agravada.....	48
2.2.1.1.2. Delito de cheque sin provisión de fondos.....	48
2.2.2. Código penal vigente.....	49
2.2.2.1. Principio de legalidad.....	49
2.2.2.1.1. Delito de estafa y estafa agravada.....	50
2.2.2.1.2. Delito de cheque sin provisión de fondos.....	51
2.2.3. Código de comercio.....	52
2.2.3.1. Delito de cheque sin provisión de fondos.....	52

### **CAPITULO III**

#### **ANALISIS JURIDICO Y DOCTRINARIO DEL PROBLEMA DE**

#### **INVESTIGACION.....53**

3. Análisis jurídico.....53

3.1. Diferencia entre el delito de estafa agravada y cheque sin provisión de Fondos.....53

3.2. Posible vulneración del principio de legalidad ante la subsidiariedad del delito de cheque sin provisión de fondos en la estafa agravada .....61

3.3. Posible vulneración del “Non bis in Idem o Ne Bis In Idem” ante una sentencia absolutoria o sobreseimiento de los delitos.....67

### **CAPITULO IV**

#### **ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE ENTREVISTAS .....78**

4. Análisis e Interpretación .....78

#### **CONCLUSIONES .....88**

#### **BIBLIOGRAFIA .....90**

#### **ANEXOS.....95**

## RESUMEN

El trabajo de grado, tiene la finalidad de diferenciar los delitos de Estafa Agravada y Cheque Sin Provisión de Fondos, los cuales se analizan a la luz del principio de legalidad, teniendo en cuenta que este es el principio rector de todo ordenamiento jurídico ello en virtud que en la actualidad se oscurecen conceptos y desvían criterios legales por parte de los sujetos procesales, para agravar la situación jurídica de los imputados u obtener otro beneficio. Dichas circunstancias dan la pauta para profundizar respecto a las situaciones problemáticas que rodea este tema

Es así que se pretende dar un aporte especialmente coyuntural, jurídico y doctrinario, al hacer un estudio profundo y sistemático de los factores que inciden en el juzgamiento de estos delitos, al no ser fácilmente diferenciados uno del otro; debido a que las características de estos son similares, por lo cual con un enfoque penal se analizaran los factores adjetivos y sustantivos, endógenos y exógenos; que rodean estos delitos; identificando su incidencia y la posible solución a este problema.

Asimismo, se advierte que en la comunidad jurídica como ya se mencionó se confunden estos delitos, es así que en presente trabajo de investigación se desarrolla dos principales problemáticas que existen entorno a este tema siendo la primera una vulneración al principio de legalidad ante la subsidiariedad del delito de cheque sin provisión de fondos en la estafa agravada debido a que estas dos figuras tienden a tener una interpretación equivocada dado sus aparente similitudes y la segunda de ellas es una vulneración al principio del Ne Bis In Idem, ante un posible sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria dado que podrían concurrir los elementos configurativos de dicho principio.

## **ABREVIATURAS Y SIGLAS**

### **ABREVIATURAS**

A.C.	Antes de Cristo
Art.	Artículo
CC.	Código de Comercio
CN.	Constitución
CP.	Código Penal
CPP.	Código Procesal Penal
DC.	Después de Cristo

### **SIGLAS**

CNJ	Consejo Nacional de la Judicatura
CSJ	Corte Suprema de Justicia.
UCA	Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.
UES	Universidad de El Salvador.
UTEC	Universidad Tecnológica.

## INTRODUCCION

El presente trabajo denominado “El Principio de Legalidad en el delito de Estafa Agravada del Artículo 216 N° 3 Código Penal y su diferencia con el delito de Cheque Sin Provisión de Fondos”, se realiza un breve estudio histórico y análisis doctrinario y jurídico, para establecer la diferencia entre ambos delitos y determinar las problemáticas que rodean dicha temática.

Asimismo, se desarrolla lo relativo a la problemática de una posible vulneración al principio de legalidad, dado que las conductas penales abordadas en esta investigación tienden a ser imprecisas y equivocadas, es decir que en ciertas circunstancias puede existir un error en la tipificación al adecuar el hecho delictivo a la norma, ya que esta tiene similitudes en sus elementos objetivos como subjetivos y utilizan el mismo medio para realizar la acción. Otra de las problemáticas a analizar, se enmarca en la subsidiariedad del delito de cheque sin provisión de fondos establecido en el inciso final del art. 243 del CP al delito de Estafa Agravada del art. 216 N°3, debido a que frente al ejercicio de la acción penal estos delitos poseen distinto tratamiento procesal en la legislación penal, lo cual podría generar un doble juzgamiento. Con lo cual se pretende alcanzar los siguientes propósitos:

- a) Determinar las diferencias que existen entre los Delitos de Estafa Agravada y Cheque sin Provisión de Fondos;
- b) Si existe una vulneración al principio del Ne bis In Idem, debido a la subsidiariedad del delito;
- c) Justificar si el delito cheque sin provisión de fondos debe ser excluido de la esfera penal y quedarse en la esfera mercantil; d) Investigar cuál es la razón por la cual existe en el CP el delito de cheque sin provisión de fondos. La metodología utilizada en esta investigación según su profundidad será de tipo

exploratoria-descriptiva-explicativa, según su finalidad será pura o básica, según su tipo de fuentes será tanto de fuente primaria como secundaria, por ser un investigación de ciencias jurídicas es de tipo hermenéutica o dogmática; Para ello en el transcurso del trabajo se ira exponiendo por capítulos todos aquellos aspectos que de forma conjunta permitan ampliar el margen de su conocimiento, estos en relación a los parámetros de investigación los cuales son: El principio de legalidad y los delitos de Estafa, Estafa Agravada y Cheque sin Provisión de Fondos, del siguiente modo:

En el Capítulo uno denominado Antecedentes Históricos, se realiza de manera sucinta una breve reseña histórica de los momentos determinantes a nivel mundial y a su vez se realiza un desarrollo histórico en la legislación penal para determinar en qué artículos eran regulados y en qué momento se introducen a la legislación penal.

En el Capítulo dos denominado Marco Doctrinario-Jurídico, se dividirá en Fundamento doctrinario y Fundamento jurídico, donde se abordará las temáticas más importantes las cuáles servirán para determinar las diferencias entre los delitos objeto de análisis en esta investigación, entre los cuales se puede mencionar: bien jurídico, elementos objetivos y subjetivos y el ejercicio de la acción, los cuales se desarrollan de manera individual para cada delito.

En el Capítulo tres denominado Análisis jurídico y doctrinario del problema de investigación, se plantearán tres temáticas con la finalidad de esclarecer el problema de investigación, con el objeto principal de diferenciar los dos delitos, pero a su vez esto dará la pauta para determinar si existe una vulneración al principio de legalidad ante la subsidiariedad del delito de cheque sin provisión

y una posible vulneración al Ne bis in idem, en donde se analizara diversas circunstancias que rodean dichas temáticas.

Y finalmente en el Capítulo cuatro denominado Análisis e Interpretación de Entrevistas y Conclusiones, se hace referencia a los análisis e interpretaciones de los resultados que se obtuvieron con el instrumento que fue utilizado en la investigación de campo; en cada una de las unidades de análisis escogidas, lo cual permitirá establecer las conclusiones de esta investigación.

## **CAPITULO I**

### **ANTECEDENTES HISTORICOS**

Se desarrolla de manera sucinta una breve reseña histórica de los momentos determinantes a nivel mundial de los parámetros de investigación y un desarrollo histórico en la legislación penal salvadoreña para determinar en qué artículos era regulados y en qué momento se introducen a la legislación penal. Con el propósito de establecer que a través de la historia ambos delitos no se logran diferenciar con otros, como es el caso del delito de Estafa y a su vez como se ve el delito de Cheque sin provisión de fondos inmerso en este.

Se abordará bajo tres parámetros con el fin de establecer el origen del principio de legalidad y lo relativo a los delitos de Estafa, Estafa agravada y Cheque sin Provisión de Fondos:

#### **1. Antecedentes históricos**

##### **1.1. Principio de legalidad**

El principio de legalidad es una de las garantías más importantes de los últimos años, debido al nacimiento del Estado como una forma de organización social siendo la función principal de este es legislar y sancionar las conductas que transgredían el orden y la armonía social, surgiendo la necesidad de crear un limitante para evitar los abusos desmedidos de quienes ejercían el poder.

Ha tenido su evolución a través del tiempo, se ha reformado, adaptado a las épocas y a los sistemas de Gobierno, los cuales han sido marcados por acontecimientos que ha servido en su desarrollo. La implantación a los cuerpos normativos no fue inmediata, ya que en diversos periodos los aplicadores de la ley han realizado acciones que dejan entrever un trato inhumano, aplicando penas excesivas con falta de conciencia y alejadas de la legalidad y garantías para los ciudadanos, tanto que diversos autores lucharon ante tales abusos para que se humanizara la penalización por parte del Estado.

Si bien es cierto, el tema que ocupa a este trabajo es el referente al ámbito penal, hay que destacar que no se puede llegar a la incursión de este, sin antes traer a cuenta el proceso que influyo para el nacimiento del principio de legalidad y, posteriormente debido a su carácter garantista, es que se vio la necesidad de establecerlo en los cuerpos normativos legales, incluyendo el Penal.

Como primer antecedente histórico, algunos autores sostienen que el principio surgió por primera vez en la Carta Magna Inglesa de 1215 arrebatada por los nobles de esa época al Rey Juan sin Tierra, donde el clero y los barones ingleses impusieron a Juan sin Tierra una serie de garantías individuales lo cual es la Carta Magna.

Esta contenía limitaciones al establecimiento de las cargas tributarias, consagraba la libertad personal y establecía procedimientos que aseguraban la observancia de estos derechos, estableciendo una comisión fiscalizadora de 25 barones del reino, pudiendo estos frente cualquier infracción a la paz, a las libertades y a la seguridad, adoptar las medidas necesarias para reparar satisfactoriamente el agravio.

La Carta Magna otorgada por Juan sin Tierra en su artículo 39 establece que “*Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no se dispondrá sobre él, ni se pondrá en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país*”<sup>1</sup>.

Tal como se puede entender el individuo ha tratado de poder exigir el respeto hacia sus derechos y exigir al Estado el respeto de los mismos, la carta establecida por el rey Juan Sin Tierra ha sido el postulado histórico que inicio la brecha en contra del poder arbitrario que el rey o el gobernante podría ejercer en contra de sus ciudadanos.

Como segundo antecedente histórico, un acontecimiento que tuvo repercusiones en la historia mundial fue la Revolución Francesa, esta marco muchos aspectos, aparejando consigo una serie de hechos que sirvieron posteriormente para el propio desarrollo del hombre (visto este como miembro de la sociedad), pero lo más sobresaliente de esta Revolución fue La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la cual fue aprobada el 26 de agosto de 1789, proclamando prioritariamente como derechos inalienables del ser humano la libertad individual, el derecho a la propiedad y la libertad de expresión.

La Asamblea Nacional Constituyente de Francia de 1789, por medio de la citada Declaración, establece como tal el *Principio de Legalidad* en la ley, en su promulgación y aplicación de la misma. Derecho al cual la Burguesía había conquistado, y era base para el nuevo orden jurídico que traería la transición a la vida Republicana del pueblo francés.

---

<sup>1</sup> Máximo Pacheco Gómez, *Los Derechos Humanos*. 2º ed, (Edit. Jurídica, Chile, 1987), 6.

El Artículo octavo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano contempla lo siguiente “*la ley no debe establecer otras penas que las escritas y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada*”. El principio de legalidad establecido de esta manera, trajo aparejado el comienzo del respeto a una garantía fundamental para la aplicación de ley, no así a la arbitrariedad de la monarquía, si no como una conquista a sus ideales y como respuesta a la opresión del cual eran objeto.

La monarquía desaparece en el año de 1893, pero de 1783-1789 es una monarquía limitada por la supremacía de la ley, concretada en la Constitución de 1791 y antes de la Declaración de 1789, por eso se puede afirmar que *el principio de legalidad constituye un instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado Absoluto frente al poder personal y arbitrario*<sup>2</sup>.

El propósito inicial del principio de legalidad como sostén fundamental e insustituible del Estado de Derecho consistía primordialmente en asegurar que los actos de Estado quedaran sometidos a los mandatos de las leyes anteriores, de normas generales aprobadas por quienes tienen la representación del pueblo (quien es el soberano), en virtud de una elección y con ello la eliminación de la arbitrariedad.

### **1.1.1. Principio de legalidad en la historia de la legislación salvadoreña**

Perfectamente es conocido por todos que el principio de legalidad es el pilar fundamental de todo Estado de Derecho para que se resguarden y respeten los derechos y garantías de todas las personas, por eso también se encuentra consagrado en la Ley Fundamental de todo Estado como lo es La Constitución.

---

<sup>2</sup> Eduardo García de Enterrera, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 3° ed.,(Edit. Taurus, Madrid: 1984), 14.

De esta idea se parte sobre la enorme importancia que siempre ha tenido dicho principio y que desde su reconocimiento como tal se ha visto reflejado en cada una de las Constituciones Políticas que han existido a lo largo de la historia, y en El Salvador no ha sido la excepción, como se puede observar en la Constitución Federal de 1824 en su Artículo 135 que dice: *“Todos los ciudadanos y habitantes de la República sin distinción alguna, estarán sometidos al mismo orden de procedimientos y juicios que determinen las leyes”*.

Lo anterior también fue establecido en el artículo 158 de las reformas de 1835 a la Constitución Federal. En ambas Constituciones (Arts. 178 n° 4 y 182 n°4) por su orden se establecía salvo en los casos de tumulto, rebelión o ataque con fuerza armada a las autoridades constituidas, por regla general se prohibía formar comisiones o tribunales especiales para conocer en determinados delitos o para alguna clase de ciudadanos o habitantes.

Fue la Constitución política de los Estados Unidos de Centroamérica de 1898, que el constituyente ordeno lo siguiente: Art. 28. *“Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa al tribunal competente y con las formalidades propias del juicio respectivo”*.

En la constitución de 1983 se encuentra regulado en el Art. 15: *“Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”*.

En cuanto al Principio de Legalidad en la Legislación Penal Salvadoreña se puede resumir de la siguiente manera: Como punto de partida se refiere al Código Penal de 1826<sup>3</sup>, el cual dictado en una época en que todavía coexiste

---

<sup>3</sup> Código Penal de El Salvador (El Salvador: Asamblea Ordinaria de El Salvador, 1826).

la legislación Federal y Nacional. El Código Penal del Estado de El Salvador, se decretó por la legislatura el 13 de abril de 1826, con algunas variantes, según las notas del Padre Isidro Menéndez que hizo en su recopilación de leyes, allí expresa que el Código Penal salvadoreño es una adopción del Código de las Cortes Españolas del 9 de Julio de 1822, los 840 artículos de que consta dicha recopilación contemplan un catálogo completo de delitos, de circunstancias modificativas y excluyentes, de penas y de reglas para su aplicación.

Por lo tanto, respecto del código promulgado en el mes de septiembre de 1859, y es que este cuerpo normativo fue realizado por una comisión que integraran los licenciados José María Silva y Ángel Quiróz, esta legislación también siguió la tradición de imitar las leyes españolas. De él se ha dicho que con los ligeros cambios es el mismo que se promulgó en España de 1848. A diferencia del código de 1826 este suprime las penas infamantes o corporales, depura los resabios de las leyes coloniales que iban en contra de principios como la Dignidad Humana, constituyendo así el segundo Código Penal salvadoreño. Expuesto por Luis Jiménez de Asúa en su Tratado de Derecho Penal.

Posteriormente el código Penal de 1881 promulgado mediante Decreto de la Asamblea Constituyente de 1880 se autorizó al Poder Ejecutivo para que promoviera la reforma de los Códigos existentes y procediera al nombramiento de una comisión para que preparara los correspondientes proyectos de ley. Esta comisión fue creada por los juristas José Trigueros, Antonio Ruiz y Jacinto Castellanos, quienes elaboraron el proyecto del Código Penal que se aprobó y promulgó el 19 de mayo de 1881, y publicado en el Diario Oficial número 295 del tomo II.

El principio de legalidad regulado en el art. 1 del Código Penal de 1881 establecía lo siguiente: *“Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria, penada por la ley”*.

Respecto del Código Penal de 1904<sup>4</sup>, se puede decir que éste Código fue creado, debido a la influencia de los Tratados de Derecho Penal y Extradición Regionales (1897 y 1901).

Durante los últimos años del siglo XIX y primeros años del siglo XX se dieron dos hechos relevantes en la historia de la legislación penal salvadoreña. El primero fue el “Tratado sobre Derecho Penal y Extradición que celebraron la República Mayor de Centroamérica y los Gobiernos de Costa Rica y Guatemala, el día 5 de junio de 1897 en la Ciudad de Guatemala”.

El aludido Tratado fue producto de la conveniencia de unificar la legislación penal. En él se observa un cambio de computar la sanción que señalaba para cada delito una pena inferior y una superior, por el sistema de las penas rígidas que se agravan o atenúa, según las circunstancias que concurran en el delito.

El segundo, fue el Tratado sobre la misma manera, ratificado y suscrito en San Salvador, el día 12 de febrero de 1901 por delegados plenipotenciarios de El Salvador, Costa Rica, Honduras y Nicaragua. Esta ratificación fue suscrita en virtud de una recomendación aprobada con el segundo congreso jurídico centroamericano, celebrado en San Salvador el 15 de enero de 1901 y cuya instalación definitiva se realizó el 24 de enero de ese mismo año. Participaron como delegados por El Salvador, los doctores Manuel Delgado y Francisco Martínez Suárez.

---

<sup>4</sup> Nuevo Código Penal de la República de El Salvador, (El Salvador: Honorable Asamblea Nacional, San Salvador, 1904).

Ya que el Tratado de 1897 y el de 1901, eran contrarios a lo sustentado en el Código de 1881, se vio la necesidad de redactar un Nuevo Código Penal, que sobre las bases del vigente incorporara lo que en los tratados se había suscrito.

El principio de legalidad se encontró regulado en el Libro I, Capítulo I del Código Penal de 1904, el art. 1 que literalmente dice: *“Es Delito o Falta toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley”*. Como se puede observar se regulo el principio de legalidad de igual forma que con el Código de 1893.

Setenta años después según Decreto N° 270 de fecha 13 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial número 63, Tomo 238 de fecha 13 de marzo del mismo año, siendo resultado de las reformas elaboradas en el año de 1973 entrando en vigencia en el año 1974.

Entre las novedades de este Proyecto se encontraban a parte de las garantías penales como lo es el principio de legalidad, se desarrollan también en la parte general del mismo importantes regulaciones sobre los delitos, los delincuentes, las penas y las medidas de seguridad, la prohibición de la analogía en materia penal, la incorporación de la regulación del delito imposible, así como la incorporación de las medidas de seguridad como consecuencia jurídica del delito.

Con relación al Código Penal Vigente de 1998 sobre este punto sólo se hará una mención debido a que se abordará en el capítulo II específicamente en el marco jurídico.

Este código tiene como antecedente la base garantista en la Constitución de 1983, en el respeto a la dignidad de la persona humana, fue aprobado por

decreto legislativo número 1030 de fecha 26 de abril del año de 1997, cuya promulgación fue en el mes de junio del mismo año, entrando en vigencia en 1998.

El Código Penal vigente regula el principio de legalidad penal en el art. 1, por lo que sigue optando por la sistemática jurídico-legalista, recogiendo su máxima expresión como principio de legalidad humana. Este principio sigue actuando hasta estos días como un límite al poder penal del Estado, ya que su vigencia reconoce que toda sanción penal a imponer al individuo no puede afectar la esencia de su persona y de sus derechos.

## **1.2. Antecedentes históricos del delito de estafa y estafa agravada**

El primer antecedente se encuentra en la legislación romana, ya que el punto de partida es el "crimen Falsi"<sup>5</sup>, que se funda en la Lex Cornelia Testamentaria Numaria<sup>6</sup> (83-80 A.C.). Esta Ley se convirtió en la "Lex Cornelia de Falsis", que durante el imperio se estableció de la falsificación de documento y monedas y casos auténticos de estafa de los cuales algunos de ellos entraban en el concepto de "furtum"<sup>7</sup>.

La ley Cornelia como precedente resulto insuficiente para cubrir los casos de fraude por lo cual establece un precedente del crimen stellionato ampliando la aplicación de la "exceptiodoli"<sup>8</sup>, de modo que lo que se concebía con carácter

---

<sup>5</sup>Delito. Que es una fraudulenta alteración, o falsificación, a ocultar o alterar la verdad, al perjuicio de otra.

<sup>6</sup> La "testamentaria" se refería a los delitos de falsedad de documentos y la "nummaria" a los delitos monetarios

<sup>7</sup>FurtumTabiblion.Com, *significa Hurto*; (El Salvador, 2019), <https://www.tabiblion.com/liber/Diccionarios/DiccionariodelLatinJuridico.pdf>

<sup>8</sup>ExceptioDoli. *Diccionario Social, Enciclopedia Jurídica Online*. (El Salvador, 2019), 2. <https://diccionario.leyderecho.org/exceptio-doli/>. El exceptiodoli se trataba de una excepción

extraordinario, se transformó en algo recurrente y ciertos fraudes comenzaron a ser previsibles.

De esta forma, aproximadamente en el año 200 D.C. aparece el, crimen "extraordinarium", el cual comprendía lesiones patrimoniales fraudulentas no previstas anteriormente<sup>9</sup>. Dicha denominación indica claramente, la imprecisión de su naturaleza variable e indecisa, imprecisa era también su sanción ya que, por tratarse de un crimen extraordinario, se le asignaba pena arbitraria, en virtud de la presencia de un dolo lesivo, con finalidades de complemento a figuras no especificadas. El objeto del delito era el patrimonio, el delito se consumaba con el efectivo daño patrimonial ajeno; la tentativa era, por lo tanto, impune.

En conclusión, el estelionato comprendía lo que se denomina actualmente Estafa, pues se permitía acusar a los que procedían con dolo si el hecho delictuoso cometido no tenía otra denominación especial; en esta época se generalizaba la figura de la Estafa, pudiendo confundirse con otras figuras delictivas, en cambio, actualmente, la Estafa tiene sus propios elementos y requisitos, que lo distinguen de cualquier otro hecho delictivo, pues está tipificada en el Código, de una forma clara y precisa.<sup>10</sup>

---

opuesta por el demandado a la acción alegando la existencia de dolo en la conducta del actor. ésta podía tener lugar en cualquier etapa del juicio.

<sup>9</sup>Roger Cornejo, " El Delito De Estafa - Monografias.Com". (*El Salvador, Monografias.com. 2019*).<https://www.monografias.com/trabajos96/delito-estafa/delito-estafa.shtml>. "Se entiende como Stellationatus el hecho punible en que se obtiene provecho indebido a causa del engaño".

<sup>10</sup> Manuel Eduardo Pérez Quintanilla, "*Algunas Consideraciones Sobre El Delito De Estafa*" (Tesis para obtener el grado de Licenciado de Ciencia Jurídica, Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador, 1991), 7.

El segundo antecedente histórico se encuentra en la edad media<sup>11</sup> donde crea la doctrina un nuevo "falsus", se incluyeron los casos de fraude patrimonial, del cual "el estelionato" pasó a ser un delito subsidiario. Se confundieron así las dos figuras, por lo que el estelionato medieval se diferenció profundamente del romano y de la estafa actual. En el Derecho Germánico, se confundían con frecuencia falsedad y fraude. En tanto que, en España, en el Fuero Juzgo, por influencia eclesiástica, dada la unidad del precepto divino infringido, se identifica en un sólo precepto y pena, a los ladrones y falsarios de metales preciosos, donde se dice: "quien toma por labrar lo falso... sea justiciado como ladrón". En conclusión, no se avanza mucho en la evolución de lo que es el delito de Estafa.

El tercer antecedente histórico, se encuentra a finales del siglo XVIII y a principio del siglo XIX, pues fue cuando se produjo un cambio importante en la visión de la estafa. Debido a que la Estafa tal como está estructurada en la actualidad, tiene origen moderno, no sólo como forma delictiva, se puede decir que es un producto del siglo XIX, apareciendo ya separada de la falsedad, y concibiéndose como un delito que ataca el patrimonio.

Es preciso señalar, que la Estafa actualmente está caracterizada por el engaño que el sujeto activo emplea para lograr su fin, y este fin, consiste esencialmente, en obtener un beneficio patrimonial, ya sea a su favor o para un tercero, que dicho con otras palabras, es engaño más la intención de causar un perjuicio patrimonial a un tercero; de ahí que no es necesario, hoy por hoy,

---

<sup>11</sup> Sobrehistoria.Com *La Edad Media, Inicio, características, etapas y final del Medievo*, (El Salvador, Sobrehistoria.Com, 2019), 2 <https://sobrehistoria.com/la-edad-medial/>. "Un período histórico que abarca desde el siglo V hasta el siglo XV. Diez siglos de historia que comienza en el año 476 d.C. y que se da por finalizado a finales del siglo XV, en 1492, con el descubrimiento del Continente Americano".

que el perjuicio patrimonial se verifique, sino que se atiende primordialmente a la intención de querer causar dicho perjuicio.

### **1.2.1. Delito de estafa en la historia de la legislación salvadoreña**

En cuanto a la regulación del delito de estafa en los distintos códigos penales salvadoreños.

Para empezar, se tiene el Código Penal Salvadoreño de 1826. En el mismo, aparece en lo que respecta al delito de Estafa, la pena de reclusión y multas en términos monetarios en el capítulo V que su título de las Estafas y engaños, desde el art 742 hasta el art. 748.

Se observa que, en dicho código, se regulaba en una forma muy casuística, es decir, que se establecían casos específicos de estafa, pero a pesar de ello, y por la facultad de hacer uso de la interpretación analógica, se establecía un artículo último, en el que se prescribía que cualquier otro hecho que no se hubiera descrito en los artículos anteriores, era considerado como Estafa, y se imponían las penas allí descritas.

Asimismo la legislación nacional el Código Penal de 1859; En este código penal el delito de estafa consistía en: *“El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio; así como también incurría en las penas mencionadas, el que defraudaba a otros usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia, o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante.”*

12

---

<sup>12</sup> Manuel Eduardo Pérez Quintanilla, *Algunas Consideraciones*, 9.

En relación al Código anterior al final de estas conductas típicas establecía el artículo, donde podían ser sancionadas aquellas conductas que llevaran consigo un engaño, logrando un perjuicio económico al sujeto pasivo y no se encontraba regulado podrían ser sancionado como delito de estafa.

Al igual que el Código de 1826 las conductas eran casuísticas; sin embargo, el legislador de esta época trato de abarcar en esta figura una diversidad de conductas que no le dan solución a la problemática de origen, que tendía a confundirla con otros comportamientos.

Consecuentemente en el Código Penal de 1881. Esta legislación penal sigue los mismos lineamientos que los códigos que le anteceden en el sentido de regular más conductas en el delito de estafa.

Por la facultad que se daba a través de la interpretación analógica persistente, se podía imponer una pena a la persona que ejecutara comportamientos equivalentes al delito de estafa.

Asimismo, la investigación trata sobre los orígenes de la Estafa en la legislación penal aparece el Código Penal de 1904, en la normativa se agregan nuevas conductas que deben de constituir el delito de Estafa, propugnado por el auge del comercio y la agricultura.<sup>13</sup>

En esta legislación el delito de estafa se encontraba regulado en el capítulo V: Defraudaciones, Sección 2da: Estafas y otros Engaños, desde el art 488 hasta el art. 500.

---

<sup>13</sup> Claudia Rubenia Arias Vanegas, et al. “*El Delito De Estafa En La Legislación Penal Salvadoreña.*” (Tesis de graduación, para obtener el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2005), 39.

En el nuevo Código Penal de 1974; El delito de estafa en este código penal se plasma en el Art. 242 en dónde esta conducta deja de ser Casuística como los Códigos anteriormente descritos.

Estafa: Art. 242.- El que obtenga para sí 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 uno a cinco años, si la defraudación excediere de veinte 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.”

De esta manera se normativizan por primera vez los elementos esenciales de la estafa que el juez tomara en cuenta para el análisis de éste delito tales como: A) provecho injusto. B) perjuicio ajeno. C) ardid o cualquier otro medio de engañar.

Así también en el consecutivo artículo Art.243 del mencionado cuerpo legal, se establecen las modalidades especiales del ilícito penal entre las cuales se pueden mencionar: Se considerará estafa la defraudación cometida por cualquiera de los medios siguientes:

a) Venta, permuta, arrendamiento, comodato, dación en pago o en garantía, de cosa ajena, afirmando o dando a entender que es propia; b) Destrucción o inutilización de la prenda de crédito a la producción, realizada o permitida por el deudor prendario, o la enajenación de la prenda sin autorización escrita del acreedor; c)- Incumplimiento, por dolo o por culpa, de un contrato en virtud del

cual se tenía la obligación de hacer la tradición del dominio, si se tratase de parcelación de terrenos.

El delito fue regulado así hasta la aparición del Código Penal de 1998 vigente; el cual mantiene la estructura del tipo básico, contenido en el Código Penal de 1974, modificando únicamente su cuantía, ahora en doscientos colones; sin embargo, fueron derogadas sus modalidades especiales; y se cualificaron las formas de Estafa Agravada según los artículos 215 y 216 respectivamente.

Y es en este código que se empieza a hablar con propiedad de una estafa agravada que en el presente trabajo de grado es la que concierne con lo previsto como ya se dijo en el art. 216 del cuerpo legal vigente. Que si bien es cierto en los códigos anteriores fueron reguladas conductas que se les denominaba casos especiales de estafa estos en ningún momento fueron agravantes del delito base, sino que solo eran conductas que venían a constituir el delito de Estafa propiamente.

### **1.3. Antecedentes históricos del cheque**

No se sabe con exactitud el origen de este título valor, algunos estudios del cheque, encuentran el nacimiento de este documento en las relaciones comerciales por algunos mercaderes judíos en la época antigua, pues estos emitían constancias de riqueza que se usaban por los depositantes como medio de prueba de una excelente solvencia económica.

Otros teóricos identifican los antecedentes históricos en Atenas, amparándose en textos de Isócrates, otros los ubican en Roma deduciéndolo de escritos hechos por Cicerón, Terencio y Plauto, quienes afirman que los Argentari Romanos los utilizaron en sus relaciones comerciales bajo el nombre de prescriptio o permutario. Es indudable que en tiempos antiguos fue muy común

depositar dinero en personas de mucha confianza a quienes el depositante dictaba instrumentos para entregar sumas de dinero a terceros<sup>14</sup>.

Otros le atribuyen a los fenicios, el transporte de oro entre los retirados puertos que tocaban los comerciantes fenicios representaba un aumento de las cargas y la irreparabilidad de las pérdidas, cuando los navegantes naufragaban o eran capturados por piratas y aventureros que operaban en los océanos, y para evitar esta clase de riesgos los comerciantes decidieron crear un sistema que los protegiera contra estas adversidades consistentes en emitir documentos en los que constaba la posesión de oro que era de su propiedad en manos de un potentado emisor de dichos documentos.

Pero es hasta finales del año 1300 en Italia donde se ubica el primer antecedente del cheque, en ese momento circulaban certificados o fes de depósitos emitidos por los bancos italianos, en lugar de dinero, por lo que algunos autores decían que este tipo de documentos lo veían como antecedentes del cheque moderno, estos certificados ni las de depósitos emitidos por los banco de Palermo se podían considerar como precursores del cheque<sup>15</sup>,

Dichos documentos al contrario estaban emitidos por el banquero o sea lo contrario del cheque, porque este es emitido por el cliente, o sea el (librador), a cargo de su banquero, salvo las excepciones legalmente admitidas que son en realidad deformaciones o adecuaciones del cheque.

---

<sup>14</sup> Miguel Alfonso Linares, *“El Cheque sin Provisión de Fondos”*. (Tesis de graduación, para obtener el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 1979).

<sup>15</sup>Raúl Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, 7ªed, (Editorial Herrero S. A, México, 1972), 108.

Como segundo antecedente en Francia el día 14 de junio de 1865, es así que es considerado como el primer país que reglamenta sobre el cheque como un documento en forma de mandato de pago, estableciendo con esto que dicho documento serviría para retirar fondos a su propio beneficio, mismo que podía ser en su totalidad y no en parte, entendiéndose con esto que el librador llegaba a dar instrucciones al tenedor del cheque. Más tarde en el año 1882 este país promulga su ley, sobre el cheque lo que se consideró como la primera ley escrita sobre la materia, teniendo como antecedente la ley consuetudinaria inglesa.

Como tercer antecedente se tiene que, por su parte, los Belgas se disputan la primacía en el uso del cheque, sosteniendo que antes de que en Inglaterra se extendiera en el desarrollo de los depósitos bancarios ellos tenían en uso un documento llamado "bewigs" y que, en tiempos de la Reina Isabel, fue enviado Sir JonhGreshman a Amberes con el objeto de estudiar cómo funcionaba el mecanismo de los bewigs, con la única finalidad de introducirlos en el tráfico bancario de Gran Bretaña.

En tal sentido, que llega a atribuírsele la creación de la denominación "chek" derivada, según unos de "to chek" que significa verificar; otros dicen que deriva de "exchen que" con cuyo concepto se designa el tablero sobre el que estaban las mesas o bancos de los tesoreros reales. El uso del cheque por Inglaterra, como también de las disposiciones que regulaban su uso, se extendió y se copió de las legislaciones del mundo; por esto es, que se le atribuye a Inglaterra, con justa razón el hecho de haber creado el título valor cuyo nombre es cheque.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Roberto Teran Lomas. *El cheque ante el derecho penal*, 2º ed, (Editorial Rubinzal y Calzoni, Buenos Aires, 1986), 14.

Como cuarto antecedente en la Edad Contemporánea en el siglo XIX el uso del Cheque se generalizó en Inglaterra, pero aún en esa época el Cheque sufría cierta confusión con la Letra de Cambio, pues el Artículo 73 del BILL OF EXCHANGE ACT., definía el Cheque así: “cheque es como una letra de cambio girada a un banquero y pagadero a la vista”.

En Italia, los italianos también declaran que fueron ellos quienes dieron origen al Cheque, con los documentos: “contadi di banco” usado en el banco de Veneto;

Los biglietti o cedule de cartulario”, del banco de San Jorge de la ciudad de Génova y del Banco de San Ambrosio de Milán. Hubo otro documento con características de Cheque denominado: “las polizas o fedi di deposito”, de los Bancos de Nápoles.

Asimismo, se ha hecho un resumen de la historia de este título-valor que ha dado origen a una gran evolución de la economía mundial, con su uso frecuente y perfección total. Varios autores aseguran que nunca llegará a sustituir a la moneda ya que su vida es precaria, y si esto llegara a suceder desaparecería como Título-valor y se transformaría en un billete de banco.

En cuanto al desarrollo histórico del delito de cheque sin provisión de fondos es de mencionar que no se sabe con exactitud en qué momento se comienza a considerar que dicha conducta tuviera relevancia jurídica, pero es un hecho que se comienza a incorporar en las legislaciones a nivel mundial en el supuesto de que dicha conducta se confundía con otros delitos como es el caso de la estafa o considerada como un fraude, siendo importante legislar un “un delito especial” con el fin de robustecer la confianza del público, en el empleo del cheque en el tránsito mercantil,

### **1.3.1. Delito de cheque sin provisión de fondos en la historia de la legislación salvadoreña**

En el Código Penal de 1904, no existía un artículo que regulara especial y específicamente el delito de Cheque Sin Provisión de Fondos.

Los Tribunales al ver la necesidad de sancionar esta conducta, la enmarcaron en el delito de estafa, el cual se encontraba ubicado en el Título XIII que comprendía los “Delitos contra la Propiedad” que en su Capítulo IV trataba de los aplicadores de la ley se apoyaban en la expresión “aparentando bienes”, para darle trámite a las denuncias presentadas, con ocasión de haberse realizado una negociación en la cual ha intervenido un libramiento de cheque sin provisión de fondos, pero los jueces se encontraban con el problema que era muy difícil establecer que en esa operación había existido el delito de estafa quedando desprotegido el bien jurídico ahora denominado orden socioeconómico o materialmente la expectativa de pago del afectado esta era la única figura legal, en donde podía tratar de enmarcarse, el libramiento de cheque sin provisión de fondos, no se podía intentar otra acción penal. Este problema surgía del hecho que para enmarcarlo en este artículo de estafa debían de concurrir una serie de elementos objetivos y subjetivos que no bastaban con la emisión de un cheque sin fondos.<sup>17</sup>

Ahora bien, en el Código Penal de 1973, el delito de Cheque Sin Provisión de Fondos, se reguló de una forma independiente en el Art. 372, ahí era necesario para proceder al ejercicio de la misma de la forma que lo regulaba el Art. 86 Inc. 2° CPP, ya que la acción penal dependía de instancia privada, cuando el juicio solo puede iniciarse por denuncia o aviso de la persona ofendida, de su

---

<sup>17</sup> José Luis Urrutia Escobar, “*El cheque su función económica*”, (Tesis de graduación, para obtener el título de Licenciatura en administración de empresa, Universidad de El Salvador, 1971).

representante legal, o de las otras personas, que señala la ley...”, entonces igualmente la ley supeditaba a la interposición de la denuncia correspondiente para efecto que la acción pudiese ser ejercida en un proceso penal.

Tanto es así que el cheque con el transcurso del tiempo, con el desarrollo del comercio, ha asumido la función de verdadera moneda, pero para que llene debidamente su función, el legislador preocupado porque este título valor difunda confianza y no lesione o ponga en peligro el bien jurídico orden socioeconómico, en el sentido que daña las relaciones comerciales o industriales, al difundir la duda, la inseguridad jurídica y mercantil.

El legislador tomó a bien el tipificar el libramiento de cheque sin provisión de fondos como delito penal, ubicando a éste en los delitos contra la industria y el comercio, quedando ubicado en el Código Penal en la Tercera Parte del Libro Segundo en el Título III, Capítulo II, Sección Segunda que trata de la quiebra y libramiento de cheque sin fondos, en el Art. 372 que tiene el epígrafe “cheque sin fondos”.

Es así que el delito de cheque sin provisión de fondos al adquirir su independencia adquirió sus propias circunstancias como institución jurídica; a la fecha este delito persiste en el sistema jurídico, el cual su regulación expresa que los delitos que atentan contra el patrimonio en el apartado de las insolvencias punibles, regulado en el Código Penal actual en el Art. 243.

## **CAPITULO II**

### **MARCO DOCTRINARIO-JURIDICO**

Se desarrolla de manera doctrinaria y jurídica el principio de legalidad y los delitos en estudio bajo parámetros que permitan conocer específicamente para una posterior diferenciación, lo que servirá como sustento para una posible solución al problema; con el propósito de establecer según la doctrina lo relativo a la definición de los parámetros de investigación, el bien jurídico de los delitos, los elementos tanto objetivos como subjetivos de los delitos, la agravante del numeral tres del delito de estafa para finalizar con la forma del ejercicio de la acción penal en los mismos. Lo cual servirá como sustento para el desarrollo del siguiente capítulo en razón que permitirá determinar si existen diferencias entre los delitos y como estos son influenciados por el principio de legalidad.

#### **2. Fundamento doctrinario**

##### **2.1. El principio de legalidad**

En un Estado de Derecho el principio de legalidad resulta fundamental, puesto que la única fuente del derecho penal es la ley.

El principio de legalidad cuya formulación latina se debe a que es parte de las conquistas obtenidas por la revolución francesa, el cual se enuncia de la siguiente manera: “Nullum Crimen, Nula Poena Sine Lege”, vino a constituir un pilar de

garantía de la libertad del ciudadano y, a la vez, una limitación al poder punitivo del Estado<sup>18</sup>.

Este principio garantiza que el Estado determinará de forma clara en la ley penal que infracciones constituyen delitos y cuales constituyen faltas, y a la vez señalará las sanciones y medidas de seguridad que se aplicaran en cada caso de violación a una norma.

El principio de legalidad comprende las siguientes garantías: una *Garantía Criminal*, que requiere que el delito se encuentre determinado por la ley (nullum crimen sine lege); una *Garantía Penal* cuya ley establezca la pena en correspondencia al hecho (nulla poena sine lege); una *Garantía Jurídica*, la cual exige que tanto la existencia de un delito como la imposición de la pena sean determinadas por una sentencia judicial; por último, requiere de una *Garantía de Ejecución*, que implica que la pena ejecutada se deba hallar sujeta a una regulación legal. Estas garantías también son exigibles en lo que concierne a las medidas de seguridad.

Asimismo, a la norma jurídica que establece estas garantías se le imponen ciertos requisitos: *Lex Previa* lo cual implica la prohibición de la retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su función. *Lex Scripta*, que excluye la costumbre como posible fuente de delito y penas, y generalmente que la norma escrita tenga la categoría de ley como emanación del Órgano Legislativo (esto afecta el sentido de garantía política del principio de legalidad, pues excluye como fuente de delito y penas toda norma reglamentaria que emane del Órgano Ejecutivo, como decreto, órdenes ministeriales etc.); Por último la *Lex Estricta*, características que excluye la

---

<sup>18</sup> Miguel Alberto Trejo et. al. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, (Ministerio de Justicia, Centro de Información Jurídica, El Salvador, 1996), 61.

analogía cuando ésta sea perjudicial al reo, y a la vez exige que la ley establezca en forma precisa las diversas conductas punibles y las penas respectivas, esto es lo que da origen al llamado “mandato de determinación”. Este mandato toma forma en la teoría del delito, por medio de la exigencia de la tipicidad del hecho que viene a constituir un límite a la arbitrariedad judicial<sup>19</sup>.

### **2.1.1. Aspecto doctrinario sobre el principio de legalidad**

El monopolio que la ley ejerce en cuanto a la producción del derecho penal, se expresa como es sabido, en el principio nulla poena sine lege. Los Códigos Penales suelen decir: nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como posible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente.

### **2.1.2. Fundamentos del principio de legalidad**

Siempre se ha pensado que el principio nullum crimen nulla poena sine lege tenía predominante carácter político, sin embargo, posee claro fundamento filosófico y además un notable aspecto científico.

#### **2.1.2.1. Fundamento filosófico**

En filosofía, sólo la identidad es principio, y nada más lejano a la semejanza que delito y pena. En Italia ridiculizaron la pretendida igualdad y correlación entre delito y castigo, pero no ha sido modernamente cuando Carlos Cossio ha puesto de relieve la base nullum crimen nulla poena sine lege.

Si tal identidad entre delito y sanción no existe, debe limitarse la pena cuando más sea posible, no se debe de olvidar que la cabeza filosófica mejor dotada

---

<sup>19</sup> Trejo *Manual de Derecho Penal*, 63.

que ha habitado en estos tiempos, la de Immanuel Kant, consideraba la justicia punitiva vinculada a la ley del Tali3n: “ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre”, es decir, la entidad campeaba en ella, al que mata se le da muerte, al que lesiona se le refiere igual da3o.

#### **2.1.2.2. Significaci3n cient3fica**

En la ciencia del Derecho, el principio de legalidad fue afirmado por primera vez en el “*Lehrbuch*”, con alcance meramente cient3fico, la Teor3a de la Coacci3n Ps3quica defendida por el gran escritor est3 intimamente ligada al principio de legalidad, para que una pena produzca su funci3n de coaccionar significativamente han de hallarse definidas el delito y la pena en la ley, ya que para producir una amenaza-efecto, el amenazado tiene que saber porque se le conmina y con qu3 se le coacciona. De la Teor3a de la Prevenci3n deduce Feuerbach que “el m3s alto principio del derecho penal se formula as3: toda pena jur3dica en el Estado es la consecuencia jur3dica de una ley fundada en la necesidad de la conservaci3n del derecho exterior y que amenaza la lesi3n jur3dica con un mal sensible”. De aqu3 surgen las siguientes m3ximas no sometidas a excepci3n alguna:

- a) La existencia de una pena supone una ley penal anterior.
- b) La existencia de una pena est3 condicionada por la existencia de la acci3n amenazada.
- c) El acto legalmente amenazado est3 condicionado por la pena legal.

Importa advertir que modernamente R. Goetzler afirma que tambi3n es posible encuadrar cient3ficamente el principio de legalidad deriv3ndolo de la idea de retribuci3n.

Se ha expuesto la Teoría de la Tipicidad por vez primera, le ha dado desde su primer libro un valor decisivo en la construcción técnica del delito; y últimamente el principio de legalidad ha estado para la determinación de los conceptos fundamentales de las interacciones. Ahora bien, puesto que no hay delito sin tipo legal claramente formulado es posible en el sentir de Beling llevar más allá este principio diciendo “no hay delito sin tipicidad”.

También se cree que el principio de legalidad tiene no sólo justificación por razones de Derecho Público sino en el propio Derecho Penal, pues responde a la tipificación de la antijuricidad.

### **2.1.2.3. Aspecto político**

Más cualquiera que sea la trascendencia que el principio de legalidad tenga en filosofía o en el ámbito técnico penal lo cierto es que su origen y predominante sentido fue y son fundamentalmente políticos.

Lo cual fue desarrollado oportunamente en el antecedente histórico del principio de legalidad.

### **2.1.2.4. Significados del principio “NullaPoena”**

a) *No hay delito sin ley y no hay pena sin ley.* Cuando Feuerbach acuñó la fórmula según la cual “no hay delito ni pena sin ley” (*nullum crimen nulla poena sine lege*), reunió en un enunciado dos fórmulas diferentes: “no hay delitos sin ley” (*nullum crimen sine lege*) y “no hay pena sin ley” (*nulla poena sine lege*). La interrelación entre ambos principios es tan estrecha que desde el punto de vista práctico resultan inseparables, las dos ideas son conceptualmente diferentes. En efecto, uno puede pensar en leyes que respetan el *nulla poena* aunque vulneran el *nullum crimen* y viceversa. Así

pues, contemplando desde el punto de vista de sus consecuencias, el principio dispone de dos sentidos: ni el hecho puede ser considerado *delito* sino existe una ley que le confiera tal carácter, ni una *pena* puede serle impuesta si no existe una ley que se la atribuya.<sup>20</sup>

b) *No hay delito sin ley previa, estricta y escrita.* Desde el punto de vista del antecedente, a su vez, el principio de reserva se desdobra en tres: no hay delito ni pena sin ley previa, estricta y escrita<sup>21</sup>.

En el primero de estos sentidos (Ley Previa) lo que se exige es la existencia de una ley promulgada con anterioridad a la ejecución del hecho que se pretende castigar. Cuando el principio está consagrado en la Constitución esto implica una prohibición dirigida primordialmente al legislador, a quien no puede otorgarle efecto retroactivo a las leyes punitivas: si quiere castigar un cierto hecho que hasta entonces ha sido impune, o aumentar el rigor de la pena conminada contra otro que en ese momento se sanciona de manera más benigna, solo podrá hacerlo respecto de los que ocurran en el futuro. Para el juez, a su vez, esto significa la prohibición de aplicar una ley punitiva a hechos ejecutados antes de que aquella entrara en vigencia.

El segundo sentido (Ley Estricta) implica una exclusión de la analogía. Un hecho solo constituye delito y es susceptible de ser penado si corresponde exactamente a la descripción contenida en la ley previa. Aquí se trata de una exigencia dirigida al tribunal encargado de efectuar la comparación entre el hecho concreto sometido a su juzgamiento y la descripción abstracta realizada

---

<sup>20</sup> Enrique Cury, *La Ley Penal en Blanco*, 2° ed., (Editorial Salamanca, Colombia: 1998), 7.

<sup>21</sup> *Ibíd.* 8.

por el texto legal, aquél solo será castigado según éste, cuando el primero pueda subsumirse completa y perfectamente en el segundo.

Finalmente, en su tercer sentido (Ley Escrita) el nullapoena quiere decir que la ley previa y escrita ha de ser, además, formalmente tal.

Este caso, por consiguiente, la palabra “ley” se emplea el sentido restringido y designa únicamente a los actos del poder legislativo, a las declaraciones a la voluntad soberana que, manifestadas en la forma prescrita por la Constitución, mandan, prohíben o permiten. Ni el decreto, ni la ordenanza, ni el reglamento (actos de la potestad reglamentaria del ejecutivo) ni la costumbre pueden crear delitos o imponer penas. Tampoco, por supuesto, el juez<sup>22</sup>.

El concepto de legalidad se fundamenta en el principio jurídico que establece el primado de ley en el Estado liberal, caracterizado como “ordenación de la vida social del Estado” y que algunos autores llaman “Gobierno de la ley”.

Este principio nace con el Estado de Derecho como consecuencia del nacionalismo jurídico que precedió el movimiento revolucionario de 1789 (Francia) y que consideraba a la ley no sólo como voluntad de uno o varios hombres sino algo general y racional (razón y no voluntad) concepción que se refleja en el artículo 4 de la Declaración de 1793.

Durante el siglo XIX el principio de legalidad fue considerado por el liberalismo como postulado fundamental del Estado legislador llamado también Estado de Derecho, actúa por medio de la ley, fundándose en la ley y de conformidad en la misma.

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*, 9.

La manifestación esencial de principio de legalidad se traduce en dos imperativos fundamentales: *la administración legítima y la jurisprudencia legítima*; y su sentido e importancia estriba en que no incluye por completo una actuación arbitraria por parte de los órganos estatales sino que implica una restricción eficaz, cuanto posibilita una predicción acerca del modo de proceder de dichos órganos infundiendo así una sensación de seguridad en el ánimo de quienes se encuentran sometidas a la observancia del derecho.

El concepto de legalidad presupone la existencia de leyes a medida que se amplía el ámbito de las actividades estatales que están en las normas jurídicas y la formulación de estas por lo cual se vuelven precisas establecidas en el ordenamiento jurídico; esto a discreción de las autoridades encargadas de aplicar el derecho, tanto que se consolidara la seguridad jurídica y mayor será la eficacia con que se hará observar el principio de legalidad; por lo que es indispensable que éstas sean puestas en conocimiento de los gobernados o destinatarios con anterioridad a la vigencia de las mismas.

### **2.1.3. Estafa agravada**

#### **2.1.3.1. Aspectos doctrinarios del delito de estafa**

Para abordar este tópico, primeramente, se va hacer uso de una aproximación a la estafa, en segundo lugar, y se auxiliara de diferentes definiciones de Estafa, que proporciona la doctrina, para llegar a construir la propia definición. La estafa en la actualidad es un delito de contenido patrimonial, que es generado por un engaño o ardid en el sujeto pasivo que induce a error que provoca un desplazamiento patrimonial propio o ajeno, que genera un detrimento económico en el afectado. En ese sentido, es un delito en que se consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o el abuso de confianza. Toda defraudación hecha a otro en lo legítimamente suyo.

Apoderamiento de lo ajeno con aparente consentimiento del dueño, sorprendido en su buena fe o superado en su malicia. Pedir con ánimo de no pagar; cobrar dos veces; negar el pago recibido etc., entre otras formas concretas. Falsa promesa; ofrecimiento incumplido<sup>23</sup>.

Por otra parte, manifiesta que consiste en causar un perjuicio en patrimonio ajeno, ya sea que recaiga en un bien mueble o inmueble o simplemente un perjuicio económico valorable, mediante engaño fraudulento u otro ardid y con ánimo de lucro, o sea para obtener un provecho injusto. Si el perjuicio es menor de veinte colones, constitutivo de falta.<sup>24</sup>

Asimismo, señala al respecto “en la estafa, por ejemplo: el autor se vale de un ardid o engaño que tiene por destinatario a determinada persona, con el fin de hacerla incurrir en un error a consecuencia del cual decide la prestación patrimonialmente dañosa”<sup>25</sup>

Por otra parte, se sostiene que la estafa “es el uso del engaño, del abuso de confianza o de procedimientos semejantes que impliquen la elaboración de una determinada manipulación del sujeto activo en contra del patrimonio de otro”<sup>26</sup>.

Por lo tanto, la estafa puede describirse, en general, como el hecho por medio del cual una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del agente, una disposición patrimonial perjudicial, que dicho agente pretende

---

<sup>23</sup> Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Ed. Heliasta S.R.L, España: 2006) ,126.

<sup>24</sup> Manuel Arrieta Gallegos, *El nuevo Código Penal Salvadoreño*, Tomo I, (Editorial Taurus, El Salvador, 1988), 92.

<sup>25</sup> Carlos Fontan Balestra, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, 3° ed. (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998), 325.

<sup>26</sup> Juan Bustos Ramírez, *Manual De Derecho Penal Parte Especial*, (Editorial Ariel, Barcelona: 1991),189.

convertir en beneficio propio o de un tercero. La secuencia causal en la estafa -como en toda defraudación por fraude- es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien, en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio<sup>27</sup>.

De las definiciones anteriores se puede distinguir elementos comunes esenciales del delito de estafa como son: ardid o engaño, error en sujeto pasivo, disposición patrimonial, perjuicio patrimonial. Es de aclarar que estos son los que a juicio no pueden faltar, no es que sean los únicos elementos que aparecen en la construcción de este tipo penal, pero si son los más importantes.

Pero para los intereses la definición, es la que abarca todos los elementos hoy conocidos que construyen ésta figura, ya que considera a la estafa como: *“la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”*<sup>28</sup>; debido a que se incorporan el error y el acto de disposición.

Con los aportes anteriores se podría atrever a dar la siguiente definición de estafa: “es aquel acto realizado mediante la utilización de ardid u otro medio engañoso mediante el cual el sujeto activo provoca un error a la realidad de otro u otros sujetos, lo cual provoca que realice una disposición patrimonial de otro, generándole un detrimento o perjuicio patrimonial para sí o de otro y un beneficio para el autor”.

---

<sup>27</sup> Carlos Creus, *Derecho Penal - Parte Especial - Tomo I* 6ª edición, (Astrea, Argentina: 1997), 464.

<sup>28</sup> Arias Vanegas , *El Delito de Estafa*, 44-45.

## **2.1.3.2. Elementos objetivos del tipo**

### **2.1.3.2.1. Ardid o engaño**

El ardid constituye el punto medular o central en la configuración del delito de estafa, a falta de una definición en la legislación penal salvadoreña vigente, en la doctrina se ha pretendido establecer una concepción unánime sobre el engaño; y así la define Vives Antón: “ *la acción de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo algo que no es verdad*”<sup>29</sup>, atribuye que el engaño consiste en una declaración intencionalmente falsa, pero una simple mentira no incurriría en un engaño que produjera un perjuicio patrimonial en otra persona, no adecuándose así al delito de estafa.

De lo anterior se infiere que en relación a las definiciones planteadas el engaño es el elemento primordial que constituye el delito de estafa.

### **2.1.3.2.2. Error**

El segundo elemento común del delito de estafa, que se ha hecho alusión es el error, pero para distinguirlo de otros tipos de errores, el criterio es importante señalar cual es en el sujeto pasivo del delito de estafa.

En ese sentido, el error, es la equivocación, yerro, desacierto. Concepto equivocado. Juicio inexacto o falso. Oposición, disconformidad o discordancia entre las ideas y la naturaleza de las cosas. Lo contrario de la verdad. Falsedad. Acción inconveniente, perjudicial o desacertada. Cosa imperfecta o contraria a lo normal, prescrito o convenido. Más particularmente, en Derecho se entiende por error el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto jurídico cuando versa sobre el

---

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia. *Justicia de Paz*, (El Salvador: 1999), 88.

objeto o la esencia del mismo. Común. Aquella inexactitud, equivocación o falsedad, ya sobre un hecho o sobre un derecho, aceptada como verdad por toda o la mayor parte de la gente<sup>30</sup>.

En ese sentido, el error es producto de un estado psicológico producido por el engaño, que hace que el afectado realice una disposición patrimonial en su perjuicio o en el de otra persona.

En consecuencia, el error implica la apreciación de la realidad por parte del destinatario del engaño en forma equivocada o contrario a esta, es decir, una falsa representación de la realidad.

#### **2.1.3.2.3. Disposición patrimonial**

El tercer elemento concurrente en el delito de estafa, es la disposición patrimonial, la cual no es otra cosa que la acción u omisión que provoca el desprendimiento que hace el titular del patrimonio, o alguien con la facultad de disponer del patrimonio de otra persona, que genera una disminución de éste, producto del error.

Al respecto se puede definir este elemento como aquel acto positivo o negativo, realizado por el engañador el cual le ocasiona una lesión en su patrimonio o en el de otra persona.

#### **2.1.3.2.4. Perjuicio patrimonial**

El perjuicio, consiste en la disminución del patrimonio, provocada a su vez por la disposición del patrimonio, producto del error del sujeto a quien fue dirigido, el ardid o engaño. Según Cabanellas, perjuicio, es genéricamente, mal, lesión

---

<sup>30</sup> Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, 121.

moral, daño en los intereses patrimoniales, deterioro, detrimento, pérdida. En sentido técnico estricto, la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que ocasiona una acción u omisión ajena culpable o dolosa; a diferencia del daño, o mal efectivamente causado en los bienes existentes y que debe ser reparado<sup>31</sup>.

### **2.1.3.3. Elemento subjetivo**

El injusto para que sea valorado requiere, no solo de aspectos objetivos descriptivos o normativos, que tal como su nombre lo indica su función solo es describir el tipo penal. Sino que, también deben considerarse su aspecto subjetivo; es decir, el dolo.

#### **2.1.3.3.1. El dolo**

Se concibe como la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en el supuesto de hecho, es decir el conocer y querer realizar los elementos objetivos del tipo, de este concepto es donde se determinan los elementos del dolo vinculando al ilícito en estudio que son el elemento cognoscitivo y el volitivo.

El conocimiento que requiere el sujeto en la conducta engañosa no es científico o exacto sino propio de una persona común que sabe, que al manifestar o hacer creer algo que no es cierto produce una concepción falsa en otra persona, más aun si la finalidad es obtener de esta, algún provecho económico; y la voluntad es considerada como proyección en la realidad, se

---

<sup>31</sup>Ibíd. 141.

refiere a la voluntad expresada proyectada al exterior, es decir querer realizar esa conducta prohibida dándola a conocer por medio de su acción.

En la doctrina se ha llegado a la conclusión que el delito de estafa se efectúa solo por el dolo directo, porque el sujeto activo realiza la conducta engañosa con la intención de llegar a obtener un provecho de ella, provocando que la víctima se despoje de su patrimonio y así se denota el perjuicio patrimonial, cuya acción está prohibida en la normativa penal. Y no cabría la posibilidad de un dolo eventual porque hay una previsibilidad del resultado en el que no existe a cabalidad el elemento volitivo. Y en el delito de estafa es un requisito sine qua non el elemento volitivo y cognoscitivo por igual.

#### **2.1.3.4. Bien jurídico**

La Estafa es un delito de carácter patrimonial, según su naturaleza; por tutelar el bien jurídico patrimonio. Todo ello conforme a la mayoría de la doctrina; no obstante que en este sentido hay un acuerdo, también existen divergencias o disputas, al tratar de esclarecer en qué sentido debe entenderse al patrimonio; puesto que muchos afirman que siendo este una universalidad es primordial que en la estafa la lesión o daño patrimonial se deducirá de tomarle en cuenta en su conjunto.

La postura que se convalida o mayoritariamente se apoya; es en la que estima preferible, considerar al patrimonio como un conjunto o una suma de bienes valorados económicamente, de manera que la agresión realizada mediante el delito se concretara con la lesión o daño a alguno de los elementos que integran el patrimonio. Conforme a esta posición es prudente manifestar que el bien jurídico en la estafa; se encuentra representado; por los distintos componentes materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, del patrimonio, y no entendido éste por un todo.

### **2.1.3.5. Ejercicio de la acción penal**

En el delito de Estafa y Estafa Agravada la manera de ejercitar la acción penal es de Acción Pública, debido al bien jurídico que tutelan estos delitos ya que se encuentran catalogados como los delitos que persigue el ministerio público a través de la Fiscalía General de la Republica.

Pero si bien es un delito de acción pública, la Estafa y Estafa Agravada la acción se podría convertir en Acción Penal Privada, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en el art. 29 CPP. Es decir que para estos delitos se puede ejercer la acción penal por cualquiera de las dos vías.

### **2.1.3.6. Agravante del delito**

Además de la modalidad simple ubicada en el Artículo 215 de la legislación penal vigente, también posee distintas formas agravadas de comisión, pero para efectos de esta investigación solo se abordará la relativa al N° 3 del artículo 216, la cual se constituye bajo el supuesto siguiente:

Cuando se realizare mediante cheque, medios cambiarios o con abuso de firma en blanco. Este apartado contempla dos diferentes motivos de agravación:

a) El primero de ellos, se refiere al realizado mediante cheque o medios cambiarios, castigándose de esta manera los comportamientos en los que, una persona apoyándose en la apariencia de garantía que inicialmente ofrecen los documentos a los que hace referencia la ley, crea una ficción de solvencia que engaña a otro, llevándole a la realización del acto de disposición causante del perjuicio. Además “en este supuesto caben, todos los casos de creación de un

título falso, alteración de uno existente, falsificación de firma, cambio de cantidades, expedición de fondos o sin ánimo de pagar, incluyendo los supuestos de letras de cambio de colusión o vacías<sup>32</sup>.

b) Con abuso de una firma en blanco. Se castigan aquí todos los casos en los que una persona firma un documento, total o parcialmente en blanco y otra persona, que es la que comete el delito, lo rellena, en todo o en parte, en términos distintos a los autorizados por el firmante, así como los supuestos en los que se realizan intercalaciones no previstas, siempre que, en uno y otro caso, se cause perjuicio.

#### **2.1.4. Cheque sin provisión de fondos**

##### **2.1.4.1. Aspectos doctrinarios del delito de cheque**

Para realizar un análisis de dicho delito primero es necesario establecer doctrinariamente conceptos que den una claridad sobre que se debe entender que es cheque, el cual es definido de la siguiente manera por diversos autores:

Para un concepto doctrinal, debe exponerse las opiniones de varios estudiosos del Derecho Mercantil, algunos son de opinión de que es imposible dar una definición exacta de lo que es Cheque:

El autor, manifiesta que la mayoría de expositores del derecho son enemigos de dar definiciones del objeto jurídico de cheque, y es debido que, si la exposición de un tema es con el objeto de conocerlo, mal se hace cuando lo que se va a conocer se expone de inmediato, si al final del estudio, es cuando

---

<sup>32</sup> Francisco Moreno Carrasco, et-al..*Código Penal de El Salvador comentado*, (Editorial Justicia de Paz, (CSJ-AECI), El Salvador, 1999), 539.

se llegaría a comprenderlo, pero es de necesidad tener una idea provisional de la cosa, aunque después se llegue a comprender en su totalidad.

Cheque según el autor es: *“un documento escrito, correspondiente a determinada suma de dinero que a presentación del documento se retira de un depósito previo, que, en una institución bancaria o equivalente, tiene el que emite el documento”*<sup>33</sup>.

Para el tratadista del Derecho Mercantil, escribe sobre el concepto de Cheque, sin mencionar la imposibilidad de emitir una definición de título-valor la cual es: *“un título girado sobre un banco o un establecimiento asimilado, para obtener el pago a favor del portador de una suma de dinero, que está disponible en provecho de este”*<sup>34</sup>.

Por su parte, otros autores establecen sobre el cheque, dice: *“llámese cheque un documento que permite a la persona que lo expide retirar, para sí o para un tercero, todos o parte de los fondos que tiene disponibles en poder del librado, o sea, de la persona, sociedad o banco contra quien lo expide”*.<sup>35</sup>

En cuanto al delito de Cheque sin Provisión de Fondos, se puede definir como: un título valor librado al portador, pero que no contiene fondos para cubrirlo, y es precisamente cuando el sujeto activo se coloca en esta última situación jurídica, lo que da la pauta, para que el afectado por este delito pueda poner en movimiento al órgano jurisdiccional, a efecto de tutelar su derecho.

El cheque doctrinariamente como afirma Hernán Silva Silva, en su obra El Delito de Giro Doloso de Cheques, expone que *“el cheque es por definición*

---

<sup>33</sup> Luis Guillermo Vásquez Méndez. *El Cheque*, (Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1958), 18.

<sup>34</sup> Marcel Planiol y George Ripert. *Derecho Mercantil*, (edit. Pedagógica, México: -1997), 84.

<sup>35</sup> Pedro Huguet y Campaña, *La letra de cambio, cheque, pagarés, talones*, 5ªed, (Ediciones Giner, España 1969), 372.

*una orden de pago del todo o parte de los fondos que el librador tenga en su cuenta corriente y debe de ser pagado por el banco a su presentación”<sup>36</sup>.*

Es así que no se tiene una definición doctrinal del delito de Cheque sin Provisión de Fondos, pero puede hacerse un análisis que lleve a dicha definición, tomando como ejes los elementos objetivos y subjetivos del tipo, por lo cual se define como “aquella conducta consistente en librar, con cualquier finalidad, (dolosa) un cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos en poder del librado para hacerlo efectivo”.

Asimismo, se ha definido qué se entiende por cheque y cheque sin provisión de fondos, es necesario establecer cuáles son los requisitos de este título valor, ya que como se analizara más adelante estos son parte de los elementos objetivos del delito, los cuales se puede encontrar en el Código de Comercio en el Art. 793, que establece:

Art. 793.- El cheque debe contener:

- 1- Número y serie.
- 2- Mención "cheque", inserta en el texto.
- 3- Nombre y domicilio del banco contra el cual se libra.
- 4- Orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, indicando la cantidad en letras o en números. En caso de que la cantidad solamente

---

<sup>36</sup> Hernán Silva Silva, *El Delito de Giro Doloso de Cheques*, 5° ed.(Editorial Metropolitana. España, 2014), 19.

conste en números, deberá estamparse con máquina protectora. Cualquier convenio inserto en el cheque se tendrá por no escrito.

5- Nombre de la persona a cuyo favor se libre o indicación de ser al portador.

6- Lugar y fecha de expedición.

7- Firma autógrafa del librador

#### **2.1.4.2. Elementos objetivos del tipo**

El libramiento de un cheque, constituye por su naturaleza un medio de pago en el ámbito comercial en General, y no de otra cosa. El cheque doctrinariamente como afirma el autor, "es por definición una orden de pago del todo o parte de los fondos que el librador tenga en su cuenta corriente y debe de ser pagado por el banco a su presentación". De manera que haber primero ofrecido el imputado y luego aceptado el cliente el pago de una deuda por medio del título valor que fue rechazado por la institución bancaria por insuficiencia de fondos, constituye un menoscabo en el patrimonio.

La conducta del acusado es constitutiva de delito, pues libró un cheque de su cuenta corriente personal que posee en el BANCO, sin contar en ésta con los fondos necesario para cubrir el importe correspondiente.

Dado que el tipo especial que se sanciona la conducta demostrada por el acusado contempla varias modalidades, para efectos de poder fundamentar adecuadamente la imputación, es necesario hacer alusión al acto específico que se le atribuye, para, posteriormente, hacer el señalamiento necesario de la disposición legal que lo tipifica.

El delito de Cheque sin provisión de fondos, es considerado de aquellos delitos denominados de ACCIÓN, por lo que es necesario una actividad final, la cual consiste en librar o extender el cheque; por lo que se está caracterizando tal actividad por los siguientes elementos:

a) "El que", lo que significa la existencia de una persona natural que realiza la acción de emitir el cheque, quien debe tener una cuenta corriente, siendo ésta una condición especial de ser cuenta-correntista. b) Que el título valor reúna todos los requisitos establecidos en el Artículo 793 del Código de Comercio.

c) Que al momento de presentarse a la institución financiera, para el pago respectivo la cuenta corriente del emisor carezca de fondos, por lo cual el cheque debe protestarse, como lo establece el Artículo 815 del CC cumpliendo con los requisitos que establecen los artículos 752 al 765 de la Sección "F" denominada Protesto, así mismo se podrá realizar de conformidad con el Artículo 816 del CC.

En cuanto al examen de tipicidad es probado en un primer momento, si se está en presencia de un hecho típico; pero hay que ver si se trata de un hecho antijurídico y culpable. De lo que se puede evidenciar es que debe librarse el cheque, ejerciendo un acto voluntario y espontáneo, no asistiéndole en ese momento ninguna de las excluyentes de responsabilidad según el art. 27 del CP.

Es un hecho culpable, por cuanto el sujeto debe de conocer el carácter ilícito de su actuar, lo cual se comprueba mediante informe por parte de la institución bancaria sobre el estado financiero de la cuenta corriente, que éste sabía y conocía perfectamente que su cuenta no poseía fondos, y aun así se determinó por librar el título valor, no considerando lo prescrito por la norma al

exigirle un comportamiento diferente, es decir, que tiene que ser un sujeto imputable.

#### **2.1.4.3. Elementos subjetivos**

Los criterios de los autores del código penal Moreno Carrasco y otros, caben todas las modalidades del dolo, sin que sea precisa la concurrencia de otros elementos, cuando el sujeto activo libra un cheque sin estar plenamente seguro de la existencia de fondos del poder del librado, pero aceptando que puede no haberlos, el hecho se comete con dolo eventual, no obstante, de saber de qué esa acción es delictiva y siempre ejecuta la acción.

##### **2.1.4.3.1. Bien jurídico**

El delito de cheque sin provisión de fondos atenta contra un bien jurídico, como lo es el Orden Socioeconómico, no obstante, hay varios autores que sostiene que también atenta contra varios bienes jurídicos en forma simultánea, como es el caso del bien jurídico patrimonio y la fe pública y no solo uno en forma particular, por tanto, la catalogan como de aquellas infracciones punibles denominadas pluriofensivas.

En ese sentido, es que este delito no atenta contra un sólo bien jurídico, el cual es protegido por la ley. Este delito afecta el patrimonio individual de un sujeto – como tercero afectado-, pero en general el afectado es el conglomerado social, pues al no pagarse en su oportunidad el valor que señala dicho documento –cheque- se priva naturalmente al acreedor de un ingreso de tipo patrimonial y económico, pero por ende genera inseguridad jurídica en la colectividad.

Se daña la naturaleza del título valor, por su no pago, porque el que recibe el cheque tiene confianza y cree que éste se va a cubrir con los fondos ahí impresos, más aún si se sostiene que es un título valor representativo y similar al dinero.

Además, como consecuencia trasgrede también el orden público económico tomado como bien colectivo, ya que con el no pago de los cheques directa o indirectamente afecta la credibilidad del título valor y ello trasciende a la economía de un país, y no únicamente al particular, sino la de la sociedad en general y provoca inseguridad en el tráfico mercantil.

#### **2.1.4.4. Ejercicio de la acción penal**

Para que pueda prosperar la acción en materia penal es necesaria que se den las condiciones que establece el Código de Comercio, en el artículo 795, en lo referente al cheque sin provisión de fondos, es decir, protestar el documento en tiempo y forma contra el emisor del cheque (librador), a si también deben de cumplirse todos los requisitos mercantiles para que sea reconocido como cheque y surta o haya surtido sus efectos en el comercio.<sup>37</sup>

En ese sentido, los requisitos de procesabilidad del cheque para ejercer la acción penal se encuentra ante el protesto, el cual se puede definir como: *“como un certificado o un acto solemne que acredita la negativa del pago, la causa de su no pago o rechazo, indicándose el día y hora de la diligencia. El protesto debe estamparse al dorso del cheque, pero en la práctica se hace en formularios especiales o colillas que posee cada Banco. No es necesario en*

---

<sup>37</sup> Moreno, *Código Penal Salvadoreño*, 39.

*esta diligencia la presencia de un ministro de fe*<sup>38</sup>, por lo que es necesario establecer una clasificación de protesto:

#### **2.1.4.5. Clases de protestos**

Protesto por falta de fondos: Esta clase de protesto se explica por sí sola, y consiste en que el girador no tiene en el Banco fondos suficientes para el pago del cheque, o no se le ha concedido sobregiro, o un préstamo para abonar a su cuenta corriente.

Protesto por cuenta corriente cerrada: Significa que el librador tiene su cuenta corriente cerrada, ya sea de forma voluntaria o porque el Banco dio por terminado el contrato de cuenta corriente.

Protesto por orden de no pago: Significa que el girador del cheque revoca o deja sin efecto la orden de pago que debe hacer el Banco.

También existen otros tipos de protestos por causales de forma, como lo serían, por ejemplo, cheques mal extendidos, deteriorados, firma disconforme, etc. Estos tipos de protestos formales o también llamados devoluciones o constancias, no generan responsabilidad penal a su girador, ya que técnicamente no existe cheque.

Partiendo de la idea anterior, en el caso de la legislación penal en el art. 243, se puede entender que se regula el protesto por falta de fondos, como uno de los presupuestos principales para la configuración del delito.

---

<sup>38</sup>Silva, *El delito de giro doloso de cheques*, 20.

De ahí surge el presupuesto que para el ejercicio de la acción penal en esta clase de delito es de Acción privada, como ya se explicó previo esta es aquella que, en el proceso penal para su formación, excluye totalmente al Ministerio Público, por lo que su ejercicio es exclusivo por el particular ofendido. Es así que se presenta una acusación particular en los Tribunales de Sentencia competentes cumpliendo con los requisitos de procesabilidad.

## **2.2. Fundamento jurídico**

### **2.2.1. Constitución de la República de El Salvador**

#### **2.2.1.1. Principio de legalidad**

La Constitución abarca en su seno un conjunto de derechos (individuales, fundamentales, sociales, políticos), garantías (Debido proceso) y principios (inocencia, legalidad, culpabilidad, igualdad, irretroactividad, non bis in idem, etc.) los cuales se encuentran inspirados en la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

Para el logro de los fines constitucionales (Art. 1 Cn.) se encuentra el principio de Legalidad, cuya definición y origen ya ha sido abordado en los apartados anteriores, por eso se hará referencia de tal principio en su fundamento constitucional, se encuentra contemplado en los artículos siguientes de la Constitución:

*Art. 8. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.*

Dicho precepto consagra a la Ley como el límite y definición del ejercicio fundamental de la libertad (en el sentido general de todas las libertades) de las

personas; de lo anterior se concluye que “nadie puede abstenerse de hacer lo que la ley no prohíbe”.

*ART. 15. Nadie puede ser juzgado si no conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.*

Este artículo representa la base fundamental y constitucional del principio de legalidad, por lo que merece ciertas consideraciones jurisprudenciales:

- a) Sobre la relación entre el principio de legalidad y el principio de unidad del ordenamiento jurídico: “...tal principio rige a los tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder o competencia atribuidos previamente por la ley, la que los construye y delimita.
  
- b) Sobre el Principio de Legalidad de la Pena: “Dicho principio asegura a los destinatarios de la ley que sus conductas no pueden ser sancionadas sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al hecho considerado como infracción.
  
- c) Así, a la norma jurídica que garantiza el principio de legalidad de la pena se le imponen ciertos requisitos: Lex Previa, implica la prohibición de la retroactividad de las leyes sancionadoras; Lex Scripta, que excluye la costumbre como posible fuente de delitos (infracciones) y penas (sanciones) e indica que la norma jurídica tiene categoría de ley cuando emana del

Órgano Legislativo; Lex Stricta, exige que la ley establezca en forma precisa las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas”

d) El Principio de Legalidad tiene como consecuencias: a) el principio de reserva de ley; b) la prohibición de retroactividad; c) el principio de taxatividad y la seguridad jurídica; d) la prohibición de la analogía; y e) el principio de non bis in idem. (sentencia del 16-II-99, T.S. San Vicente)<sup>39</sup>.

**Art. 17.** *Ningún Órgano, funcionario o autoridad, podrá avocarse causas pendientes ni abrir juicios o procedimientos fenecidos. En caso de revisión en materia penal el Estado indemnizará conforme a la ley a las víctimas de los errores judiciales debidamente comprobados.*

*Habrá lugar a la indemnización por retardación de justicia. La ley establecerá la responsabilidad directa del funcionario y subsidiariamente la del Estado.*

Respecto a este artículo se tiene en cuenta la siguiente consideración jurisprudencial:

Posibilidad de conocer en amparo cuando media cosa juzgada: “...conocer de una sentencia ejecutoriada, como regla general, violenta el principio constitucional de la cosa juzgada, constituyendo asimismo un atentado contra la seguridad jurídica. Sin embargo existen dos excepciones a la afirmación

---

<sup>39</sup> Cayetano Nuñez Rivero, *El Estado y la Constitución Salvadoreña: proyecto para el fortalecimiento de la justicia y de la constitución en la república de El salvador*. 2º ed. (Editorial Jurídica, El Salvador. 2000), 171.

anterior, en tanto que la Sala de lo Constitucional podría conocer de sentencias definitivas ejecutoriadas, en los casos siguientes:

a) cuando en el transcurso del proceso que finalizó mediante la sentencia impugnada en el proceso de amparo, hubo invocación de un derecho constitucional, habiéndose negado el tribunal a pronunciarse conforme al mismo; y b) cuando en el transcurso del proceso no era posible la invocación del derecho constitucional violado, v. gr. debido a que la violación proviene directamente de una sentencia de fondo irrecurrible, sin que dicha violación se haya podido prever razonablemente, o porque la misma vulneración impide que el afectado se apersona en el proceso a alegarla.

**Art. 21.** *Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente.*

*La Corte Suprema de Justicia tendrá siempre la facultad para determinar, dentro de su competencia, si una ley es o no de orden público.* Este artículo merece ciertas consideraciones jurisprudenciales:

Sobre la naturaleza jurídica y alcances del principio de irretroactividad: “en el régimen constitucional, el principio de la irretroactividad de las leyes –en sentido general- está concebido como una garantía jurisdiccional, es decir, como un mecanismo tendente a tutelar los derechos fundamentales de las personas..., el carácter de orden público de una ley no le concede a ésta, ipso jure, efecto retroactivo, puesto que dicho carácter debe estar consignado expresamente en la misma ley, de una manera general o con referencia a situaciones especiales que ella regula.

#### **2.2.1.1.1. Delito de estafa y estafa agravada**

Es menester recordar que el delito de estafa es un delito que protege el bien jurídico que es el patrimonio por lo cual se inicia con el art. 2 inc. 1. Que dice literalmente:

*“Art. 2.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. (...)”*

*“Art. 22.- Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción.”*

#### **2.2.1.1.2. Delito de cheque sin provisión de fondos**

Si bien es cierto que el cheque en el ámbito constitucional, no se encuentra regulado de forma expresa en una disposición legal, pero cabe la posibilidad de que, si se considera los criterios doctrinarios de interpretación a la Constitución y al considerar la misma debe de realizarse una interpretación de una forma amplia, armónica y nunca de una forma restringida o no atenerse en muchas ocasiones a su tenor literal. Partiendo de los derechos constitucionales, la interpretación analógica de la ley primaria permite usar como base el derecho a la propiedad, el derecho de audiencia y defensa, el derecho a la justicia y a la seguridad jurídica, que, si tienen asidero legal en los Artículos siguientes:

*Art.1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. (...)*

*En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.*

*Art. 2.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...)*

*Art. 11.- Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa. (...)*

## **2.2.2. Código penal vigente**

### **2.2.2.1. Principio de legalidad**

Este principio constituye una garantía de seguridad jurídica, que desde luego está ligada a otras que conforman la estructura del derecho penal y procesal penal salvadoreño.

Como ya se mencionó, el respeto a la legalidad implica la observancia total de lo preceptuado en la norma, referente a las situaciones propias del debido proceso, obviamente su cumplimiento redundará en el beneficio para las partes; en virtud de lo anterior, se encuentran plasmado el principio de legalidad en la norma sustantiva penal, fundamentalmente en el Artículo 1º, el cual literalmente dice: “Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito

o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.

No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal.”

#### **2.2.2.1.1. Delito de estafa y estafa agravada**

*Art. 215.- El que obtuviere para sí 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 doscientos 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.*

En lo establecido en este artículo se denota que se encuentran los elementos configurativos del delito de estafa.

El artículo 216 le brinda protección a este Derecho; a través de la regulación de conductas que puedan poner en peligro o concreta lesión el bien jurídico en comento, en sus agravantes: “El delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años, en los casos siguientes: en este caso en especial se hace alusión a lo previsto en el número 3 que dice: *“El delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años, en los casos siguientes. (...) 3.- Cuando se realizare mediante cheque, medios cambiarios o con abuso de firma en blanco;(...).*

Sobre la forma agravada de comisión de la cual se hace mención y la cual se constituye bajo el supuesto siguiente: Cuando se realizare mediante cheque, medios cambiarios o con abuso de firma en blanco. Este apartado contempla dos diferentes motivos de agravación:

a) El primero de ellos, se refiere al realizado mediante cheque o medios cambiarios, castigándose de esta manera los comportamientos en los que, una persona apoyándose en la apariencia de garantía que inicialmente ofrecen los documentos a los que hace referencia la ley, crea una ficción de solvencia que engaña a otro, llevándolo a la realización del acto de disposición causante del perjuicio. Además “en este supuesto caben, todos los casos de creación de un título falso, alteración de uno existente, falsificación de firma, cambio de cantidades, expedición de fondos o sin ánimo de pagar, incluyendo los supuestos de letras de cambio de colusión o vacías”<sup>40</sup>.

b) Con abuso de una firma en blanco. Se castigan aquí todos los casos en los que una persona firma un documento, total o parcialmente en blanco y otra persona, que es la que comete el delito, lo rellena, en todo o en parte, en términos distintos a los autorizados por el firmante, así como los supuestos en los que se realizan intercalaciones no previstas, siempre que, en uno y otro caso, se cause perjuicio.

#### **2.2.2.1.2. Delito de cheque sin provisión de fondos**

“Art. 243. Será sancionado con prisión de uno a tres años:

---

<sup>40</sup> Moreno, *Código Penal Salvadoreño*, 539.

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 siguientes al del protesto o su equivalente. El presente delito es subsidiario frente al tipo de estafa”.

### **2.2.3. Código de comercio**

#### **2.2.3.1. Delito de cheque sin provisión de fondos**

El Art. 795 del CC, establece que *“el cheque librado por quien no tenga fondos disponibles en la institución a cuyo cargo se emite, protestado en tiempo, será documento ejecutivo y acarreará a su librador las responsabilidades penales consiguientes. Si no ha sido protestado en tiempo, el cheque sin provisión de fondos disponibles valdrá como documento privado contra su librador sin perjuicio de la responsabilidad penal”.*

## CAPITULO III

### ANALISIS JURIDICO Y DOCTRINARIO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION

Este capítulo contiene un análisis jurídico doctrinario donde se aborda en un primer lugar lo relativo a la diferenciación de los delitos de estafa agravada y cheque sin provisión de fondos, asimismo una posible vulneración al principio de legalidad ante la subsidiariedad del delito de cheque sin provisión de fondos en la estafa agravada y una posible vulneración al principio del Ne Bis In Idem ante un posible sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria; con el propósito de cumplir con el objetivo principal que es diferenciar los delitos y esclarecer la situación problemática que rodea a estos delitos.

#### **3. Análisis jurídico**

##### **3.1. Diferencia entre el delito de estafa agravada y cheque sin provisión de fondos**

A partir de lo desarrollado en el capítulo anterior, teniendo una claridad sobre conceptos necesarios para lograr el objetivo que es la diferenciación; es preciso señalar que se observó que los delitos tienen elementos tanto objetivos como subjetivos similares y que en el devenir del tiempo se ha visto que estos delitos eran confundidos.

En razón de ello es pertinente hacer una debida diferenciación de estos partiendo de un punto esencial en ambos delitos como lo es *el bien jurídico*; por un lado se tiene que el bien jurídico tutelado de la estafa es propiamente el patrimonio, como ya se dijo es entendido el patrimonio del sujeto pasivo; por

su parte el cheque sin provisión de fondos tutela el orden socio económico que reúne una pluralidad de bienes jurídicos como lo es la fe pública, el orden económico, el patrimonio, el orden social y la confianza pública depositada en el título valor.

Esta diferencia se ve enmarcada en el código pues estos están regulados en distintos títulos y capítulos; en el caso de la Estafa se encuentra en el título VIII denominado de los delitos relativos al patrimonio, capítulo III de las defraudaciones en el art. 215 y 216 CP y el delito de Cheque Sin Provisión de Fondos se encuentra en el título IX denominado delitos relativos al orden socioeconómico, capítulo III de las insolvencias punibles en el art. 243; o cual deja entrever que para el legislador dichas conductas son completamente diferentes e independientes entre sí, esto atendiendo a relevancia jurídica de los delitos, separando de la Estafa Agravada la conducta del libramiento del cheque sin fondos debido a que como ya se mencionó el libramiento de este se volvió habitual debido a la gran facilidad y confianza que brinda este título valor en el ámbito comercial, siendo estas una de las razones por la cual se le da un trato especial a dicha conducta delictiva.

Otra de las diferencias se encuentran en la forma de *ejercer la acción penal de los delitos*, en razón de ello es necesario conocer en que consiste en primer lugar la definición de acción la que se puede definir según COUTURE, como: *“el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”*<sup>41</sup>.

Cuando un ciudadano da aviso de que se ha cometido un delito; se interpone un aviso o una denuncia, no se está reclamando formalmente al órgano de la

---

<sup>41</sup> Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4° Ed, (edit BDF, Uruguay: 2010), 56.

jurisdicción, la satisfacción pretensión, sino que simplemente se hace de su conocimiento la infracción delictual que tienen obligación de investigar.

Para reclamar a los Tribunales la pretensión punitiva, el Estado ha designado como su representante al Fiscal General, pero existen casos, en que los particulares puedan ejercer en conjunto con dicho órgano la acción penal en ciertos delitos, dejando que se persigan sólo a instancia de parte interesada, sin intervención del Ministerio Público.

Las leyes procesales han señalado las formalidades que se tienen por el sujeto que pretende el ejercicio de la acción penal, mostrándose acusador conjuntamente con el Ministerio Público o en su sustitución.

De acuerdo a lo anterior se tiene que el órgano primario fundamental, en el ejercicio de la acción penal pública lo constituye el Ministerio Público a través de la Fiscalía General de la República -Art. 193 Ord. 4º CN., y Art. 74 CPP.

Por lo tanto, en campo del Derecho Procesal Penal salvadoreño, se encuentran reguladas tres modalidades claramente definidas para iniciar el ejercicio de una acción penal, dichas modalidades atienden su persecución no a la comisión de determinados ilícitos penales, sino más bien, a la protección de determinados bienes jurídicos y a la pretensión de su ejercicio. Las modalidades del ejercicio de la acción penal se encuentran reguladas en el Art. 17 CPP., las cuales son: 1) Acción Pública; 2) Acción Pública Previa Instancia Particular; y, 3) Acción Privada.

En primer lugar, se tiene “La acción penal pública”, y es aquella que su ejercicio le corresponde al Fiscal General de la República de conformidad al precepto Constitucional regulado en el Art. 193 num. 3º Cn., que dispone que corresponde al Fiscal General de la República el dirigir la investigación del

delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que la ley determine. Por otra parte, los delitos y faltas que son perseguibles por la acción penal pública, se podría afirmar que son la totalidad de los delitos regulados en la parte especial del Código Penal, salvo los delitos de acción pública previa instancia particular señalados en el Art. 27 del CPP., y los delitos perseguibles por acción penal privada, establecida en el Art. 28 CPP.

En segundo lugar se tiene la modalidad denominada “La acción pública previa instancia particular”, y es aquella acción que requiere como requisito indispensable para su ejercicio, la autorización de la víctima del delito, de su representante legal o del ofendido según sea el caso, de ahí que es únicamente con la autorización expresa de aquella, que se debe de promover la acción penal por parte del ente jurídico gubernamental encargado, que para el caso también lo es la Fiscalía General de la República.

En ese sentido, debe de existir una autorización expresa, esta hace relevancia a que debe constar la misma por escrito y ser agregada a las actuaciones judiciales para amparar la legalidad del ejercicio de la acción misma, por ende se entiende que si la víctima del delito no da su aval para iniciar la persecución de un hecho, todos los actos de policía y fiscalía, anteriores a la autorización adolecen de validez procesal, ya que la intervención del ente encargado de proteger a las personas lesionadas por cualquier hecho que constituya delito de instancia particular, tienen que ser ajeno a toda actividad investigativa ex-ante al hecho mismo, y su intervención debe de ser siempre ex-post a la ya referida autorización de la víctima.

Finalmente se tiene la modalidad de “la acción penal privada”, y es aquella en el que el proceso penal para su formación, excluye totalmente al Ministerio Público, por lo que su ejercicio es exclusivo por el particular ofendido, y esta

es la que particularmente dado en este tema pues interesa. Muchas veces, el bien jurídico tutelado tiene un carácter marcadamente particular, que podría asegurarse que cuando su titular no lo muestra lesionado, en realidad no existe la lesión<sup>42</sup>.

En efecto, en la modalidad denominada Acción Penal Privada, la potestad represiva estatal está condicionada por la voluntad del ofendido, a quien la ley instituye como el titular exclusivo de la acción, ejerciendo un dominio en el inicio y en el impulso procesal que solo reconoce límites en los principios constitucionales y procesales, y en la calificación y resolución de la causa por parte del juez.

Al haber analizado los tipos de acción penal se concluye que el delito de Estafa Agravada se persigue mediante el ejercicio de la acción pública según lo establecido en el art. 18 CPP en cambio el Cheque Sin Provisión De Fondos se persigue mediante el ejercicio de la acción privada según el art. 28 CPP, siendo esto atendible en razón de la ponderación de los bienes jurídicos tutelados por ambos, como también se tiene una especial consideración para los delitos de acción privada dado que estos se dan más en las relaciones entre particulares y en el caso de este delito en relaciones comerciales para el pago del cumplimiento de una obligación preexistente.

Para el delito de Estafa como ya se dijo es de acción pública debido a que lo protegido por este delito son las relaciones que se dan en la sociedad en general, si bien es cierto este delito se puede ver ejercido tanto en la acción pública como en la acción privada esto sucederá siempre y cuando este se enmarque en los casos establecidos en el art. 29 CPP

---

<sup>42</sup> Sebastián Soler, *Derecho Procesal Argentino*, 2° ed. (Tipografía Editorial, Buenos Aires: Argentina, 1973), 442.

Asimismo, el ejercicio de la acción se ve inmerso los requisitos de procesabilidad que posee propiamente el delito de Cheque Sin Provisión De Fondos al tener este un tratamiento en el ámbito mercantil, situación que toma preponderancia al momento de presentar la acusación particular en los tribunales de sentencia, se realiza un examen de admisibilidad según lo establecido en el art. 439 CPP. Es de destacar que el delito de Cheque Sin Provisión De Fondos tiene doble vía de protección, es decir un tratamiento meramente mercantil, ya que, como se dijo el cheque es un título valor y un tratamiento penal que es el que interesa, teniendo en cuenta que no son excluyentes ambas vías, sino que se pueden ejercer las vías de manera simultánea.

Es necesario mencionar que ambas figuras se comenten con el *elemento subjetivo denominado dolo*, por lo cual es necesario plantear su clasificación:

*Dolo directo*: Es aquel, en que la realización típica llevada a cabo, es la perseguida por el autor; donde lo que importa al sujeto es el resultado que persigue, existe una intención, aun cuando la producción del resultado no se presente como segura. En otras palabras, el sujeto conoce a plenitud, que se encuentra realizando los elementos objetivos del tipo, y además, quiere realizarlos.

*Dolo indirecto o de consecuencias necesarias*: Esta referido a la conciencia y la voluntad que el autor tiene, no respecto al resultado principal de su plan sino de aquellos resultados que deben producirse como medios necesarios; significa que al autor lo que le interesa no es el resultado principal sino las consecuencias provenientes de este.

*Dolo Eventual*: Quien realiza la conducta sabe que posible o eventualmente se produzca el resultado típico y no deja de actuar frente a ello.

Al haber desarrollado esta clasificación de dolo se establece que existe otra diferencia de estos dos delitos, es por ello de especial consideración que en el caso del delito de Estafa el dolo con el que debe actuar el sujeto activo se debe de probar, en cambio en el delito de Cheque Sin Provisión de Fondos es una presunción de derecho que se da desde el momento en que el sujeto activo libra el cheque. En ese contexto en cuanto a la aplicación del dolo en el caso del delito de Estafa *el dolo es determinado* se puede realizar solo con dolo directo y en el delito de cheque sin provisión de fondos *el dolo es indeterminado* puede realizarse con cualquier tipo de dolo.

Por lo tanto, la idea anterior cabe resaltar que esto se enmarca en el art. 4 CP ya que este prohíbe toda forma de responsabilidad objetiva, si bien es cierto el código penal tiene dos modalidades para realizar la acción u omisión en el caso de los delitos en estudio ambos se deben de realizar con dolo siendo esta una similitud, pero a la misma vez es una diferencia como ya se explicó.

Otra de las diferencias en relación a estos dos delitos se ve reflejada en cuanto a *la penalidad* que tienen establecidos en el Código Penal, esto con relación al Principio de Necesidad regulado en el art. 5 CP, debido a que el legislador ha tomado el delito de Cheque Sin Provisión de Fondos como un delito menos grave al establecerle una pena que oscila entre 1 a 3 años de prisión y en el caso del delito de Estafa Agravada N°3 como un delito grave con una pena que va desde los 5 a 8 años de prisión siendo estas penas principales para cada delito de conformidad a los art. 45 y 47 ambos del CP y es a raíz de ello se puede observar otra diferencia entre estos dado que el delito de Cheque Sin Provisión de Fondos al tener dicha penalidad se considera como *un delito excarcelable* ya que por estos delitos menos graves no se puede dictar orden de captura administrativa, es decir que el procesado puede permanecer mientras se tramita el proceso en libertad , no se le puede aplicar ninguna

medidas sustitutivas o alternativas a la detención provisional de acuerdo al artículo 332 inc. final CPP.

Al continuar con el desarrollo de las diferencias se encuentra una en relación al *perfeccionamiento o consumación del delito*, tomando en consideración lo establecido en el art. 62 CP en cuanto a que son punibles los delitos consumados; es así que en el delito de estafa se perfeccionará cuando se haya ocasionado la defraudación o el perjuicio en el patrimonio de la víctima, es decir que exista un detrimento económico cuantificable y que exista un provecho injusto por parte del sujeto activo, por otra parte, en el delito Cheque Sin Provisión de Fondos se tiene como consumado desde el momento en que el cheque es librado por el sujeto activo sin que este tenga fondos.

Para finalizar las diferencias que existen entre estos delitos se tiene *la finalidad que persiguen*, dado que esta es distinta, en el caso del delito de Estafa lo que se persigue es el engaño y el provecho injusto para sí o para un tercero, en cambio en el delito de Cheque Sin Provisión de Fondos se persigue el pago de una obligación preexistente.

DIFERENCIAS		
DELITOS	ESTAFA AGRAVADA ART. 216.3	CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS
DIFERENCIAS		
Bien Jurídico	Patrimonio.	Orden Socioeconómico.
Ejercicio de la acción	Acción Pública.	Acción Privada.
Elemento subjetivo= Dolo	El dolo es determinado y se realiza con dolo directo.	El dolo es indeterminado y se puede realizar con cualquier tipo de dolo.
Penalidad	Es un delito grave con una pena de 5 a 8 años de prisión.	Es un delito menos grave con una pena de 1 a 3 años de prisión.
Perfeccionamiento o Consumación del delito	Se consuma cuando se haya ocasionado la defraudación o el perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo.	Se consuma desde el momento en el que se libra el cheque por el sujeto activo.
Finalidad que persigue	El engaño y el provecho injusto para sí o para una tercera persona.	El pago de una obligación preexistente.

### **3.2. Posible vulneración del principio de legalidad ante la subsidiariedad del delito de cheque sin provisión de fondos en la estafa agravada**

Este principio se encuentra inmerso en el concurso aparente de leyes o normas penales (como también se le llama), se produce cuando a un mismo hecho, en apariencia se le pueden aplicar más de un precepto jurídico penal, pero solo uno de ellos puede serlo. El problema se suscita por la circunstancia de que aparentemente esos preceptos contienen elementos objetivos muy similares, y que si se comete el error de realizar un análisis incorrecto y cualquiera o todas las normas concurrentes se podrían aplicar; sin embargo, uno de ellos ofrece aquellos elementos que son más específicos y que, por lo tanto, solo esa norma o precepto es aplicable al caso concreto.

Es menester aclarar que no se desarrollara todo lo relativo al concurso aparente de leyes, como lo es el principio de especialidad y el principio de subsunción que son los otros dos principios que comprende el concurso Parente de normas, esto en razón a que lo que interesa discutir en este trabajo es lo relativo a el principio de subsidiariedad.

No obstante, ese análisis muchas veces representa cierta dificultad, en virtud de lo cual la doctrina moderna ha elaborado ciertos criterios para la solución de esta problemática.

Por lo tanto, se exponen que: “Hay concurso aparente de leyes o normas penales, cuando una misma conducta delictiva cae o está comprendida por dos o más preceptos legales que la regulan, pero un precepto excluye a los otros en su aplicación al caso concreto.”

De aquí se deduce los dos presupuestos para que exista el aparente concurso de normas: Que una misma acción sea regulada o caiga bajo esfera de

influencia de dos o más preceptos legales; y Que uno de estos preceptos excluya la aplicación de los otros al aplicarlo al caso concreto. Según el maestro hispano Federico Puig Peña, en este último presupuesto se encuentra la diferencia entre el concurso de leyes o normas penales y el concurso de delitos, que pueden tener cierta similitud ficticia, puesto que también un mismo hecho provoca la concurrencia de dos o más preceptos pero en el concurso ideal de delitos estos preceptos o normas penales son compatibles entre sí, mientras que en el concurso de leyes éstas se excluyen entre sí, o se aplica una norma o se aplica otra, no pueden aplicarse todas al mismo tiempo.”<sup>43</sup>

Ahora bien, como ya se dijo anteriormente solo se hablará sobre el principio de subsidiariedad, por lo cual Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán al respecto comentan: “El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea esta tácitamente deducible. La norma subsidiaria se utiliza cuando la principal no es aplicable.”<sup>44</sup>

Por su parte los autores indican: “Esta subsidiariedad puede ser *expresa*, cuando un concreto precepto penal condiciona su propia aplicación a que el hecho previsto en él no constituya un delito más grave o esté incluido en otra norma; la subsidiariedad también puede admitirse en forma *tácita*, aunque en este último supuesto pueden surgir dudas acerca de si se esta ante preceptos principales o subsidiarios.”<sup>45</sup>Aquí la norma pone de manifiesto que no pretende ser aplicada cuando concurre otra posible calificación jurídico penal más grave

---

<sup>43</sup> Héctor Aníbal de León Velasco, y José Francisco de Mata Vela, *Derecho penal guatemalteco: parte General y especial*, (Universidad de Guatemala, Guatemala, 2016), 101.

<sup>44</sup> Francisco Muñoz Conde y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 6ta edición, (Tiran Lo Blanch, España: 1989), 472.

<sup>45</sup> José Luis Díez Ripollés el at, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*. (Artemis Edinter, Guatemala: 2001), 513 y 514.

del hecho por constituir éste una forma de ataque más intensa o acabada del mismo bien jurídico.

Por tanto, se puede decir que una relación de subsidiaridad se cumple cuando un tipo penal sólo sea aplicable en defecto de otro o sea que su aplicabilidad está condicionada a la no aplicación de otro tipo penal. La subsidiariedad puede ser expresa o tácita, según esté ordenada en la ley o deba ser deducida ésta mediante interpretación. La subsidiaridad expresa, es la que está claramente consignada en la ley; mientras que la subsidiaridad tácita es la que se deduce por medio de la vía interpretativa.

El principio de subsidiaridad se rige por las siguientes normas<sup>46</sup>:

a-La ley subsidiaria sólo adquiere valor en el caso de que la otra, no deba aplicarse.

b- Son formas relativamente subsidiarias las de aquellos tipos que deben ser aplicados “siempre que el hecho no importe un delito más grave”.

c-Los casos de subsidiaridad tácita, en cambio deben ser resueltos en virtud de la interpretación teleológica de la ley. Como el caso de los delitos de peligro son frecuentemente subsidiarios frente a los denominados de lesión.

Según el análisis realizado a los elementos antes expuestos, se puede establecer que el principio de subsidiaridad se ve inmerso en el concurso aparente de leyes, siendo aquí donde puede existir una vulneración al principio de legalidad, motivo por el cual se relaciona íntimamente con el principio. Como ya se mencionó el principio de subsidiariedad puede ser tanto expreso

---

<sup>46</sup>Jeovanny Joel Hernández Sánchez “Investigación jurídica” *Revista de Derecho* Vol. 36, No. 1-(2015): 51.

como tácito, aplicándose para el caso del interés de forma concreta, tal como lo establece el art. 243 inciso final del CP de forma expresa.

En ese sentido, este análisis surge la problemática en cuestión, por lo cual podría cometerse un error al momento de tipificar la conducta de la norma penal, esto en virtud de poseer elementos comunes ambos preceptos legales, entendiéndose los delitos de Estafa Agravada del art. 216 No.3 CP y Cheque Sin Provisión de Fondos. En otras palabras, una vez iniciado el proceso penal al momento de realizar el análisis intelectual del paramento de tipicidad podría genera una vulneración al principio de legalidad. Esto en relación con lo que ya se mencionó que ambas conductas tienen diferencias muy marcadas, siendo más específicamente en el ejercicio de la acción penal y el bien jurídico que tutelan, es aquí donde se puede decir que la subsidiariedad expresada en el art. 243 inciso final CP no tiene sentido de ser, ya que dicho precepto se encuentra regulado de manera autónoma por lo que provoca la disyuntiva al momento de aplicar las normas.

Es así que, al momento que el legislador estableció la subsidiariedad del delito de cheque sin provisión de fondos al delito de estafa agravada del art. 216 No. 3 del CP, aquí vulnero el principio de legalidad, debido a que no podría aplicarse dicho principio dado a las reglas contenidas en el código procesal penal, es decir, no se podría realizar un cambio en el ejercicio de acción penal de privada a pública por ser diferentes procedimientos penales como se desarrolló en el ejercicio de la acción penal en el apartado anterior.

Desde este punto de vista es menester analizar el segundo parámetro que se menciona es decir, el bien jurídico tutelado ya que estos son diferentes, es de tomar en consideración que el engaño no está presente en el delito de cheque sin provisión de fondos, por lo cual al faltar este elemento no podría remitirse

al delito de estafa, ya que en el delito de cheque sin provisión de fondos se requiere el título valor perfeccionado, pero en el delito de estafa del art. 216 No. 3 del CP, el título valor de cheque es solo un medio de engaño para realizarla.

Asimismo, esta subsidiariedad como ya se dijo no tiene razón de ser dado que el principio de subsidiariedad establece que el precepto principal es el aplicable (entiéndase este en donde se establece el principio de manera expresa) que es en el caso de este código en el art. 243 inc. final del CP, sobre el precepto subsidiario (al cual remite el principio) siendo este caso el art. 216.3 del CP, pero como ya se planteó son dos figuras autónomas y los elementos configurativos de los delitos son diferentes, en la práctica no podría realizarse dado que se requeriría una conversión de la acción como requisito para proceder y al realizarse la acción de librar el cheque sin provisión de fondos existir un engaño por parte del sujeto activo, situación que no establece el tipo objetivo ni subjetivo del delito.

También es de tomar en cuenta una regla inmersa en este principio, la cual es que el precepto al que remita la subsidiariedad no debe ser más grave, esto en relación a la penalidad que tiene ambos delitos, es decir que la subsidiariedad de una norma a otra no debe elevar la penalidad de la conducta, situación que no se cumple entre estos dos delitos ya que la Estafa Agravada establece una pena que oscila entre 5 a 8 años de prisión, y es aquí donde se denota que no cumple con este requisito del principio.

Hay que tomar en cuenta que dicha subsidiariedad solo será aplicable cuando resulte inaplicable la ley principal y analizando la tipicidad de la conducta resultare un afectación más intensa del bien jurídico interfiriendo a la que abarca un afectación de menor intensidad, siendo que en el caso de los delitos

en estudio como ya se explico tiene diferente bien jurídico no podría ser aplicable pero hay que traer a colisión que si la conducta de librar el cheque sin provisión de fondos se realiza con engaño, esto no convertiría la conducta en Estafa, porque siempre quedaría desplazada frente al delito de cheque sin provisión de fondos.

Asimismo, el solo libramiento de cheque y aun existiendo engaño, no podría ser constitutivo de Estafa Agravada, tiene que haber un perjuicio en el patrimonio de la víctima, es decir, una perdida en el patrimonio del sujeto pasivo al activo y sin este elemento objetivo del tipo, dicha aplicación no se materializaría.

### **3.3. Posible vulneración del “Non bis in Idem o Ne Bis In Idem” ante una sentencia absolutoria o sobreseimiento de los delitos**

Antes de iniciar este punto de análisis es pertinente que se dé un breve examen a la figura del principio del Ne Bis In Idem o Prohibición del doble juzgamiento, esto con el fin de tener una mejor base a la hora de realizar el análisis de lo que respecta al trabajo que se ha realizado.

Para iniciar con el examen de dicho principio es necesario definir que es o que se entiende por ne bis in ídem o non bis in ídem.

Por lo tanto, “El conjunto de garantías básicas que rodean a la persona a lo largo del proceso penal, se completa con el llamado ne bis in idem, según el cual el Estado no puede someter a un proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva”<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Alberto Martin Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires: 1999), 167.

Por lo cual se puede decir que el principio de non bis in ídem, desde su concepto elemental, significa que nadie puede ser juzgado ni castigado dos veces por el mismo hecho. Se trata de una regla general del Derecho conforme a la cual *“los poderes públicos no pueden castigar más de una vez las infracciones en las que se aprecie identidad de sujeto, por un mismo hecho e infracciones que protejan un mismo bien jurídico”*<sup>48</sup>

En definitiva, lo que se persigue con la garantía analizada, es evitar un doble proceso y una doble sanción que resulta desproporcionada a un mismo sujeto por un mismo hecho y mismo fundamento. Lo cual se conoce como la triple identidad.

Con respecto a las tres identidades que deben presentarse necesariamente para que el principio pueda aplicarse, es necesario hacer una breve mención de las mismas.

**Identidad de Sujeto:** Cuando se hace referencia al elemento de identidad de sujeto, se expresa la imposibilidad de que recaigan dos o más sanciones sobre el mismo sujeto en quien ya ha recaído una sanción anterior por un mismo hecho y fundamento. Asimismo, tomando en cuenta el contenido procesal del principio, tampoco es posible que se sigan dos o más procesos -en consecuencia, dos persecuciones- paralelos por un mismo hecho y fundamento.

**Identidad de Hecho:** Asimismo, los hechos por los cuales se pretende volver a perseguir o sancionar al sujeto deben ser los mismos por los que se le

---

<sup>48</sup> Paula Ramírez Barbosa, “Los Fundamentos del Principio del Non Bis in Idem en el Derecho Español y Colombiano” *Revista Dos Mil Tres Mil. Vol. N° 10. Ed., Colombia, (2006): 54.*

sancionó en la ocasión anterior o por los que se le está persiguiendo o procesando en ese momento.

Identidad de Fundamento: La identidad de fundamento constituye el elemento principal de este principio, hace referencia principalmente al bien jurídico o al interés que busca proteger la norma. En ese sentido, se sabe que, en principio, toda norma tiene como finalidad salvaguardar determinado bien jurídico, debido a ello, el Estado solo tiene una oportunidad de perseguir o sancionar la vulneración del mismo. Ello, en razón de que existen hechos que, a su realización, consiguen lesionar más de un bien jurídico; los cuales pueden ser tutelados por más de una norma. Así, lo que pretende es que, si un mismo hecho se persigue o sanciona más de una vez, puede hacerse en ocasión a la protección de diferentes bienes o intereses jurídicos; nunca por el mismo objeto de protección.

Ahora bien, los requisitos que según la jurisprudencia salvadoreña se deben de tener en cuenta para que se configure dicho principio.

“es importante hacer énfasis que para encontrarse frente a un supuesto de doble juzgamiento es preciso reunir ciertos requisitos: a) que se trate del mismo sujeto activo; b) que sea la misma víctima; c) que se procese por el mismo delito; d) que se trate de un proceso válido; y e) que haya recaído resolución de carácter definitivo.

El principio de prohibición de doble juzgamiento goza de reconocimiento en el sistema jurídico salvadoreño a partir del artículo 11 de la Constitución, el cual prescribe que “ninguna persona puede ser (...) enjuiciada dos veces por la misma causa”; asimismo, en la legislación procesal penal se retoma esa garantía en el artículo 7 al disponer que “Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho...”.

Adicionalmente, se encuentra contenido en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señalan la imposibilidad de ser juzgado por los mismos hechos sobre los que exista ya sentencia firme.

Así, el enjuiciamiento al que alude la Constitución –para los efectos de la pretensión en análisis- se refiere a la persecución penal por sí, de manera que lo esencial es la existencia de un acto de autoridad mediante el cual se señale a la persona como autora o partícipe en una infracción penal y que tienda a someterla a un proceso. De tal forma, puede sostenerse que la finalidad de la categoría constitucional en mención es resguardar a las personas de las restricciones que provoca un nuevo proceso penal, cuando otro sobre el mismo objeto está en trámite o bien haya sido agotado. Para que opere la prohibición de doble juzgamiento, es necesario definir si, a partir de los actos de autoridad realizados en cada caso concreto, puede concluirse que se ha dado la tramitación de un proceso cuyo objeto ha sido dirimido en otro proceso ya concluido, o bien, la sustanciación simultánea de procesos con objeto idéntico.

Por consiguiente, si un proceso ha concluido por una resolución que no decide sobre el fondo, señalando causas que imposibiliten proseguirlo, cuando hayan desaparecido tales obstáculos procesales, es posible iniciar un segundo proceso, sin que con ello se contravenga el principio de prohibición de doble juzgamiento, pues el proceso original, por razones jurídicas previamente calificadas, perdería su validez, de manera que, ajustándose a las reglas establecidas por ley, podría incoarse otro proceso”<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Sala de lo Constitucional, *Habeas Corpus*, Referencia: 120-2008 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

Una vez analizado en que consiste y los elementos que configuran el principio del Ne Bis In Ídem se pasara a realizar el análisis correspondiente; se parte de la idea que el Derecho Penal es la última ratio y este se rige por el principio de legalidad el cual está inmerso en todos los procesos tanto penales como civiles y mercantiles, esto en relación al doble tratamiento que tiene la figura del Cheque sin Provisión de Fondos.

Ya que en este doble tratamiento se observa que podría configurarse el principio en mención, y es al momento de iniciar las acciones donde se debe de realizar un análisis para determinar si ya existe un proceso fenecido y al iniciar uno nuevo pueda configurarse la triple identidad que menciona la doctrina. Esto en razón que se entiende que el ne bis in idem se puede configurar en procesos de distinta materia, es decir, que la competencia en cuanto a materia si da cabida a que exista un doble juzgamiento como es el caso en estudio.

A raíz de la idea anterior es necesario analizar cómo se podría configurar la triple identidad o los elementos que menciona la jurisprudencia nacional en el caso del delito de Cheque Sin Provisión de fondos regulado en el art. 243 CP y el Cheque Sin Provisión de Fondos disponibles regulado en el art. 795 CC.

Por otra parte, con el primero de los elementos según la doctrina se debe de hablar de la identidad en el sujeto:

En cuanto a este punto como ya se mencionó con anterioridad, este radica en que hay igualdad en la persona que libra el cheque sin provisión de fondos, es decir que independientemente de la vía que se inicia ya sea civil o penal, la persona que realizo la acción será la misma sobre la que recaiga el cumplimiento de la obligación civil o de la responsabilidad penal que lleva aparejada la responsabilidad civil. Es así que se ve reflejado el elemento en

cuestión. Lo cual tendrá una mayor explicación una vez analizado todos los elementos configurativos.

Ahora bien, en cuanto al segundo elemento que es la identidad de hecho, aquí se observa que la doctrina es al cuadro factico de la acusación o de la demanda, es por ello que al momento de librar el cheque sin fondos, este cumplirá requisitos de forma y tiempo similares y son estos requisitos que se plasmaran en la relación circunstanciada de hechos los cuales no van a variar, a su vez va a recaer sobre el mismo medio en este caso el título valor cheque, el cual cumplirá con los requisitos que la ley establece según el art. 793 CC.

Como tercer elemento según doctrina la identidad en el fundamento esta será entendida como una igualdad en la protección del mismo bien jurídico o que el interese perseguido sea el mismo, en el caso en concreto lo que se busca es proteger la credibilidad del título valor y a su vez la protección del orden socioeconómico, entendiendo que el orden socioeconómico tiene inmerso en si varios bienes jurídicos protegidos

Es necesario analizar los elementos que según la jurisprudencia emitida por la Honorable Sala de lo Penal complementan la configuración del principio que son diferentes a los ya planteados por la doctrina que serían:

Que sea la misma víctima: por cuanto está será la persona que se le deba la cantidad estampada en el cheque librado ya sea total o parcial. Independiente bajo que modalidad haya sido librado.

Que se trate de un proceso válido: es decir que el proceso haya estado apegado a todas las garantías y principios previstos por la ley para resguardar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, en el caso en concreto el Código Procesal Civil y Mercantil regula el proceso ejecutivo para exigir el

pago, y en el proceso penal mediante el ejercicio de la acción privada la punición de la acción dolosa y la responsabilidad civil.

Que haya recaído en resolución de carácter definitivo, es decir, que tenga carácter de cosa juzgada. Por cuanto se inicia, sigue y fenece un proceso civil y mercantil para exigir el pago, se entenderá que no se puede iniciar un proceso penal en el cual se reclame responsabilidad civil, ni realizar de manera conjunta los procesos exigiendo el pago y la responsabilidad civil. No podrá promoverse simultáneamente en ambas competencias.

Es por estas razones que no se puede iniciar dos diferentes procesos aun siendo de distinta materia en el cual sea la misma persona a quien ya sea se demande o se le impute un delito.

Ahora bien, se analizara lo relativo a la posible existencia de una vulneración del Principio de Ne bis In Ídem ante una sentencia definitiva ya sea absolutoria regulada en el art. 398 del CPP o un bien un sobreseimiento definitivo regulado en el art. 350 del CPP, pues como se sabe estas dos figuras poseen o adquieren calidad de cosa juzgada una vez transcurrido el plazo para interponer el correspondiente recurso y se declare ejecutoriada la resolución.

En razón de ello y en vista que ambos delitos utilizan como un medio el titulo valor cheque para realizar la acción dolosa, se hace presente la idea que se tiene hasta el momento que es la existencia de la triple identidad que establece la doctrina para que se configure el principio del Ne Bis In Ídem.

En ese orden de ideas es de analizar cómo es que se configura la triple identidad en este caso en concreto, por un lado, se tiene el delito de Estafa Agravada mediante el uso de cheque previsto y sancionando en el art. 216 No. 3 del CP y por otro lado se tiene el delito de Cheque Sin Provisión de Fondos.

La primera de las identidades que se menciona tanto la doctrina como la jurisprudencia que es el “*eadem personae*” o igualdad de sujeto, en este caso la persona que realice la acción delictiva ya sea una Estafa Agravada mediante el uso de cheque o un delito de Cheque Sin Provisión de Fondos, si bien es cierto esto dependerá de la calificación jurídica que le dé la representación fiscal al iniciar un proceso por el delito de Estafa o la calificación que le de él acusador en un proceso iniciado como cheque sin provisión de fondos; es decir que la persona que libre o extienda el título valor de cheque, que en este caso dicho título valor es el medio para llevar a cabo la acción delictiva por parte del sujeto activo, en ambos casos será la misma persona por lo cual se tendría por establecida la primera de las identidades para configurar el principio en discusión.

No solamente es necesario la igualdad en la identidad de la persona, por lo cual también debe de existir la segunda identidad que es el “*eadem res*” o identidad de hechos, como ya se mencionó esta identidad va dirigida a la igualdad en los hechos o mejor dicho igualdad en la relación circunstanciada de hechos o fundamento fáctico de la acusación, con lo cual se quiere decir que en el caso en discusión que son los delitos mencionados anteriormente, habría una igualdad tanto en la fundamentación fáctica de la acusación fiscal como de la acusación privada realizada por el acusador, como también en este caso existiría igualdad en el medio utilizado para el cometimiento de los ilícitos penales en cuestión, dicho medio es el cheque, el cual sería el mismo en ambas circunstancias recordando que cada cheque tiene un número de serie distinto y único por lo cual es de tener gran cuidado con ese detalle pues si la serie del cheque librado no coincide en ninguno de los dos procesos no se estaría presente a una identidad de fundamento pues al ser de diferentes series obviamente significa que es diferente título valor por lo cual se estaría frente a la existencia de un nuevo delito.

Como tercera identidad se tiene el “eadem causa petendi” o identidad de fundamento o también conocida como identidad de pretensión, en esta identidad lo que se requiere es que los intereses o bienes jurídicos protegidos; si bien es cierto que los delitos estudiados poseen distinto bien jurídico y son calificados de distinta manera, por lo cual se podría decir que esta identidad no se cumple, pero es de tener en cuenta lo establecido en el art. 9 del CPP cuando la única persecución que es el mismo principio de Ne Bis In Idem, donde menciona que aunque se cambie su calificación jurídica no es procedente la doble persecución.

En ese orden de ideas, se puede expresar que, si puede existir la tercera identidad puesto que los intereses perseguidos al iniciar la acción penal en ambos delitos en la punición por parte del Estado de las conductas dolosas realizadas por los sujetos activos de los delitos, aun cuando poseen bienes jurídicos tutelados distintos.

Asimismo, se debe de tener en cuenta los elementos mencionados por la Jurisprudencia, es decir que como se ha ido desarrollando el presente trabajo debe de ser la misma víctima, en el caso en concreto la víctima será el beneficiario del título valor de cheque, recordando que este es el medio para realizar la acción delictiva, por lo cual se cumpliría este elemento dado por la jurisprudencia.

Aunado a ello la jurisprudencia dice que debe de recaer sobre una resolución de carácter firme, es aquí donde entraría lo respectivo a la existencia de una sentencia absolutoria o de un sobreseimiento Definitivo, puesto que estas resoluciones adquieren la calidad de cosa juzgada, una vez transcurrido el plazo para interponer el respectivo recurso y este no fue interpuesto se debe de declarar ejecutoriada la resolución, y es en este momento que adquiere la

calidad de resolución firme; en otras palabras al haber una sentencia absolutoria o un sobreseimiento por el delito de Cheque Sin Provisión De Fondos, no se podría iniciar y seguir un proceso por el delito de Estafa Agravada Mediante el uso del título valor de Cheque.

Acorde al último elemento que menciona la jurisprudencia en cuanto a que se debe de tratar un proceso valido, ambos procesos están regulados en el código procesal penal de cómo se iniciara, seguirá y culminara cada uno de los procesos, recordando que los delitos poseen distintos procedimientos debido al tipo de ejercicio de la acción penal, asimismo estos procesos están revestidos por garantías y principios que se encuentran regulados en el Código Procesal Penal. Por lo cual un proceso en el que no se sigan dichas garantías y principios será anulado, y dicha nulidad no puede constituir un proceso valido

Por lo cual, según el criterio en este capítulo, se puede concluir que efectivamente existen elementos objetivos y subjetivos similares en los delitos de Estafa Agravada del artículo 216 N° 3 CP, y el delito de cheque sin provisión de fondos regulado en el artículo 243 CP, pero de la misma forma existen marcadas diferencias como lo son: el bien jurídico protegido, la acción penal, el elemento subjetivo dolo, la penalidad, el perfeccionamiento o consumación del delito, y la finalidad que persiguen, tal como se ha mencionado el desarrollo en este capítulo, pudiendo así determinar con mayor claridad al momento de establecer cualquiera de los dos tipos penales.

Por otra parte, se refiere a la posible vulneración al principio de legalidad ante la subsidiariedad del delito de Cheque sin Provisión de Fondos establece en el artículo 243 CP la subsidiariedad al delito de Estafa Agravada del artículo 2016 N° 3 CP, lo que permite la posibilidad de encajar en la figura del concurso aparente de leyes, lo que podría dar la apertura a una vulneración al principio

de legalidad, y llevar a caer un error al momento de la tipificación del mismo sino se tiene en cuenta los elementos como el engaño de la Estafa y el perfeccionamiento del delito de Cheque Sin Provisión de Fondos.

Finalmente se refiere a la posible vulneración al Principio de "non bis in ídem o nebis in ídem" ante una sentencia absolutoria o un sobreseimiento definitivo por alguno de los delitos, debe tenerse en cuenta que debe aplicarse identidades y requisitos como los que la jurisprudencia desarrolla, los cuales se ha analizado en el presente capítulo, teniendo en consideración que el Derecho Penal es la última ratio, por lo que se ha establecido que el proceso civil y mercantil regula el proceso ejecutivo para exigir el pago, y en el proceso penal mediante el ejercicio de la acción privada la punición de la acción dolosa y la responsabilidad civil.

## CAPITULO IV

### ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE ENTREVISTAS

En este capítulo se plantea los resultados obtenidos de la investigación de campo realizada, mediante el instrumento de investigación denominado entrevista; las cuales serán objeto de análisis y confrontación que permitirán concluir con las ideas que se han planteado en el desarrollo de la investigación dichas conclusiones atenderán a los objetivos perseguidos con este trabajo de grado. El propósito de este capítulo es determinar a través de los resultados obtenidos si existe la vulneración al principio de legalidad por la subsidiariedad del delito de cheque sin provisión de fondos ante el delito de estafa; asimismo, se determinará si es posible que se lesione el principio del Ne Bis in Ídem ante una sentencia Absolutoria o sobreseimiento desde su experiencia de los entrevistados a partir del ejercicio de sus funciones.

#### **4. Análisis e Interpretación**

En el presente trabajo de Investigación se hizo uso de una estrategia metodológica exploratoria, descriptiva y explicativa al objeto de estudio, que por sus características y de acuerdo a los objetivos planteados, es importante el aporte de doctrinarios juristas que sirvan de eje para determinar la aplicabilidad del tema de investigación *“El Principio de Legalidad en el delito de Estafa Agravada del artículo 216 N° 3 del Código Penal .y su diferencia con del delito de Cheque Sin Provisión De Fondos”* utilizando como unidades de análisis La Constitución, Código Penal, Código Procesal Penal y Código de

Comercio; asimismo, el método de investigación utilizado en este trabajo de investigación es el Método Teórico, método de análisis y síntesis y método deductivo. Por lo cual se auxiliara de la técnica de la entrevista, por lo cual se entrevistara a 1) Agente Auxiliar del Señor Fiscal General de la Republica, de la Unidad de Delitos de Patrimonio Privado y Propiedad Intelectual, Oficina Fiscal de Santa Tecla, Lic. Ricardo Manrique Arana Lozano y 2) Juez Presidente del Tribunal Primero de Sentencia de Santa Tecla, Lic. José Alberto Franco Castillo plantea objetivos generales y específicos, a lograr al final de este, como investigadores se plantea los problemas más destacados del tema de investigación. (ver Anexo 1)

Cabe aclarar que solo se analizaran las preguntas y respuestas más relevantes con relación al tema de investigación y los tres ejes temáticos que se ha ido desarrollando a lo largo de este trabajo, que fueron realizadas a los entrevistados.

Respecto a la pregunta ¿Qué es lo que representa el Principio de Legalidad en el ámbito penal para su persona? Los entrevistados mencionaron: según el agente fiscal. *“Es un principio que rige dentro del proceso penal el cual establece que las cosa deben hacerse conforme se han establecido en la ley,(...) es decir los pasos que debe seguir la persona que ejerce el poder soberano de acción penal, y de ese ámbito no puede salirse, todo debe de ir bajo este principio, este principio a su punto de vista está por encima de cualquier otro principio, pues es de este que depende todo, pues si este principio se vulnera, el proceso se vuelve nulo.”*; por otra parte el Señor Juez manifestó: *“Es una garantía penal mínima como lo establece el código penal, en la dogmática penal es uno de los elementos que establecen dentro de la legalidad del derecho penal porque tiene que ser una ley previa, escrita y estricta, (...) de ahí que el aplicador no puede hacer analogía o hacer algún*

*tipo de interpretación sobre la norma aplicable al caso sino que debe ser una norma específica y concreta.”*

Según el análisis el principio de Legalidad rige todo el ordenamiento jurídico y que este representa una garantía mínima con la que se protege la seguridad jurídica; es decir, que en un proceso que no se rija por este principio será nulo; a su vez la ley tiene que poseer las características que esta sea previa, estricta y escrita.

Respecto a la pregunta ¿Qué elementos según su criterio son indispensables para que se configure la Estafa Agravada regulada en el art. 216 No. 3? Para el agente fiscal *“existen cinco elementos fundamentales que debe contener el delito de estafa, los cuales son: ardid, engaño, error, disposición patrimonial y el perjuicio, si uno de ellos falta no se configura dentro de una estafa.”* Y según el Señor Juez: *“(…) el provecho injusto que se puede considerar también como ánimo del delito, (...) Mediante un ardid engaño es el elemento subjetivo del tipo, es el ánimo de lucro, (...), el engaño es una conducta del estafador o la labia que tiene para realizarlo, (...).”*

Según el análisis de la pregunta anterior para que se configure el delito de estafa se requiere de ciertos elementos tanto objetivos como subjetivos, debe de existir un desplazamiento patrimonial del sujeto pasivo al sujeto activo, es por ello que al faltar uno de ellos no se podría tipificar como Estafa.

En cuanto a la pregunta ¿qué elementos según su criterio son indispensables para configurar el delito de cheque sin provisión de fondos?, el agente fiscal manifestó: *“(…) los elementos serían el libramiento sin conocimiento, (...).”* Para el señor juez: “Entregarle una cantidad de dinero a otra persona mediante un título valor que sería el cheque y que reunir todas las características. El elemento subjetivo es el dolo que él tiene de que el cheque no tiene fondos.

Se podría decir que también hay un engaño como elemento subjetivo porque el sujeto activo sabe que la cuenta bancaria o tiene fondos y siempre libra el cheque. (...).”

Según el análisis para que se configure el delito de Cheque Sin Provisión de fondos al ser un delito de mera actividad, el simple libramiento del cheque con el conocimiento que la cuenta correntista no tiene fondos se tiene por consumado el delito después de tres días de protestado el cheque se puede ejercer la acción penal siendo este un requisito de procesabilidad.

En cuanto a la pregunta ¿A su criterio existe alguna diferencia entre el delito de Estafa Agravada con relación al delito de Cheque sin Provisión de Fondos? Para el agente fiscal *“(...) en el delito de cheque sin provisión de fondos se pena la acción de que se realice un desembolso que nunca llega.*

*Pasaría a estafa en el momento en que se consulta a la institución financiera a través de un estado financiero y se verifica que se giró un cheque por una cantidad que nunca existió en esa cuenta bancaria en un tiempo prudencial a la fecha del libramiento del cheque, es decir que existe un engaño y la persona que recibe caen en el error(...).”* Y según el Señor Juez: *“en el delito de estafa su bien jurídico protegido es el patrimonio directamente del sujeto pasivo en cambio en el delito de cheque sinprovisión de fondos el bien jurídico es el orden socio económico(...), hay una distinción bien marcada entre lo que es un delito de estafa con un cheque sin provisión de fondos. El delito de cheque es un delito de mera actividad porque basta con librar el cheque, la persona dolosamente con el conocimiento y la voluntad de que sabe de qué la cuenta corriente no tiene fondos y no obstante libra el cheque y se lo extiende al librado, cuando este lo recibe este de buena fe cree que la cuenta tiene los fondos, en este momento se consuma porque ya entra la operación frente a*

*una tercera persona que le está creando una afectación, pero a diferencia del delito de cheque en este no hay un desplazamiento del patrimonio al sujeto activo, (...) en el caso del delito de estafa es un delito de resultado tiene que haber un perjuicio económico en contra de la víctima, cuando se consuma el perjuicio y hay un desplazamiento del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo en ese momento se perfecciona y se consuma. Uno es acción pública y otro es acción privada, (...)*”.

Según el análisis en la anterior pregunta es menester mencionar que no solo existen las diferencias mencionadas por los entrevistados como se ha visto en el desarrollo del trabajo de grado, con lo que se concuerda con los entrevistados es que las diferencias entre estos dos delitos son muy notorias, y que se debe de realizar un análisis detenido a la relación circunstanciada de los hechos como también de los elementos periféricos del hecho delictuoso para determinar en cual tipo penal se enmarca de manera idónea.

En cuanto a la pregunta Teniendo en cuenta que son delitos con diferente tipo de ejercicio de acción penal ¿el cambio de calificación jurídica en vista pública generaría una vulneración al principio de legalidad por no seguirse el debido proceso? Para el agente fiscal *“Si, pues se generaría claramente una vulneración al principio (...) cuando el fiscal le da trámite es porque desde los elementos de apertura hasta los elementos de cierre, le han permitido verificar el tipo penal, por lo que sería bien difícil el cambio de calificación jurídica”*. Y según el Señor Juez: *“En la aplicación de la ley, es bien difícil que uno pueda hacer una conversión de una acción privada a una acción pública y viceversa, porque por lo general en la acción publica el proceso ya viene desde el juzgado de paz ya ha pasado varios filtros y llegar a audiencia de sentencia (...) De acción privada a acción pública es posible pero depende del caso, dependerá de la naturaleza del hecho porque en gran medida de las situación ya que el*

*estafador en muy pocas ocasiones lo haría en su misma chequera, para solventar una situación delincuencia y además de que haya un desplazamiento del sujeto pasivo al activo (...).”*

En cuanto a el análisis de la pregunta anterior se puede decir que no podría darse un cambio de calificación jurídica de una acción pública a una acción privada en audiencia de vista pública, debido a como lo mencionaron los entrevistados dicha calificación jurídica pasa por distintas fases del procesos o filtros como menciona el señor juez para poder determinar si la acción que se ejerce es la correspondiente, pero esta la salvedad que se puede hacer el cambio de calificación jurídica de una acción penal privada una acción penal publica en razón de que del análisis de admisibilidad realizado a la acusación por parte del juez sentenciador, este puede denotar que la conducta realizada por el sujeto activo no se puede encuadrar en la norma penal por la cual se está promoviendo la acción.

En cuanto a la pregunta ¿podría este principio de subsidiariedad vulnerar el principio de legalidad? Para el agente fiscal *“Considera que no porque es un prerrequisito que la ley establece expresamente, porque lo que se hace es una acción meramente de calificar un delito con una pena y el otro con otro tipo de pena”*. Según el señor juez: *“Como dice la ley dicha subsidiaridad debe estar expresamente en la ley, si cumple con el principio de legalidad, lo que considero es que el legislador se disparó en cuando a que no siempre se utilizara el cheque en una estafa, va a depender del caso, en todo caso el uso de cheque ya está incorporado dentro de las agravantes, era innecesario agregar eso al tipo penal porque ya estaba el tipo autónomo el uso de cheque como agravante”*

Según el análisis, si bien es cierto que está establecido por la ley y así se cumple con el principio de legalidad cumpliendo con las características que posee, pero como ya se explicó dicha subsidiariedad y como dice el señor juez no tiene razón de ser, por tratarse de un tipo penal de acción privada no puede remitir a un tipo penal de acción pública, aunado a ello se observó en el desarrollo del trabajo que la norma subsidiaria no puede remitir a una norma con distinto bien jurídico como es el caso de los delitos en estudio, por lo cual la vulneración al principio de legalidad iría encaminada en cuanto a la aplicación de la ley.

En cuanto a la pregunta ¿Qué es el principio del ne bis in ídem?, Para el agente fiscal: *“El ne bis in ídem es un doble juzgamiento por la misma causa, se da cuando hay una condena por cheque sin provisión de fondos, pero sigue aparejadamente un proceso ejecutivo en materia civil y mercantil, es en este caso si opera el doble juzgamiento, es en ese caso que se da una doble persecución, la que inclusive en la Constitución de la República se encuentra protegido”* en cuanto al señor Juez: *“Significa que no se puede juzgar un hecho dos veces, por principio de legalidad y de seguridad jurídica.”* De lo anterior según el análisis el ne bis in ídem es una garantía que está regulada en la constitución, que establece que una persona no puede ser juzgada por un mismo hecho dos veces, esta garantía debe de cumplir con ciertos elementos para poder configurarse como se observó en el capítulo III de este trabajo. En cuanto a la pregunta ¿Cuál considera que es la razón por la cual el cheque sin provisión de fondos tiene una penalidad tan leve? Por parte del agente fiscal se tiene: *“Podría ser por el tipo de dolo que se da, es decir la voluntad de la persona al momento de realizar la acción, pues él considera que es un tipo penal que se puede considerar como doloso, y es por ello que el juzgado lo estableció con una pena leve”*. Por otro lado, el Señor Juez mencionó: *“Es así porque se tiene en consideración la lesividad al bien jurídico y principalmente*

*porque el de este es el orden socioeconómico y no es propiamente la víctima la que sale afectada. Así mismo que al ser esta acción privada deja la libertad a la persona de seguir la acción. El legislador lo que busca es que no exista este tipo de conductas que lo que pretenden es sorprender la buena fe en el comercio y que utilicen títulos valores autorizados por el estado para ese tipo de impago.”*

Ahora bien, según el análisis de esta pregunta los mencionados por los entrevistados podría ser el verdadero motivo por el cual dicho delito tiene una penalidad tan leve, además de que tiene tratamiento especial en el código de comercio. Es de tener en cuenta que al fin y al cabo dicho ilícito se vuelve una deuda y es de recordar que existe la prohibición de prisión por deudas y al tener dicha penalidad se le podría dar el reemplazo de la pena o la suspensión condicional de la pena, aun cuando dicho reemplazo quede al arbitrio del juez, podría aplicarse una excusa absolutoria.

En cuanto a la pregunta ¿Por qué cree que el delito de cheque sin provisión de fondos tiene un tratamiento especial en el código penal?, el agente fiscal menciona: *“Lo que se busca es una salida alterna, porque al momento de verificar el régimen por el que se rige una acción penal es como punto de partida la conciliación, sino se concilia se pasa a la parte de aportación de prueba, y luego a la vista pública, ello en virtud de que se busca agilizar el proceso y que se pueda recuperar el monto de dinero afectado”. El señor juez menciona: “Lo han dejado como acción privada para que sea la propia víctima quien tenga que contratar a su propio abogado y reunir los requisitos de la querrela para presentar una acusación particular contra el sujeto activo, hasta en eso el legislador trato de establecer que estos problemas por lo general se dan entre personas que tiene operaciones comercio”*

Según el análisis, lo mencionado por los entrevistados tiene relación con el tratamiento especial que tiene el delito en el código penal, es necesario hacer alusión a lo tratado en el capítulo I en cuanto al antecedente histórico en la legislación salvadoreña, ya que, dicho delito surge debido a que no se podía enmarcar en el delito de Estafa por lo cual se generaba impunidad ante tal conducta delictiva.

A manera de conclusión, partiendo de las entrevistas realizadas en lo relativo a las diferencias entre los delitos de Estafa Agravada previsto y sancionada en el art. 216 No.3 y Cheque Sin Provisión de Fondo previsto y sancionado en el art. 243 ambos del CP; los entrevistados fueron concluyentes que existen diferencias muy marcadas entre los delitos ya mencionados y en ellas se destacaron que ambos delitos poseen distinto bien jurídico y el ejercicio de la acción penal; dichas diferencias que como grupo se comparte con los entrevistados pero aclarando que no son las únicas diferencias que existen y que ya se había previamente establecido.

Por otra parte, en cuanto a la posible vulneración del principio de legalidad ante la subsidiariedad del delito de Cheque Sin Provisión de Fondos ante la Estafa, según los resultados obtenidos se concluyó, que no se vulnera el principio de legalidad debido a que se establece expresamente el principio de subsidiariedad, pero se concuerda con uno de los entrevistados, que si bien es cierto que no se vulnera el principio de legalidad el problema se observa a la hora de aplicar el criterio de subsidiariedad, porque tendría que existir un engaño en la acción de librar un cheque y no solamente que el título valor este perfeccionado, sino que utilizar como un medio para incrementar el engaño.

Finalizando con el análisis de los resultados de las entrevistas en relación a la posible vulneración al principio de Ne Bis In Ídem, se pudo concluir que es

posible la vulneración a este principio, pero es de resaltar que dicha vulneración se puede dar circunstancias distintas; por un lado se podría vulnerar el principio en discusión cuando existan dos procesos que cumplan con los requisitos para que se configure el principio aun y cuando sean de distinta materia, es decir, se vulnera el principio de no doble juzgamiento al iniciar, seguir y fenecer un proceso mercantil por cheque sin fondos y después iniciar un proceso penal por Cheque sin Provisión de Fondos o viceversa, o si se inician conjuntamente; asimismo se pueden realizar los dos procesos conjuntamente o por separado pero siempre y cuando no se ejerza la acción civil en el proceso penal, es decir que se puede iniciar un proceso penal por el delito del art. 243 CP renunciando a la acción civil y esta persona puede iniciar al mismo tiempo el proceso ejecutivo mercantil para exigir el pago de lo adeudado en el titulo valor.

## CONCLUSIONES

Existen diferencias muy marcadas entre los delitos investigados, principalmente en los dos ámbitos, el bien jurídico que tutelan y en el ejercicio de la acción penal que tiene cada delito.

Existe una vulneración al principio de legalidad ya que como se explicó, el inc. final del art. 243 establece una subsidiariedad de dicho delito al delito de estafa, situación que en la práctica no tiene razón de ser y mucho menos en su aplicación.

Existe una vulneración al principio del Ne Bis In Ídem dado el doble tratamiento que tiene el Cheque Sin Provisión De Fondos en el ámbito mercantil y en el ámbito penal, pero siempre y cuando se haya exigido el pago en el proceso ejecutivo mercantil y se esté exigiendo responsabilidad civil en el proceso penal esto con relación a lo establecido en el art. 44 CPP.

Existe una vulneración del principio del Ne bis In Ídem al encontrarse ante una sentencia absolutoria o un sobreseimiento en el caso de los delitos investigados. Por lo tanto, no podría ejercer acción penal ya sea por Estafa Agravada mediante cheque o Cheque Sin Provisión de Fondos ya que el título valor utilizado estaría vinculado en los cuadros facticos de los delitos.

El delito de cheque sin provisión de fondos protege una conducta meramente mercantil que inclusive tiene protección en el código de comercio, y el libramiento de este cheque sin fondos puede ser exigido en un proceso ejecutivo para el pago del mismo.

El delito de Cheque Sin Provisión de Fondos debería excluirse de la esfera penal, ya que al ser esta conducta meramente comercial y entre particulares al incluirla en el ordenamiento penal, solamente provoca un aumento en la carga laboral.

Reformar el art. 243 del CP agregando más requisitos de procesabilidad al delito de Cheque Sin Provisión de Fondos primordialmente en lo relativo a la cuantía mínima, al momento de ejercer acción penal y no dejar a discreción de la persona cual tipo de acción ejercer, tomando en cuenta el principio de insignificancia y así evitar el desgaste procesal que sufre el órgano jurisdiccional. La determinación de dicha cuantía no es en virtud de dejar en indefensión a la víctima sino a efecto de materializar la mínima intervención del Estado y que no se promueva la acción penal por cantidades ínfimas.

El Cheque Sin Provisión de Fondos existe en el código penal debido a que en un inicio se trató de enmarcar dicha conducta del delito de Estafa ya que previamente dicho delito no se regulaba de manera autónoma, sino que al ser códigos casuísticos, siendo esta conducta muy diferente los jueces se encontraba en el problema de aplicar la ley y en la mayoría de los casos tenían que dictar sentencias absolutorias dejando a las víctimas desprotegidas, situación que obligo al legislador a hacer una separación y regular de manera autónoma en el año de 1974 dicho delito. Aunado a ello es de tomar en especial consideración que lo que el legislador pretendió proteger con este delito es la credibilidad en el sistema financiero y del título valor, más no propiamente a la persona afectada.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

**Arrieta Gallegos, Manuel** *El nuevo Código Penal Salvadoreño*, Editorial Taurus, El Salvador, 1988.

**Bustos Ramírez, Juan** *Manual De Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Ariel, Barcelona: 1991.

**Cervantes Ahumada, Raúl** *Títulos y operaciones de crédito*, Editorial Herrero S. A, México, 1972.

**Couture, Eduardo** *Fundamentos del derecho procesal civil*. edit BDF, Uruguay: 2010. **Creus, Carlos** *Derecho Penal Parte Especial*, (Astrea, Argentina: 1997.

**Cury, Enrique** *La Ley Penal en Blanco*, Editorial Salamanca, Colombia: 1998.

**Diez Ripollés, José Luis y Esther Giménez Salinas i Colomer**, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*, Artemis Edinter, Guatemala: 2001.

**Fontan Balestra, Carlos** *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

**García de Enterrería, Eduardo** *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Edit. Taurus, Madrid, 1984.

**Huguet, Pedro y Campaña,** *La letra de cambio, cheque, pagarés, talones*, Ediciones Giner, España 1969.

**León Velasco, Héctor Aníbal de y José Francisco de Mata Vela,** *Derecho penal guatemalteco: parte General y especial*, Universidad de Guatemala, Guatemala, 2016.

**Martin Binder, Alberto** *Introducción al Derecho Procesal Penal* Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires: 1999.

**Moreno Carrasco, Francisco Luis Rueda García, Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Sergio Luis Rivera Márquez, Delmer Edmundo Rodríguez y Marco Tulio Díaz Castillo** .*Código Penal de El Salvador comentado*, Editorial Justicia de Paz, (CSJ-AECI), El Salvador, 1999.

**Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes,***Derecho Penal Parte General*, Tiran Lo Blanch, España: 1989.

**Nuñez Rivero, Cayetano** *El Estado y la Constitución Salvadoreña: proyecto para el fortalecimiento de la justicia y de la constitución en la república de El salvador*. Editorial Jurídica, El Salvador. 2000.

**Pacheco Gómez, Máximo** *Los Derechos Humanos*. Edit. Jurídica, Chile, 1987.

**Planiol, Marcel y George Ripert.** *Derecho Mercantil*, edit. Pedagógica, México: -1997.

**Silva Silva, Hernán** *El Delito de Giro Doloso de Cheques*, Editorial Metropolitana. España, 2014.

**Soler, Sebastián** *Derecho Procesal Argentino*, Tipografía Editorial, Buenos Aires: Argentina, 1973.

**Teran Lomas, Roberto** *El cheque ante el derecho penal*, Editorial Rubinzal y Calzoni, Buenos Aires, 1986.

**Trejo, Miguel Alberto, et. al.** *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ministerio de Justicia, Centro de Información Jurídica, El Salvador, 1996.

**Vásquez Méndez, Luis Guillermo.** *El Cheque*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1958.

## TESIS

**Arias Vanegas, Claudia Rubenia, Elsy Patricia Moreno Portillo, y Lidia Johanna Ortiz Segovia,** “*El Delito De Estafa En La Legislación Penal Salvadoreña.*” Tesis de graduación, para obtener el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2005.

**Linares, Miguel Alfonso** “*El Cheque sin Provisión de Fondos*”. Tesis de graduación, para obtener el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 1979.

**Pérez Quintanilla, Manuel Eduardo** “*Algunas Consideraciones Sobre El Delito De Estafa*” (Tesis para obtener el grado de Licenciado de Ciencia Jurídica, Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador, 1991.

**Urrutia Escobar, José Luis** “*El cheque su función económica*”, Tesis de graduación, para obtener el título de Licenciatura en administración de empresa, Universidad de El Salvador, 1971.

## LEYES

Código Penal de El Salvador El Salvador: Asamblea Ordinaria de El Salvador, 1826.

Nuevo Código Penal de la República de El Salvador, El Salvador: Honorable Asamblea Nacional, San Salvador, 1904.

## **JURISPRUDENCIA**

Sala de lo Constitucional, *Habeas Corpus*, Referencia: 120-2008 El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.

## **REVISTAS**

**Corte Suprema de Justicia.** Revista Justicia de Paz, (El Salvador: 1999)

**Hernández Sánchez, Jeovanny Joel** "Investigación jurídica" *Revista de Derecho* Vol. 36, No. 1-(2015).

**Ramírez Barbosa, Paula** "Los Fundamentos del Principio del Non Bis in Idem en el Derecho Español y Colombiano" *Revista Dos Mil Tres Mil*. Vol. Nº 10. Ed., Colombia, (2006).

## **DICCIONARIO**

**Cabanellas de Torres, Guillermo,** *Diccionario Jurídico Elemental*, (España: Ed. Heliasta S.R.L, ed., 2006.)

## **SITIOSWEB**

Comejo, Roger, "*El Delito De Estafa - Monografias.Com*", (El Salvador, Monografias.com. 2019). <https://www.monografias.com/trabajos96/delito-estafa/delito-estafa.shtml>

ExceptioDoli. *Diccionario Social, Enciclopedia Jurídica Online*, (El Salvador, 2019), 2. <https://diccionario.leyderecho.org/exceptio-doli/>

Furtum Tabiblion.com, *significa hurto*, (El Salvador, 2019), <https://www.tabiblion.com/liber/Diccionarios/DiccionariodelLatinJuridico.pdf>

Sobrehistoria.Com *La Edad Media, Inicio, características, etapas y final del Medievo*, (El Salvador, Sobrehistoria.Com, 2019), 2 <https://sobrehistoria.com/la-edad-media/>.

## ANEXOS

### Anexo 1

#### **Cuestionario de entrevista a Agente Auxiliar del Señor Fiscal General de la Republica, de la Unidad de Delitos de Patrimonio Privado y Propiedad Intelectual, Oficina Fiscal de Santa Tecla**

1. ¿Qué es lo que representa el Principio de Legalidad en el ámbito penal para su persona?
2. ¿Qué es el delito de estafa?
3. ¿Qué es el delito de cheque sin provisión de fondos?
4. ¿qué elementos según su criterio son indispensables para configurar el delito de cheque sin provisión de fondos?
5. ¿A su criterio existe alguna diferencia entre el delito de Estafa Agravada con relación al delito de Cheque sin Provisión de Fondos?
6. ¿Según su criterio cuales son los elementos que deben considerarse al momento de realizar la calificación del tipo penal?
7. ¿podrían dichas diferencias incidir en la psiquis de los sujetos procesales a la hora de iniciar un proceso penal?
8. ¿según su criterio se podría hacer el cambio de calificación jurídica en vista pública de Estafa Agrava a un delito de cheque sin provisión de fondos o Viceversa?
9. Teniendo en cuenta que son delitos con diferente tipo de ejercicio de acción penal ¿el cambio de calificación jurídica en vista pública generaría una vulneración al principio de legalidad por no seguirse el debido proceso?
10. ¿Qué es el principio de subsidiariedad?
11. ¿podría este principio de subsidiariedad vulnerar el principio de legalidad?
12. ¿Qué es el principio del ne bis in ídem?

13. ¿Qué requisitos según su criterio configuran el principio del ne bis in ídem?
14. ¿Cuál es la diferencia que existe entre la configuración del tipo penal de cheque sin provisión de fondos que regula el código penal y la figura de cheque sin fondos que regula el código de comercio?
15. ¿Cuál considera que es la razón por la cual el cheque sin provisión de fondos tiene una penalidad tan leve?
16. ¿Por qué cree que el delito de cheque sin provisión de fondos tiene un tratamiento especial en el código penal?

**Cuestionario de entrevista a Juez Presidente del Tribunal Primero de  
Sentencia de Santa Tecla.**

1. ¿Qué es lo que representa el Principio de Legalidad en el ámbito penal para su persona?
2. ¿Qué es el delito de estafa?
3. ¿Qué es el delito de cheque sin provisión de fondos?
4. ¿Qué elementos según su criterio son indispensables para que se configure la Estafa Agravada regulada en el art. 216 no. 3?
5. ¿qué elementos según su criterio son indispensables para configurar el delito de cheque sin provisión de fondos?
6. ¿Observa alguna diferencia en los delitos de Estafa Agravada con relación al delito de Cheque sin Provisión de Fondos?
7. ¿podrían dichas diferencias incidir en la psiquis de los sujetos procesales a la hora de iniciar un proceso penal?
8. ¿según su criterio se podría hacer el cambio de calificación jurídica en vista pública de Estafa Agrava a un delito de cheque sin provisión de fondos o Viceversa? Teniendo en consideración el diferente ejercicio de la acción penal que tienen los dos delitos.
9. ¿Qué es el principio de subsidiariedad?
10. ¿Cómo se materializa el principio de subsidiariedad en el delito de cheque sin provisión de fondos?
11. ¿podría este principio de subsidiariedad vulnerar el principio de legalidad?
12. ¿se podría vulnerar el principio de legalidad al no ser específico e inequívoco en la tipificación del delito de cheque sin provisión de fondos y este de a lugar que sea subsidiario al delito de Estafa?
13. ¿Qué es el principio del ne bis in ídem?

14. ¿podría existir una vulneración al principio del ne bis in ídem ante el pronunciamiento de una sentencia definitiva o un sobreseimiento ya sea provisional o definitivo por el delito de estafa agravada del art. 216 No. 3 y se intente ejercer acción penal por el delito de cheque sin provisión de fondos o viceversa?
15. ¿Cuál considera que es la razón por la cual el cheque sin provisión de fondos tiene una penalidad tan leve?
16. ¿Por qué cree que el delito de cheque sin provisión de fondos tiene un tratamiento especial en el código penal?