



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

ESCUELA DE DERECHO

**“LA CAPTACION ILEGAL DE RECURSOS COMO TIPO
PENAL”**

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de:

**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA
REPUBLICA DEL ECUADOR**

Autor: MA. VERONICA SARANGO ERIQUE

Director: Dr. Jaime Ochoa

**Cuenca-Ecuador
2007**

INDICE DE CONTENIDOS

	Pág.
Dedicatoria	ii
Indice de contenidos	iii
Resumen	v
Abstract	vi
 Introducción	 1
 Capítulo 1: EL DERECHO PENAL	
1. Generalidades	3
2. Definición	4
3. Características	6
4. Clasificación	8
5. Fuentes del Derecho Penal	10
6. La Ley Penal	13
7. Interpretación de la Ley Penal	16
8. La Analogía	17
9. Principio Rector: <i>Nullun poena nullum crimen</i>	18
 Capítulo 2: LA TEORIA DEL DELITO	
1. Generalidades	20
2. Concepto	21
3. Elementos del Delito	23
3.1. La Tipicidad	23
3.2. Los Sujetos	24
3.3. La Conducta	26
3.4. El Objeto	27
3.5. La Antijuridicidad	28
3.6. La Imputabilidad	30
3.7. La Culpabilidad	32
3.8. La Punibilidad	37
3.9. La Pena	38
4. Las Medidas de seguridad	39
 Capítulo 3: EL SISTEMA FINANCIERO ECUATORIANO	
1. Generalidades	41
2. Entidades reguladoras	41
3. Intermediarios Financieros	44

4. Entidades de Control	46
5. Entidades de Apoyo	54

Capítulo 4: LA ESTAFA

1. Generalidades	57
2. Definición	59
3. Elementos Constitutivos	62
3.1. Animo de apropiación	63
3.2. La cosa ajena	64
3.3. El Dolo	66
3.4. El Medio fraudulento	67
3.5. La Entrega	70
3.6. Los sujetos	70

Capítulo 5: LA CAPTACION ILEGAL DE RECURSOS

1. Análisis crítico del Art. 121 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero	72
2. Análisis de los elementos de la captación ilegal de recursos y sus elementos	82
2.1. La Tipicidad	83
2.2. Los sujetos	84
2.3. La conducta	85
2.4. El Objeto	85
2.5. La Antijuridicidad	87
2.6. La Imputabilidad	87
2.7. La Culpabilidad	89
2.8. La Punibilidad	90

CONCLUSIONES	92
---------------------	----

BIBLIOGRAFIA	95
---------------------	----

RESUMEN

La captación de recursos deja de ser legal cuando se viola lo preceptuado en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, es decir, que cuando es realizada por personas naturales o jurídicas que no son aptas para realizarlo, cometen un acto ilícito, provocado por una conducta dolosa y maliciosa, ya que en derecho público lo que no se encuentra permitido se entiende prohibido, y está establecido que no se podrá realizar este tipo de operaciones. Por la conducta del agente, por el verbo rector que rige a este tipo de actividades y por los demás elementos contemplados dentro de la Teoría del Delito, es necesario encasillar a la captación ilegal de recursos como un delito propio, independiente, autónomo, distinto del delito de estafa, con el cual es confundido dentro del marco legal jurídico vigente.

ABSTRACT

The captation of resources becomes illegal when it violates the General Law of the Financial System, and its committed by a human being or institution, which are incapable of doing this, because they are committing an illegal act, influenced by guilt and bad conduct, in which according to the public law the things that are not allowed are understood that they are prohibited, and it is established that these types of acts are not permitted. Due to the persons behavior, the rules that govern these types of activities and by the rest of the elements contained in the Crime Theory; it is necessary to classify the illegal captation of resources as a felony, independent, autonomous, different from fraud with which it is normally mistaken with in our legal system.

INTRODUCCION

Los Estados tienen la obligación de velar por los derechos sociales, políticos y económicos de sus ciudadanos, y por ser el Estado un ente soberano y regulador goza de capacidad para crear normas que crea convenientes y necesarias para permitir o prohibir la realización de cierto tipo de actos. En base a esta capacidad y a su obligación de velar por los intereses de sus ciudadanos, el Estado debe hacer un análisis profundo sobre un tema de suma importancia, como es el relacionado con la Captación Ilegal de Recursos, hecho que en la actualidad se ha puesto muy de moda, y su cometimiento es cada vez mas frecuente.

Si bien es cierto, que se hace alusión a esta figura en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, su estudio dentro de este cuerpo legal es muy vago, ya que no da el énfasis necesario y se refiere a este como si se tratará de un delito de estafa, cuando en realidad la captación ilegal de recursos y la estafa son distintos en sujeto, conducta, verbo rector, y demás elementos que concurren para determinar un tipo penal.

Cuando una conducta está prohibida y sin embargo se hace caso omiso a la norma que la contiene, se esta contraviniendo al orden jurídico; y a una falta, le corresponde una sanción. El Estado debe prevenir la realización de actos que atenten contra el orden social, y para la prevención se necesita de una norma establecida con anterioridad, porque quien realice un acto que no se encuentre calificado de tal o cual manera en ese preciso momento, no puede ser juzgado. En derecho público y dentro del derecho penal, es necesario establecer bajo una norma que ciertos actos de acción o de omisión no se pueden realizar, ya que lo que no se está permitido se encuentra prohibido.

Los tipos penales contenidos en el Código Penal reúnen los requisitos establecidos por la doctrina para ser considerados como tales, y ésta tipificación surge de un análisis de cada uno de éstos elementos, los mismos que los diferencian a los unos de los otros. Es por este motivo que si un acto reúne los requisitos que contiene la Teoría del Delito, éste debe ser considerado como delito independiente y autónomo.

La captación de recursos se entiende legal, cuando se realiza bajo las condiciones establecidas en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. La ilicitud, surge en el momento mismo de transgredir a este cuerpo legal; y es la actitud del agente la que marca el sendero para hacer un análisis de aquellos elementos que concurren a la tipificación de un acto como delito. La captación como un acto lícito se encuentra perfectamente regulada, sin embargo, sucede lo contrario con su ilicitud, ya que el único referente que existe frente a él no es claro ni específico.

Si bien es cierto la LGISF aborda la prohibición que existe sobre la captación de recursos, no lo hace con el énfasis necesario, remitiéndose al artículo 563 del Código Penal para su definición y sanción, considerando a esta figura como un delito de estafa, pero si hacemos un análisis profundo de las circunstancias, conducta, intención y otros elementos, nos daremos cuenta que es importante tener un tipo penal propio para la regulación de este acto ilícito.

CAPITULO I

EL DERECHO PENAL

1. Generalidades

La aparición de los castigos, las penas, o las sanciones para las personas se origina desde el momento mismo en que el hombre decide agruparse y vivir en sociedad, y surgen como una forma de protección general o colectiva, ya que si una persona dañaba a otra se le tenía que castigar de alguna manera para que el resto de la comunidad no cometa los mismos actos y ponga en peligro la armonía de la colectividad.

La prueba mas contundente de la existencia de sanciones es el Código de Hammurabí, que fue el eje fundamental para la convivencia en Babilonia, 2.250 A.C. Era un código conformado por 282 leyes y decretos, que reunía todas las leyes existentes, sin distinguir si eran de derecho civil o de derecho penal, lo que se pretendía con ésta recopilación era impedir que las personas "tomaran la justicia por su mano", pues sin ley escrita era fácil que cada quien actuase o juzgase como mas conviniera. El objetivo del código era “Para humillar a los malos e injustos e impedir que el poderoso perjudique al débil; para que toda persona perjudicada pueda leer las leyes y encontrar justicia”.¹

En éste código, se encontraban normas que regulaban relaciones comerciales, patrimoniales, etc., así como también leyes que determinaban lo que se debía entender por delito, y establecía la pena que debía recibir quien delinquía, con esto se pretendía demostrar las consecuencias de los actos, una relación causa-efecto; “si ha pasado esto, se hará esto otro”.

¹ <http://www.icarito.cl/icarito/2001/822/pag4.htm>

Esta compilación de leyes nos permite conocer cuales eran los delitos más usuales en la época. En las penas aplicables a cada delito se distinguía si existía intención o no, y también consideraba la "categoría de la víctima y la del agresor". De tal manera que la pena era relativa, así, si el hecho se ha dado con intención la pena será mayor, mientras que si ha sido un accidente la sanción será menor; de igual manera, mayor la pena, si la víctima es un hombre libre menor si es un esclavo.

La mayoría de las penas establecidas en el código de Hammurabi eran de carácter pecuniario, es decir consistían en multas, aunque también existían penas de mutilación, llegando incluso a la pena de muerte. En algunos casos se procedía a aplicar la Ley del Tali3n, la misma que consistía en la célebre sentencia "ojo por ojo, diente por diente" y que consistía en hacer al agresor lo mismo que 3l hizo a su víctima, esto siempre y cuando los involucrados sean de la misma "categoría".

No se sabe a ciencia cierta cuando se originó el Derecho Penal como tal, pero si se tiene conocimiento de que el primer tratado de Derecho Penal, ya como ciencia autónoma, fue publicado por el profesor de Science Camerali, en junio de 1764, el Marqués de Beccaría, César Bonesana, con el nombre *Dei delitto e de della pena*.

2. Definición

El Derecho Penal ha tenido a lo largo de los años varias definiciones, unos lo llamaron Derecho de Castigar, para otros era el Derecho Criminal, con el paso del tiempo toma el nombre actual Derecho Penal, sin embargo, algunos penalistas clásicos como Carrara, Grispini, le dieron el nombre de Derecho Criminal, el cual ha sido utilizado por muchos, ya que abarca a los no imputables y las medidas de seguridad.

Con la presencia de los positivistas, se le dio otras denominaciones, así por ejemplo: Puglia, se refiere a éste como Derecho de reprimir o represivo; para Thomsen era el Derecho de los medios de lucha contra el delito, y así, algunos sociólogos le han dado el nombre de Derecho Social.

Autores de trascendental importancia del Derecho Penal, le han dado distintas concepciones así mientras para algunos autores como Von Liszt y Holtzendorf es un **Conjunto de Reglas** establecidas por el Estado para castigar los delitos, para Garud y Prins es el **Conjunto de Leyes** que regulan el derecho de castigar de los Estados, para Canónico y Watcher, es el **Conjunto de Normas** que regulan el derecho punitivo de los Estados, para otros como Brusa, Alimena, Puglia y Paymundo del Río, es una **Ciencia** que estudia el delito, el delincuente y las medidas aplicables para la defensa social, para Cuello Calón, es una **Norma** que determina los delitos y las penas que el Estado impone a los delincuentes, y es una **Ciencia**, porque es un conjunto de principios relativos al delito, la pena y las medidas de seguridad, Jiménez de Asúa define al Derecho Penal como el “Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan en ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”².

El Derecho Penal puede ser contemplado desde dos puntos de vista: objetivo y subjetivo.

- **Objetivo, *ius poenale***, que comprende todas las normas plasmadas en el texto de la Ley que regulan el poder punitivo que posee el Estado, que definido por Cuello Calón, es “El conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente”, o que como lo considera Liszt es “El conjunto de leyes establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho y a la pena como su legítima consecuencia”, o como lo explicaría Carrancá y Trujillo “El Derecho Penal objetivamente considerado es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”³. En conclusión el derecho Penal Objetivo, o positivo, es el conjunto de normas jurídicas plasmadas en la Ley (positivizadas), que determinan las infracciones penales así como también las sanciones.

² JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, Pág.18 Edit.

³ www.introduccion.derecho.penal.htm

- **Subjetivo, *ius puniendi***, que es la facultad que tiene el Estado de establecer los tipos, formular las sanciones, prever las circunstancias y los delitos; para Binding el derecho penal subjetivo del Estado es la facultad o derecho de castigar; contrariamente Manzini, niega la existencia del derecho penal en sentido subjetivo, argumentando que éste no es más que un atributo de la soberanía de los Estados. Definitivamente el derecho Penal Subjetivo hace referencia a la facultad que posee el Estado para castigar los hechos delictivos. “Según el momento en que se desenvuelva el *ius puniendi* puede revestir la forma de una potestad represiva (momento legislativo), de una pretensión punitiva (momento judicial) o de una facultad ejecutiva (momento ejecutivo o penitenciario).”⁴

3. Características del Derecho Penal

El Derecho Penal al igual que otras ciencias tiene características propias que lo diferencian de las demás ramas del Derecho, características que pueden resumirse en las siguientes, por considerarlas de mayor importancia:

- **Derecho Público.-** El Derecho Penal es derecho público por excelencia, así lo expone Fernández Carrasquilla. Es una materia que compete al Estado, ya que sólo éste como manifestación de su soberanía, está en capacidad de crear normas para considerar que cierto tipo de actos sean delitos y para que se sancionen de acuerdo a lo que se establezca. El Derecho Penal posee éste carácter de público debido a que los bienes jurídicos como la vida, la propiedad, el honor, que son los bienes que protege ésta rama del Derecho y para los cuales fue creado el Derecho Penal, son protegidos en pro de un interés público.
- **Derecho normativo, valorativo y finalista.-** Normativo, ya que al ser un derecho positivo, tiene como objeto central de estudio a las normas. Valorativo porque es una rama del Derecho que emite juicios de valor de las conductas legales, las cuales cambian con el tiempo y con el espacio y,

⁴ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental, Pág. 12, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1982.

finalista, porque tiene una finalidad, que es defender los bienes jurídicos, así como los derechos de las personas, por medio de la imposición de una sanción para quienes hayan violado éste derecho.

- **Principio de Justicia.-** El principio eje del derecho Penal se encuentra plasmado en la máxima *Nulla poena nullum crimen sine lege*, principio que regula que las sanciones criminales se apliquen a la comisión de un hecho típico, imputable y antijurídico, es decir, a un hecho delictivo. El cometimiento de éste hecho debe ser real, no puede aplicarse una sanción al pensamiento.
- **El bien jurídico.-** El bien jurídico, que no solo comprende los bienes propiamente dichos, sino todo el conjunto de bienes e intereses que se encuentran protegidos por el derecho.
- **Derecho constitutivo o sancionador.-** Hay quienes como los seguidores de Hegel, que sostienen que el Derecho Penal es constitutivo debido a que en él se hallan las normas, pero otros autores como Jiménez de Asúa, que sostienen que es un Derecho Sancionador, debido a que consideran que la norma surge de la Ley y no del Derecho Penal, ya que éste no crea las normas, sino que solo garantiza el cumplimiento de éstas.

Entonces frente a todo lo expuesto podemos formular un concepto de Derecho Penal que conciba a éste como una ciencia autónoma conformada por el *ius poenale* y el *ius puniendi*, que tiene un principio de justicia como eje fundamental y que estudia todo lo relativo al delito y a la pena, de carácter público, valorativo, constitutivo y sancionador, que tiene como fin la protección los intereses que han sido elevados a bienes jurídicos.

El Derecho Penal, según Jerónimo Montes, tiene como misión “Amparar el orden jurídico, amenazado con un mal a los que tratan de perturbarle y haciendo sufrir el mal contenido en la amenaza a los transgresores”⁵, mientras que para Von Liszt

⁵ CAMACHO, C.A, Nociones de Ciencias Penales, Pág. 15, Universidad de Guayaquil.

“Todo derecho existe para el hombre; tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana. El derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses. A los intereses jurídicamente protegidos, se les llama bienes jurídicos. Y, si el derecho tiene como misión especial el amparo de la vida humana, el Derecho Penal tiene como misión particular la defensa mas enérgica de los intereses dignos y necesitados de protección, por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como un mal, contra el delincuente”⁶

Según lo expone Cuello Calón, en su obra Derecho Penal, el Estado es el titular del Derecho Penal, ya que es a ésta entidad a la que le corresponde definir los delitos, establecer las penas, así como las medidas de corrección y de seguridad, imponerlas y hacer que se ejecuten, sin dejar de lado que toda ésta facultad está subordinada a los derechos de las personas, es decir tomando en consideración a los derechos humanos. Las normas, en sentido estricto, que forman parte de un ordenamiento jurídico están orientadas a todos los individuos que se encuentran sometidos a un régimen jurídico, sean o no ciudadanos, y ésta exposición coincide con lo que establece el Código Civil Ecuatoriano, en el Art. 13, que contempla que “La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”, y de hecho así también lo determina el Código Penal, en el Art. 5 que dice “Toda infracción cometida dentro del territorio de la Republica, por ecuatorianos o extranjeros, será juzgada y reprimida conforme a las leyes ecuatorianas...”

4. Clasificación del Derecho Penal

El Derecho Penal puede también ser especializado, dependiendo de su objetivo, de ésta manera tenemos como alternativas las siguientes clases de Derecho Penal:

- **Derecho Penal Sustancial.-** Consiste en el conjunto de normas que tiene como objetivo estudiar hechos delictivos y contravenciones, así como las consecuencias penales que éstos acarrear.

⁶ CAMACHO, C.A, Nociones de Ciencias Penales, Pág. 15, Universidad de Guayaquil

- **Derecho Procesal Penal.-** Tiene como objetivo “la regulación del proceso desde su comienzo hasta su terminación”⁷
- **Derecho Penal Ejecutivo.-** Su objetivo es la regulación de un proceso de ejecución, el cumplimiento de las penas y de las medidas de seguridad, en base a una sentencia condenatoria previa.
- **Derecho Penal Administrativo.-** Este derecho tiene como esencia regular las relaciones que se dan entre la administración Pública y los administrados, en los casos en que en dichas relaciones se produzca una violación de derechos y ésta acarree como consecuencia la imposición de una pena. Este Derecho se subdivide a la vez en:
 - o **Derecho Penal Disciplinario.-** Regla las relaciones que se dan bajo dependencia y subordinación entre ciertas entidades y personas vinculadas a ellas.
 - o **Derecho Penal Financiero.-** Conformado por el conjunto de normas que permiten que el Estado considere los medios económicos adecuados para la satisfacción de necesidades.
 - o **Derecho Penal de Policía.-** Consiste en el conjunto de normas dirigidas a la prevención de amenazas que ponen en riesgo la seguridad, tranquilidad y moralidad pública. Este Derecho tiene carácter preventivo, ocasionalmente es represivo.
- **Derecho Penal Internacional.-** Comprende el conjunto de normas que establecen la competencia jurídica y legislativa de los estados en la sanción de los delitos; y los procedimientos adecuados entre un estado y otro.

5. Fuentes del Derecho Penal

⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Pág. 5, Editorial Temis, Bogotá-Colombia 1990

El derecho penal es solo una de las ramas del Derecho en general, que tiene como elementos de estudio al delincuente, visto desde el punto de vista jurídico; al delito como antecedente, y a la sanción como consecuencia; y que en principio parte de las mismas fuentes que el derecho general, esto es, Las fuentes del Derecho.

Las fuentes del Derecho, en general, son formales, reales e históricas; fuentes formales son aquellos procesos mediante los cuales se crean las normas jurídicas, implican una sucesión de momentos, de tal manera, que cada fuente formal está conformada por etapas; las fuentes reales son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas, y finalmente, entendemos por fuente histórica todos los documentos que encierran el texto de una ley y conjunto de leyes.

En el derecho Penal, la clasificación de las fuentes deriva de otro aspecto, la división depende del sujeto de quien emanan las normas o de las formas en que se manifiestan dentro de una sociedad, de esta manera tenemos “fuentes de producción” y “fuentes de conocimiento”, respectivamente.

Dentro de las “fuentes de producción”, es fuente única el Estado, ya que debido a su potestad soberana, es el único ente capaz de producir derecho. Como “fuente de conocimiento” Reyes Echandía dice “el derecho penal descansa sobre la ley en sentido lato”.

A mas de ésta clasificación en el derecho penal, encontramos otra en la que se diferencian “fuentes inmediatas y mediatas: aquellas son manifestaciones estatales de voluntad cuyo contenido se concreta en un mandato o en una prohibición; estas son actos que determinan, integran o convalidan normas pertenecientes al derecho penal o a otros ordenamientos jurídicos afines”⁸

Dentro de las Fuentes Inmediatas, tenemos la Constitución y la Ley.

⁸ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, cita, Pág. 47., Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990.

- **La Constitución.-** Constituye fuente del derecho penal porque contiene los principios rectores a los que los legisladores deben apegarse para la creación de normas penales, una norma contraria a lo que dispone la constitución (inconstitucional) pierde su carácter de obligatoria. En la constitución ecuatoriana los derechos, garantías y deberes que el Estado proporciona a sus habitantes se encuentran señalados en el Título II, Capítulo I, II y III, respectivamente.
- **La Ley.-** Es la fuente inmediata del Derecho Penal, que emana directamente del Estado, a través de los órganos competentes debidamente autorizados por la Constitución para la creación de normas en pro de precautelar los bienes y derechos de los ciudadanos, aunque hay quienes consideran que la ley es mas bien la expresión del derecho y no la fuente.

Dentro de las fuentes mediatas tenemos:

- **La Jurisprudencia.-** En la vida del Derecho tiene mucha importancia aquella actividad que se dedica a la resolución de controversias que se dan en las relaciones interpersonales, la misma que recibe el nombre de Jurisprudencia y que resulta de la aplicación de la costumbre preexistente para solucionar los problemas que se dan entre las personas. Resulta de un proceso de aclaración y profundización del sistema social que origina normas por el mismo desarrollo y complicación de las relaciones sociales. La Jurisprudencia está formada por las decisiones reiteradas que a través de sentencia se pronuncia la Corte Suprema. Las resoluciones que forman la jurisprudencia no son obligatorias, sino solo dentro del mismo proceso y para las partes que intervienen en el proceso, como así se expone en el Art. 3, inciso segundo del Código Civil, que dice "... Las sentencias judiciales no tienen carácter de obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren.". sin embargo la doctrina considera que tres fallos uniformes por parte de la corte Suprema, constituye doctrina legal y los jueces deben aplicarla a casos semejantes, conforme así lo dispone le Art. 18, numeral 7 del Código Civil, que expone:

“...A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.”

- **La Doctrina.-** “Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación”⁹. Pese a ser una fuente de derecho ésta carece de fuerza obligatoria, sin embargo puede mirarse como una fuente mediata, toda vez que una disposición legislativa le da el carácter de obligatorio, no cabe posibilidad alguna de que un juez aplique la doctrina en lugar de aplicar la Ley. La doctrina es un juicio, una opinión emitida por los doctrinarios respecto de cómo procederían frente a una situación en caso de ser ellos quienes deban resolverla
- **La Costumbre.-** Para Giorgio del Vecchio, en su obra Filosofía del Derecho, la costumbre es “el modo originario de manifestación de la voluntad social”. Dice este autor que en el diario vivir de las personas, encontramos reglas que si bien es cierto, no constan expresamente, se las observa a través de la repetición constante de un determinado acto que conlleva cierta imposición; sin embargo, de la repetición constante de un acto no surge la costumbre que dentro de nuestra materia, debe ser jurídica, para que la reiteración de ciertos actos pueda denominarse costumbre jurídica, ésta debe cumplir requisitos tales como la obligatoriedad, es decir que no dependa del libre albedrío de las personas y que por tanto pueda ser exigido por todos y para todos; también debe cumplir una cierta duración, es decir que la repetición de los actos deberá darse por un tiempo relativamente largo, esto dependiendo de la naturaleza del hecho, porque así como hay actos que se pueden dar varias veces en un año, hay actos que se darán en varios años. La costumbre tiene tres tipos, *praeter legem*, que es la costumbre que regula las relaciones que no están previstas por la ley escrita, es decir, se la aplica para llenar los vacíos de la legislación positiva; *contra legem*, que es la que propicia reglas de conducta contrarias a las normas legales; y. *secundum legem*, que es la que

⁹ GARCIA, Maynez, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa S.A

adecua las nuevas exigencias sociales a las normas legales ya establecidas. La doctrina considera que la aplicación de la doctrina en el campo penal, es inadmisibile, en vista del principio de legalidad de los delitos y de las penas, sin embargo no se deja de reconocer a la costumbre como interpretativa.

- **Las Convenciones Internacionales.-** “...No constituyen por sí mismas fuentes del derecho penal, en cuanto su eficacia obligatoria solo juega relación con los Estados, pero en la medida en que la norma penal reenvía a los tratados de derecho internacional, estos se convierten en fuente indirecta...”¹⁰

6. La Ley Penal

La ley emana del Estado como un mandato dirigido a todos sus habitantes, tal cual como lo manifiesta el Art. 13 del Código Civil, citado anteriormente. En materia penal, la ley a más de poseer este carácter imperativo, tiene una función valorativa en cuanto a los actos que realizan las personas, calificando determinados comportamientos como contrarios a la colectividad, comportamientos que pueden implicar actos de acción (positivos), como de omisión (negativos), y que conlleva la amenaza de una sanción. El Código Penal Ecuatoriano define en el Art. 1 a la ley penal de la siguiente manera “Leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena”.

Las normas penales, sustantivamente hablando, se encuentran formadas por dos elementos: el precepto y la sanción, elementos que si bien es cierto son diferentes no pueden ser desligados, ya que mientras el precepto es la disposición que contiene un mandato o prohibición y que describe un comportamiento como inadecuado o indebido, la sanción es el precepto secundario que señala la cantidad y la calidad del castigo que conlleva la realización de dicho comportamiento.

¹⁰ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Pág. 47, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990

La ley penal reúne las siguientes características:

- **Generalidad.-** La generalidad que caracteriza a la ley penal se debe a que a más de estar dirigido a todos los habitantes de un estado, también abarca una amplia variedad de comportamientos, dentro de la cual va a encasillar la conducta del agente.
- **Imperatividad.-** La ley penal, como lo habíamos dicho anteriormente, emana del Estado, por tanto al ser éste ente el que la promulga tiene carácter de obligatoria. La Ley generalmente hablando, y según lo expresa el Art. 1 del Código Civil, “es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda prohíbe o permite”.
- **Originalidad.-** Característica ésta que la posee debido a que la ley penal es “fuente única de punibilidad referida exclusivamente a las conductas que ella describe”.¹¹
- **Autonomía.-** Este Carácter íntimamente ligado con el anterior, debido a que no necesita de otra para existir, y esto se debe a que la norma penal tiene exigencias particular y finalidades específicas, empero, a pesar de ser una norma independiente se encuentra como toda norma supeditada a la Constitución de cada Estado.

La ley penal se encuentra conformada por tres elementos a saber:

1. **Juridicidad;** es la norma de cultura reconocida y sancionada por el Estado.
2. **Tipo;** es la hipótesis legislativa que consiste en la descripción de la acción considerada delictiva.
3. **Punibilidad;** la amenaza de la pena con que el legislador conmina al acto que coincida con el tipo.

¹¹ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Pág. 44, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, 1990

Las leyes penales como toda ley tienen un ciclo de vida el mismo que comienza cuando son promulgadas por el legislador y terminan con la derogatoria expresa o tácita. Durante su vigencia están revestidas de fuerza obligatoria y absoluta.

El principio de toda ley es su carácter **irretroactivo**, es decir, que la ley rige para lo venidero, y por tanto no puede aplicarse a hechos pasados, tal como lo dispone el Art. 7 del Código Civil, que dice: “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo...”. En el Derecho Penal este principio contempla la posibilidad de una excepción, que se da cuando la nueva ley es favorable al reo, ya sea porque se elimina la figura delictiva precedente, porque se disminuye la gravedad del delito, porque se reduce la sanción impuesta o porque se crea causas de justificación o excusa, conforme lo expone el Art. 2 del Código Penal “...Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si se ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse. Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa. En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada”. Contrariamente, por un fundamento esencialmente humano, se habla también de ultractividad de la Ley, que significa que si la norma derogada le es más favorable al reo que la nueva, ésta deberá seguir aplicándose aún después de su derogatoria, siempre que el delito se haya cometido mientras estuvo en vigencia la ley más favorable.

En cuanto al alcance personal y al ámbito territorial de la norma penal, al Art. 5 del Código Penal “Toda infracción cometida dentro del territorio de la República, por ecuatorianos o extranjeros, será juzgada y reprimida conforme las leyes ecuatorianas salvo disposición contraria de la ley”, el inciso tercero del mentado artículo explica que se tendrán como infracciones cometidas dentro del territorio de la República las cometidas “...a bordo de naves o aeróstatos ecuatorianos de guerra o mercantes, salvo los casos en que los mercantes estén sujetos a una ley penal extranjera, conforme al Derecho Internacional; y las cometidas en el recinto de una Legación Ecuatoriana en país extranjero. La infracción se entiende cometida en el territorio del Estado cuando los efectos de la acción u omisión que la constituye deban

producirse en el Ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción”. El mismo artículo establece las infracciones que cometidas fuera del territorio ecuatoriano acarrearán responsabilidad penal, éstas son: 1) Delitos contra la propiedad del Estado, 2) Delitos de falsificación de sellos del Estado, o uso de sellos falsificados; 3) falsificación de moneda o billetes de Banco en curso legal en el Estado, o de valores sellados, o de títulos de crédito público ecuatorianos; 4) Delitos cometidos por funcionarios públicos a servicio del Estado, abusando de sus poderes o violando los deberes inherentes a sus funciones; 5) Los atentados contra el Derecho Internacional; y, 6) Cualquiera otra infracción para la que las disposiciones especiales de la ley o convenciones internacionales establezcan el imperio de la ley ecuatoriana. Además la ley penal establece que “Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas por todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa”.

7. Interpretación de la ley penal

En algunos casos podemos encontrar en las leyes, las conocidas “lagunas” o “vacíos legales”, en éstos casos debemos recurrir a la interpretación, que consiste en una operación mental, que persigue encontrar y explicar el sentido de una norma, a través de la aplicación de reglas jurídicas o de principios lingüísticos y teleológicos, de ésta manera encontramos varios tipos de interpretación que varían dependiendo de la persona de quien emana y de los medios que se utilicen para la interpretación de la misma.

De acuerdo a la persona de quien emana, tenemos tres tipos de interpretación:

- **Auténtica.-** “Es la explicación que hace el propio legislador coetáneamente o con posterioridad a su expedición”¹², es decir, que a través de otra norma de carácter obligatorio y general, se explica su sentido y alcance.
- **Doctrinal.-** Es una interpretación doctrinal hecha por los juristas y abogados a través de la ciencia juridicopenal.

¹² JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, Buenos Aires-Argentina, 1977.

- **Judicial.-** Aquella que realiza el juez cada vez que aplica la norma. Esta interpretación no tiene fuerza obligatoria, sino respecto del caso concreto.

Según los medios utilizados:

- **Gramatical.-** Dice el numeral dos del Art. 18 del Código Civil: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural o obvio, según el uso general de las mismas palabras: pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significación legal”
- **Teleológica.-** Es una interpretación que va mas allá del texto de la norma, sino que busca su verdadera voluntad en el espíritu de las disposiciones.

Según el resultado la interpretación puede ser:

- **Declarativa.-** Jiménez de Asúa, expone que la interpretación declarativa se da “cuando la eventual duda se resuelve con la exacta correspondencia entre el espíritu y la letra de la ley, sin dar a la fórmula ni significado mas restringido ni mas amplio”¹³
- **Restrictiva.-** “Hay interpretación restrictiva, cuando se reduce el alcance de las palabras de la ley, por entender que su pensamiento y voluntad no consiste en atribuir a su letra todo el significado que ellas podía contenerse”¹⁴
- **Extensiva.-** Cuando amplía el alcance natural y obvio de la Ley.

8. La Analogía

En términos generales, esta figura se presenta en aquellos casos específicos que no están regulados por una norma positiva, y a los cuales hay que atribuirles la regulación de un caso similar que si está contemplado expresamente en una ley.

¹³ JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, Buenos Aires-Argentina, 1977.

¹⁴ JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, Buenos Aires-Argentina, 1977.

La analogía es una laguna real, ya que no existe norma alguna que regule el caso concreto y por tanto se debe resolver de acuerdo a la voluntad que tuvo el legislador en un caso similar y previsto en la ley; a diferencia de la interpretación –extensiva– que se da cuando existe una laguna aparente, porque la solución de ésta se encuentra en el límite máximo de la significación de la norma misma. Mientras la analogía está por fuera de la norma, la interpretación se da dentro de la norma.

La analogía en el Derecho Penal Ecuatoriano no tiene cabida alguna, de igual manera la interpretación extensiva, como consta en el Art. 4 del Código penal que establece “Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se interpretará en el sentido mas favorable al reo”(indubio pro reo).

9. Principio rector: *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*

El principio fundamental y eje de esta ciencia, es la máxima: *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*, que significa que nadie puede ser juzgado ni castigado por hechos que la ley no haya previsto o definido como delitos, o sea, estamos hablando del principio de legalidad que rige al Derecho Penal. Este principio funciona como punto de partida, para juzgar y sancionar a las personas, ya que si no existe tipificación anterior de un determinado acto, en primer lugar no se puede hablar de delito y luego si no existe una sanción, tampoco se puede sancionar de tal o cual manera, como vemos que se prevé en el Código Penal, Artículo 2, inciso primero: “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida”.

Este principio existe a manera de garantía política y humana para los individuos, evitando que se cumplan arbitrariedades al momento de juzgar ciertos actos y de imponer sanciones.

Cuello Calón, en su obra Derecho Penal, parte general, volumen I, página 199, expone que este principio contempla tres garantías, una garantía criminal, que consiste en no ser penado mas que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos (*nullum crimen sine previa lege poenali*); garantía penal, que una

persona no puede ser castigado con penas, ni en clase ni en medida, diversas a las que se encuentran establecidas anteriormente en la Ley; y, la garantía ejecutiva, la que implica que la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad no habrán de dejarse al arbitrio de la autoridad penitenciaria o de la administración, sino que deben sujetarse a las modalidades y circunstancias previstas en la Ley.

Este principio nació como resistencia al descontrolado abuso judicial existente en Europa, ya que los jueces de manera arbitraria calificaban tales actos como delitos y con la misma actitud déspota, imponían sanciones, pero ocurría todo lo contrario cuando de por medio estaban los intereses personales de clase y tenían que juzgar a sus allegados, y en algunos casos podían eximir de toda tipo de responsabilidad.

Sin embargo ésta situación cambia cuando la ley penal adquiere un sentido de protección individual, garantizando a las personas que no podrían ser detenidas, presas, procesadas ni juzgadas sino es de acuerdo a lo establecido en la ley, y con jueces competentes, así mismo ésta garantía se extendía a que nadie sería sancionado por la realización de actos que al momento de su ejecución, no se encontraban definidos como delitos.

Este principio fue proclamado al mismo tiempo en diversos lugares, ésta garantía penal aparece en el Código Penal Austriaco de José II, en 1787, de igual manera la Constitución Norteamericana la acoge en su texto, en Francia en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en el Art. 8 (Art. 8.- Nadie puede ser castigado sino en virtud de ley anterior al delito y legalmente aplicada), en el año de 1779, se consagra este principio, de igual manera en la Declaración de los derechos de la O.N.U en el Art.11, y así, fue propagándose por otros países formando parte de las distintas constituciones y códigos.

CAPITULO II

LA TEORIA DEL DELITO

1. Generalidades

La idea del delito surge de manera conjunta con las ideas de Estado y de Derecho, sin embargo, las tres no se desarrollaron a la misma velocidad, ya que bastó simplemente la aparición de organismos políticos que exterioricen los hábitos, tradiciones y ritos de las sociedades, cuyo cumplimiento difundía una conciencia de autoridad, lo que implicaba la existencia de una fuerza tanto material como divina, que no es otra cosa que la Ley misma, la cual intenta proveerse de poder universal y de una sanción, que sea aplicada por lo menos en los casos mas graves.

El concepto de delito ha evolucionado a través de la historia del derecho penal desde considerar que la penalidad, en el Antiguo Oriente, tenía un carácter de religiosidad y era ejercido por el rey, jueces, o por la castas sacerdotales, y que la facultad de castigar provenía de la divinidad, y que el delito consistía en actos inmorales que dañaban a la sociedad y cuya sanción podía en algunos casos extenderse a familias completas, hasta los conceptos modernos que consideran que el delito es la acción que está prohibida y sancionada por una disposición de la ley penal.

Penalistas de las diversas escuelas que se dieron en éste periodo evolutivo del concepto de delito, podemos citar a Pellegrino Rossi, quien afirma que “el delito es la violación de un deber, perjudicial a la sociedad o al individuo”, Pessina sostiene que “el delito es la negación del derecho”, Romagnosi dice que “es el acto de una persona libre e inteligente, perjudicial a los demás e injusto”, Carrara considera que “es la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, que resulta de un acto externo del hombre. Positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”, Garófalo, considera que el delito “es la violación de los sentimientos de piedad y probidad”, finalmente cabe señalar la

definición que nos proporciona Berenini que dice que “el delito es un acto punible determinado por motivos individuales y antisociales, que turba las condiciones de existencia y contraviene a la moral media de un pueblo dado”.

2. Concepto

El delito consiste en el *hecho jurídico*, que acarrea consecuencias jurídicas. En el desarrollo de la vida humana, se presentan hechos, los mismos que pueden ser naturales o humanos, los hechos humanos, pueden interesar relativamente al derecho, se le interesan, significa que estamos frente a hechos jurídicos, si no, estamos hablando de hechos extrajurídicos. Los hechos humanos, según lo expone Reyes Echandía, pueden ser voluntarios o involuntarios, dependiendo del querer racional, y a su vez los voluntarios pueden ser lícitos o ilícitos, los primeros se ajustan a un ordenamiento jurídico vigente, mientras que los segundos contravienen un esquema legal. De toda esta exposición podemos concluir entonces que, el delito consiste en todo acto humano, jurídico, voluntario e ilícito.

Juan Fernández Carrasquilla, se refiere al delito como un *acto injusto culpable*, es decir, como “un acto antijurídico realizado dentro de los límites de la responsabilidad subjetiva (culpabilidad).”¹⁵; pero para que se considere al injusto culpable como delito éste debe estar contemplado en la ley, ya que el mismo autor expone: “No, pues, cualquier injusto culpable es delictuoso, sino tan solo el que se adecue cabalmente a un tipo penal”, es decir, que el acto injusto y culpable debe ser siempre típico.

Eugenio Cuello Calón, en su obra “Derecho Penal”, expone que el delito es un acto humano, es una acción que se puede traducir en hechos positivos, acción, o hechos negativos, omisión; los actos consisten en la actuación voluntaria y conciente por parte del agente, de tal modo que casos fortuitos, los mismos que son ajenos a la voluntad del hombre, por mas que ocasionen daños, no se podrán considerar delitos, puesto que no existe la actuación voluntaria y conciente del agente.

¹⁵ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental, Pág. 143, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1982.

Este acto humano debe ser antijurídico, es decir, que debe estar en oposición a la norma jurídica y que además debe poner lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido, a ésta característica se suma un elemento de trascendental importancia, ya que no solo por oponerse a la ley se comete delito, una conducta tiene que estar encasillada dentro de la Ley como delito, es lo que se conoce como tipo penal, es decir, que la Ley debe establecer que tipo de conducta se mirará como delito, de tal manera que toda acción antijurídica debe ser típica. No podemos hablar de antijuridicidad sin tipicidad, y si no hay antijuridicidad no hay delito.

El poder público de los Estados es el que prohíbe la realización de ciertos actos, sancionándolos de una manera rígida, además el derecho Positivo, es decir, aquel que se encuentra plasmado en las leyes, define al delito como la violación de la Ley Penal. El delito es “Aquella acción que prohíbe y castiga una disposición de la ley penal”¹⁶, y es esto lo que le sirve a la sociedad para diferenciar lo que ésta permitido y aquello que está prohibido.

La razón por la cual el estado tipifica una conducta como delito y amenaza con la imposición de una pena a la realización de ciertos actos es por la protección de los bienes jurídicos de una sociedad. Toda ley pretende proteger ciertos derechos colectivos e individuales, tomando en cuenta que hay derechos especiales como el derecho a la vida, derechos que sirven de fundamento para que el estado proteja de lesión alguna a estos bienes jurídicamente protegidos con la imposición de una pena.

En la vida diaria nos podemos encontrar frente a dos clases de delitos que varían según la clase de normas a que faltaren los actos delictivos; estamos hablando del delito natural y del delito legal.

El delito natural es el acto que contraviene a las normas morales de una sociedad. Rafael Garófalo nos dice que el delito natural es toda ofensa a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida en que son poseídos por una sociedad, en cambio, dice Enrique Ferri, que es toda acción punible que perturba las

¹⁶ LOZANO Y LOZANO, Carlos, Elementos de Derecho Penal, Pág. 103, Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1979

condiciones de vida y contravienen a la moralidad media en un determinado momento.

Hemos de entender al delito natural como todo acto que contraviene a la moralidad media en un momento dado, sabiendo que la moralidad es mutable, es decir, cambiabile. No es preciso que sea punible porque en este caso llegaría a ser legal.

El delito legal es todo acto tipificado en la ley penal, por lo que es necesaria la punibilidad y la tipicidad.

Consecuentemente hay delitos naturales que no son delitos legales debido a que no están incluidos en el Código Penal. Hay actos que por la evolución de la moralidad dejan de ser lesivos pero siguen constando como tal en la ley por ejemplo, la homosexualidad.

3. Elementos del Delito

3.1 La Tipicidad

La tipicidad como forma parte de la teoría del delito, a partir del momento en que se crea el principio de legalidad de los delitos y de las penas, fue Ernst Von Beling quien propuso la teoría de que “no hay delito sin tipicidad”, y además creó la teoría de los tipos penales.

Conceptualmente hablando Reyes Echandía expone que “la tipicidad es el estudio de los tipos penales; el tipo, ha de entenderse como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta reprochable y punible”¹⁷.

La tipicidad constituye un elemento muy importante a la hora de entender al delito como un fenómeno jurídico. La tipicidad proporciona una garantía jurídica, política, social y de seguridad a todos los ciudadanos, garantía ésta que se encuentra contemplada en nuestra constitución en el título III De los Derechos, Deberes y

¹⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Pág. 96, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990.

Garantías, normas que guardan estrecha relación con las contempladas tanto en el Código Penal como en el de Procedimiento Penal, en donde se describen comportamientos que se encuentran considerados como delitos y que son sancionados penalmente. A partir de ésta exposición, el Estado puede hacer uso de su capacidad sancionadora, es decir, puede investigar a quien realiza dichos comportamientos y castigarlos con las penas previstas.

Es importante señalar que gracias a la tipicidad los jueces ejercen su facultad de manera limitada, ya que solo se podrá juzgar y sancionar las conductas previamente tipificadas.

En el tipo penal podemos establecer la participación de tres elementos, que son: dos sujetos (activo y pasivo), una conducta y un objeto.

3.2 Los sujetos

En el acontecimiento típico participan dos sujetos, uno que actúa y aquel que recibe la acción, es decir, el activo y el pasivo, respectivamente. El sujeto activo es el actor o agente que genera la conducta típica, y pueden ser las personas naturales

En principio todas las personas somos sujetos activos de delito, ya que cualquier persona está en plena capacidad de cometer el hecho descrito en la ley, sin embargo respecto de la capacidad de las personas para realizar actos que los obliguen legalmente, el Art. 1461 del Código Civil expone que: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita. La capacidad de una persona consiste en poderse obligar por si misma y sin el ministerio o autorización de otra”.

La doctrina sostiene que únicamente son responsables dentro de la materia penal, las personas naturales, ya que se necesita de un obrar y un querer propio, lo que no sucede con las personas jurídicas ya que éstas actúan a través de representantes legales, no actúan de manera directa conciente y voluntaria. Además que las personas

jurídicas no pueden ser sujetos de sanciones penales físicas, como la prisión o la reclusión, sino sus penas son de carácter pecuniario.

El sujeto pasivo como lo describe Cuello Calón es el “titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito”¹⁸, mientras que Reyes Echandía sostiene que sujeto pasivo es el “titular del interés jurídico protegido por el legislador en el tipo penal, interés que resulta vulnerado por la conducta del agente”¹⁹. Sujetos pasivos de delito, podemos ser todas las personas, sin importar sexo, edad, estado o condición mental. Podemos referirnos si de distinta manera al sujeto pasivo del delito dependiendo de ciertos aspectos como la titularidad del bien jurídico, el número, y la calidad.

Titularidad del bien jurídico.- Dentro de ésta categoría, podemos hablar de el individuo, la colectividad y el Estado como sujetos pasivos, el primero, cuando la conducta lesiona el bien jurídico que pertenece individualmente a una persona; el segundo, cuando el interés tutelado pertenece a un conglomerado social; y, finalmente, el tercero, cuando el hecho típico lesiona intereses como la administración pública o de justicia, intereses que son propias del Estado.

El número.- El sujeto puede ser singular, cuando la conducta del agente perjudica a un solo titular del bien jurídico tutelado. Es plural, cuando los titulares del bien son varios, estamos hablando de aquella conducta que perjudica a la colectividad.

Calidad.- Los sujetos pasivos pueden ser indeterminados o cualificados, son sujetos indeterminados aquellos que no necesitan cumplir una condición para tener la calidad de sujeto pasivo, que a diferencia de los sujetos pasivos cualificados, necesitan de una condición natural, jurídica, moral o profesional, es decir que para que sea sujeto pasivo de determinado delito deberá cumplir con las condiciones requeridas por la ley penal.

¹⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal I, Parte General, Volumen I, Pág. 341, Bosch casa Editorial S.A, Barcelona, 1980

¹⁹ REYES ECHANDÍA, Alfonso, La Tipicidad, Pág. 43, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989.

3.3 La Conducta

El segundo elemento del tipo es la conducta contenida en él, conducta ésta que nace como respuesta a un estímulo que se da en la conciencia de la persona y que la exterioriza a través del comportamiento, el mismo que puede ser positivo (acción) o negativo (omisión); en el campo del derecho penal, la conducta es “aquel comportamiento de acción o de omisión realizado de tal manera que se acomoda a la descripción de un cierto tipo legal”²⁰.

La conducta se encuentra regida por el verbo rector, llamado también “núcleo rector del tipo” y que consiste en los verbos principales utilizados por los legisladores para describir las conductas ilícitas, es importante señalar que por cada tipo penal, existe solo un verbo rector, los demás que puedan aparecer, como verbos que describen una conducta y cumplen un papel accesorio.

A través de la conducta contenida en el tipo se describe el comportamiento humano, que como lo hemos manifestado en párrafos anteriores, puede ser positiva o negativa, es decir, acción u omisión, y como lo manifiesta Reyes Echandía, simple o circunstanciada.

La conducta positiva o de acción, se traduce en el actuar del agente, se entiende como el comportamiento de la persona.

Respecto a la conducta negativa o de omisión el art. 12 del Código Penal expone: “No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de hacerlo, equivale a ocasionarlo”, es decir, que éste tipo de conducta consiste en no actuar cuando se tiene la obligación de hacerlo.

Una descripción simple de la conducta típica consiste en que el legislador describe el comportamiento delictivo de la manera mas sencilla sin especificaciones circunstanciales, como por ejemplo sucede con el art. 449 del Código Penal, que define al homicidio simple, como “El homicidio cometido con intención de dar la

²⁰ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Pág. 105, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990

muerte pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente...”. Contrariamente, la descripción circunstanciada consiste en aquella en la que el legislador cita condiciones modales, temporales o espaciales, para que configure el delito como sucede con el art. 450 del Código Penal, donde se señala situaciones especiales como la alevosía, el precio o promesa remuneratoria; la inundación, veneno, incendio o descarrilamiento; el ensañamiento; entre otras condiciones para que el homicidio simple se considere como asesinato.

3.4 El Objeto

El tercer elemento del tipo esta en el objeto, que jurídicamente es “El interés que el Estado busca proteger mediante los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente cuando ella se acomoda a la descripción hecha por el legislador”²¹. Desde el punto de vista material es “Aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo y hacia el cual se orienta la conducta del agente”²²; de tal manera que el objeto material del tipo puede ser una persona, una cosa o un fenómeno. El objeto material personal puede ser cualquier persona ya sea física, moral; viva o muerta; consciente o inconsciente, que se vea perjudicada por la vulneración de su interés jurídico; el objeto material real es la cosa que está protegida y que es vulnerada por la conducta del agente: finalmente, el objeto material fenomenológico consiste aquel fenómeno natural o social que se aprovecha para vulnerar un interés jurídicamente protegido.

La norma considera que ciertos comportamientos lesionan objetos como la vida, el honor y el patrimonio, motivo por el cual éstos adquieren la categoría de “bienes jurídicos” y por lo tanto constituyen el objeto de la tipicidad.

Es importante señalar que no tiene mayor trascendencia la diferencia que hace la doctrina al dividir a los bienes en individuales (como la libertad, la vida); y, en bienes comunitarios (como la salud pública, la seguridad, el orden público); ya que el objeto del tipo es precautelar los bienes jurídicamente protegidos, sin importar el

²¹ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Pág. 107, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990

²² REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Pág. 108, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990

titular de los mismos, es decir, pueden ser objetos individuales, colectivos o estatales que son vulnerados

Cuando una conducta no encasilla dentro de un tipo, estamos hablando de atipicidad, la misma que puede ser relativa en cuanto no concurra alguno de los elementos que configuran el tipo, es decir, puede faltar los sujetos, la conducta descrita o el objeto protegido; también podemos hablar de atipicidad absoluta, que se da cuando la conducta analizada no se adecua en definitiva a ningún tipo penal previsto en la ley, y por tanto no se puede aplicar ninguna sanción debido al principio de que no hay delito sin tipo. La atipicidad da también lugar al delito putativo, que consiste en la realización de un acto, del cual el agente está plenamente convencido de que es delito, pero en realidad no lo es; caben aquí dos circunstancias: la primera, el sujeto actúa de tal o cual manera creyendo que con su obrar está vulnerando la ley, una ley que no existe porque no se la ha creado o porque ha sido derogada, estamos frente a un caso de atipicidad absoluta ya que al no existir tipo penal preestablecido no podemos encasillar de ninguna manera la conducta; la segunda circunstancia, cuando se realiza un acto que no encasilla plenamente dentro de un determinado tipo, debido a que falta de alguno de los elementos del tipo, es decir, hay atipicidad relativa.

3.5 La Antijuridicidad

La antijuridicidad es ante todo un elemento valorativo dentro de la teoría del delito y frente al tipo penal, que se da cuando una acción humana se encuentra en oposición a la norma penal. El penalista italiano Carrara, probablemente fue quien propuso la idea de la antijuridicidad como elemento de la teoría del delito. Se define a éste elemento como “el desvalor de una conducta típica en la medida en que ella lesiona o pone en peligro, sin justificación jurídicamente atendible, el interés legalmente tutelado”²³

La antijuridicidad puede ser tomada desde dos puntos de vista distintos: formal y material. Formalmente la antijuridicidad significa la oposición existente entre un hecho y la norma penal; y, materialmente la antijuridicidad consiste en el hecho

²³ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, cita, Pág.153, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1990.

mismo que daña o perjudica; ambos aspectos se complementan ya que a decir de Cuello Calón “los hechos que la normas penales prohíben o mandan ejecutar son generalmente nocivos o peligrosos socialmente, pero aún cuando no la fueren siempre serán antijurídicos por contravenir lo mandado por la norma. Los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material) no previstos por la norma penal sólo serán antijurídicos cuando una ley los sancione. La antijuridicidad material sin antijuridicidad formal no tiene trascendencia penal”²⁴

De la misma manera, éste autor considera que la antijuridicidad tiene estrecha relación con el principio *Nullum crimen sine lege*, ya que si no existe conducta antijurídica frente a una norma penal establecida (antijuridicidad formal), no podremos hablar de un acto antijurídico (antijuridicidad material), y por tanto no habría antijuridicidad.

Ahora bien, la antijuridicidad debe acoplarse a uno de los tipos legales que se encuentran establecidos en la ley, de tal manera que los hechos analizados que encajen en éstos puedan ser considerados como antijurídicos, sin embargo es importante señalar que hay actos que por mas que parezcan antijurídicos no lo son, debido a la concurrencia de las llamadas causas de justificación.

En nuestra legislación las causas de justificación son las siguientes:

1. Legítima Defensa.- Existe legítima defensa cuando una persona hiere o arremete a otra, siempre y cuando esta defensa reúna tres requisitos: Actual, en cuanto tiene que ser en ese momento, ya que si es pasada lo que cabe es una venganza mas no legítima defensa, igualmente no cabe si es futura; Falta de provocación, esto significa que la persona que es agredido no puede alegar legítima defensa, si es el quien agredió primero; y, Racionalidad del medio empleado, esto es que tiene que haber proporcionalidad entre el medio empleado en la agresión y el empleado en la defensa.
2. Estado de necesidad.- Esto es cuando hay conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos, en una situación de peligro sólo una persona es

²⁴ CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal I, Parte General, Volumen I, Pág. 365, Bosch, casa Editorial, S.A, Barcelona, 1980

salvado mientras que la otra persona es sacrificada. Para algunos tratadistas esto es justificante mientras que para otros es excluyente. Cuando para salvar un bien mayor se sacrifica un bien menor, se considera un acto justo, el problema surge cuando los dos bienes son igualmente importantes, éste problema se resuelve con el siguiente criterio, de que no son actos ni justos ni injustos, sino que son actos que se encuentran fuera de la Ley. Para que el estado de necesidad se configure se necesita que concurran estos elementos: Amenaza grave e injustificada, el mal no debe provenir de un acto justo, imposibilidad de evitar el peligro por otro medio y que la necesidad no haya sido originada por el necesitado.

3. Obediencia legítima.- Es la ejecución de actos ordenados por una autoridad competente y previsto por la ley, o también los actos ejecutados legítimamente de acuerdo a una ocupación o profesión (capataz). No hay delito cuando hay actos determinados para una profesión. En éste caso se necesita: subordinación legítima, es decir, que haya un orden jerárquico entre el que ordena y el que obedece; orden legítima, implica que el acto ordenado debe estar dentro de las atribuciones de quien ordena, es decir que se encuentre previsto por la ley; y, atribución del que manda, esto significa que la persona que autoriza debe estar facultada para ordenar la ejecución de ciertos actos.

3.6 La Imputabilidad

La imputabilidad es un elemento muy importante de la culpabilidad, referente a las condiciones psíquicas, físicas y morales del agente que permiten que éste pueda responder por sus actos. Se refiere a una capacidad de conocer y querer que debe tener el agente para ser sancionado penalmente.

Siendo la imputabilidad la capacidad del individuo, existen causas que impiden o modifican esta capacidad ya sea porque la personalidad no se ha formado todavía o porque circunstancias endógenas o ajenas alteran la capacidad de entender del agente. Normalmente son imputables las personas que han cumplido la mayoría de edad, pero aún en éstas personas pueden darse causas que desconectan al individuo

del medio alteran las percepciones cambiando su actuación. Las causas que excluyen la imputabilidad son:

- Minoría de edad.- Los infantes son incapaces absolutos, al igual que los púberes, debido a la confusión o alteración de las percepciones; en los jóvenes la responsabilidad no está excluida sino que está disminuida, debido a que el individuo ya está maduro y empieza a sentir nuevas sensaciones que normalmente alteran su conducta.
- Perturbación mental.- Esta situación puede ser permanente o transitoria, determina que el “yo” se excluya de tal manera que se alteren las percepciones y la conciencia. Son perturbaciones permanentes, enfermedades como la psicosis, las psicopatologías y las oligofrenias, existen otras enfermedades que son impulsos inconscientes que no pueden ser analizados por la conciencia como las manías y las fobias (Art. 34 C.P); las transitorias son circunstancias psíquicas especiales, emocionales o tóxicas, se pierde la capacidad de entender los estímulos y se pierde conciencia (Art. 35 C.P)
- Los estados tóxicos.- La embriaguez p la intoxicación por drogas elimina temporalmente la capacidad de actuar con conciencia y voluntad. Nuestra legislación excluye la imputabilidad, cuando la intoxicación o embriaguez se ha producido por voluntad ajena. (Art.37 C.P).
- Sonambulismo espontáneo e Hipnosis.- Las personas en estos estados pierden la conciencia sin embargo no pierden la capacidad de actuar.

Se confunde los términos imputabilidad con responsabilidad, si bien es cierto están íntimamente ligados, difieren en el sentido de que mientras la primera hace referencia a modelos de ser de las personas y sus formas de comportarse frente a un ordenamiento jurídico, la segunda es “la sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido”²⁵. La responsabilidad esta supeditada a la imputabilidad, de tal manera que si un sujeto es imputable es responsable penalmente y por tanto podrá ser sancionado con la pena impuesta, lo contrario sucede cuando la persona es considerada inimputable, ya que no podrá responder con la sanción prevista.

²⁵ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Pág. 192, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1990.

3.7 La Culpabilidad

En el cometimiento de todo acto típico y antijurídico es importante que concurra la voluntad del agente, de tal manera que éste pueda responder por las consecuencias producidas por sus actos, si no existe la voluntad del agente no podemos hablar de responsabilidad, conforme vemos lo dispone el Código Penal en el Art. 32 “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”.

“La ejecución del hecho típico y antijurídico por alguien que lo hizo como resultado de operación mental en la que intervinieron consciente y libremente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad, es lo que se conoce con el nombre genérico de culpabilidad”.²⁶

La culpabilidad es el elemento subjetivo dentro de la Teoría del Delito, ya que mira la conducta del agente y la relación causa-efecto entre el actuar y el resultado. Este elemento puede definirse como “el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley”²⁷.

Nos referimos a la culpabilidad como elemento subjetivo del delito, ya que proviene de una análisis interno que realiza el hombre antes de actuar de determinada manera. La concurrencia de éste elemento es importante dentro de la teoría del delito, ya que en base a éste es que se puede imponer la pena correspondiente. La culpabilidad es un fenómeno que no se puede analizar de manera individual, es decir, que solo le compete al individuo que actuó con conocimiento de causa, es un fenómeno social, que está limitado por la sociedad y el Estado en medida de la protección que se busca dar a los intereses tutelados. Crea cierto efecto intimidatorio pues al señalar quienes están exentos de responsabilidad penal, deja claro el panorama acerca de quienes si pueden y deben responder por actos lesivos o peligrosos.

²⁶ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Pág. 203, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1990.

²⁷ CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Vol. 1, Pág. 424, Bosch, Casa Editorial S.A. 1980.

Existe una estrecha relación entre la antijuridicidad y la culpabilidad, una especie de subordinación entre ésta y aquella, ya que si un acto no es antijurídico, contrario a la ley, no podemos hablar de culpabilidad. Además la culpabilidad es un requisito previo para la imposición de una pena, ya que *Nulla poena sine culpa*, de tal modo, que la culpabilidad precede a la antijuridicidad, conforme lo manifiesta Beling “Que el momento de la culpabilidad debe ser colocado después del de la antijuridicidad es cosa que no necesita prueba alguna. La culpabilidad criminal con obrar antijurídico es una quimera”²⁸

La culpabilidad, según lo expone el tratadista Francisco Muñoz Conde, tiene su fundamento en la función motivadora de la norma penal, es decir, la norma penal a través de sus mandatos o prohibiciones invita a que dentro de una extensa gama de posibles actuaciones no se realice precisamente aquella que se determina en la norma. Para medir el grado de culpabilidad de una persona se toma en cuenta aspectos como el biológico, el psíquico; facultades que permiten que las personas actúen en igualdad de condiciones posibilitando de ésta manera que todas aquellas que se encuentran a un mismo nivel, respondan de igual manera por el hecho cometido.

Para que la culpabilidad desempeñe su papel fundamental, que es atribuir responsabilidad penal al agente debe reunir los siguientes requisitos:

1. Capacidad de Culpabilidad, es decir que el agente debe tener capacidad síquica suficiente para entender el precepto normativo.
2. Conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, el sujeto activo debe tener pleno conocimiento de que su actuación está prohibida por la ley, ya que sino tiene conocimiento es éste detalle, por mas que su actuación sea típica y antijurídica no puede generar culpabilidad en el agente.
3. Exigibilidad de un comportamiento distinto, por más que la norma señale cierto tipo de comportamiento, este señalamiento no puede sobrepasar los límites de exigencia, ya que si lo hace exime de todo tipo de responsabilidad al actor.

²⁸ CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Vol. 1, cita, Pág. 424, Bosch, Casa Editorial S.A. 1980

Este elemento subjetivo de delito es la base para la imposición de una penal ya que no se puede atribuir a una persona responsabilidad penal si es que ella no ha obrado de manera culpable frente a un hecho típico y antijurídico. Desempeña una doble función, ya que a más de la señalada, constituye una garantía de libertad personal, debido a que solo responde por el ilícito la persona que lo cometió.

La culpabilidad se manifiesta de tres maneras: dolo, culpa y preterintención.

v Dolo.- Conforme lo dispone el Art. 29, último inciso, del Código Civil Ecuatoriano, el dolo "...consiste en al intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.", el Art. 36 del Código Penal Colombiano, señala "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible". Von Liszt define al dolo como "el conocimiento de todas las circunstancias fácticas que acompañan al hecho previsto por la ley"²⁹, Carrara expone que el dolo es "la intención mas o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley"³⁰. El dolo es la forma mas grave de la culpabilidad que dicho de manera más sencilla consisten la voluntad consciente dirigida a lograr un resultado, que el agente sabe que es ilícito y antijurídico. Para que exista dolo se necesitan dos elementos:

- Elemento Cognoscitivo.- (Elemento Intelectual) Consiste en el conocimiento que debe tener el agente del resultado que se puede producir con su acción y de la ilicitud de su actuar. Este elemento a su vez necesita varias condiciones: Conocimiento de la ilicitud del acto, conocimiento del resultado y conocimiento de la antijuridicidad
- Elemento Volitivo.- Consiste en la intención, la voluntad dirigida a cierto fin. El agente desencadena la acción con el propósito de obtener el resultad previsto y querido por el agente, se necesita que voluntariamente el agente dirija su acción para conseguir un determinado resultado.

²⁹ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, cita, Pág. 207, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1990

³⁰ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, cita, Pág. 208, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1990

El dolo puede presentarse de las siguientes maneras:

- Directo, Intencional o Determinado.- Cuando el agente prevé y quiere un resultado concreto, es decir, que la acción se dirija a la lesión de un bien determinado. El resultado responde a la intención del agente.
- Indirecto.- Se da éste tipo de dolo, cuando el agente con un actuar determinado provoca daños a personas o bienes distintos de aquellos a los que estaba dirigida la acción.
- Eventual.- Cuando el agente no dirige la acción en contra de una determinada persona o bien jurídico, pero sabe que la acción va o puede causar daño. Estando consciente de la posibilidad del resultado dañino, el agente ejecuta la acción.

Nuestra legislación presume que las actuaciones son dolosas mientras no se demuestre lo contrario, conforme lo manifiesta el Art. 33 del Código Penal: “Repútanse como actos conscientes y voluntario todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario, excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo”

- v Culpa.- Hay culpa cuando se produce un resultado que lesiona un bien jurídico ajeno, pero que no es el resultado de la intención sino que es producto de la imprudencia, negligencia e impericia, conforme lo manifiesta el Art. 14, inciso final, del Código Penal “La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes”. El penalista Reyes Echandía manifiesta que la culpa es “la reprochable actitud consciente de la voluntad que determina la verificación de un hecho típico y antijurídico por omisión del deber de cuidado que le era exigible al agente de acuerdo con sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó”³¹. Una persona actúa culpablemente cuando no pone el debido cuidado al que estaba

³¹ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Pág. 219, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990.

obligado en la ejecución de ése acto. Para que exista es necesario que concurran los siguientes elementos:

- Una acción u omisión, consciente y voluntaria pero no intencional.
- Que el agente actué sin tomar en consideración las precauciones necesarias para evitar un determinado resultado, es decir cuando el agente en su obrar actúa con negligencia, imprudencia, inobservancia o impericia.
- El resultado dañoso y previsible.

La culpa puede dividirse en dos grupos:

- Consciente.- El agente actúa a sabiendas de las consecuencias dañinas que se pueden producir con su obrar, confiando en que éstas no se darán, ejecuta el acto.
- Inconsciente.- El agente actúa sin conocimiento y sin voluntad, es decir, no sabe las consecuencias que se pueden producir, y tampoco quiere generar efectos perjudiciales.

La culpa distingue tres grados de gravedad: Culpa lata, culpa leve y culpa levísima. La legislación ecuatoriana al respecto, en el Código Civil, art. 29, se pronuncia de la siguiente manera: “Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado...”

v Preterintención.- La preterintención surge cuando el resultado de la acción u omisión es más grave del que quería provocar el agente. El Art. 14 del Código Penal, inciso tercero, dice al respecto: "... cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso mas grave que aquel que quiso el agente". Autores como Carrara ven en éste tipo de culpabilidad, una culpa mixta, es decir, que concurren conjuntamente el dolo, en cuanto la intención del agente es causar daño, y culpa, en cuanto al resultado que ha de ser más grave del querido. Para que la preterintencionalidad se consiga es necesario que el acto malicioso y el resultado dañino se den sobre el mismo bien jurídico, exige además que el resultado no querido sea mas grave y que haya sido previsible.

3.8 La Punibilidad

En la teoría del delito, luego de que una conducta ha sido identificada como típica, antijurídica y culpable, corresponde declararla responsable y por tanto imponerle una sanción; este hecho se conoce con el nombre de "punibilidad", aunque hay quienes se refieren a ésta como "penalidad".

La punibilidad consiste en la facultad que tiene el Estado para sancionar a quienes infringen los preceptos legales que fueron creados para precautelar los intereses jurídicos de la sociedad. Esta facultad la ejercen los jueces, los mismos que están en plena capacidad de ejercer ésta función en base a un análisis previo (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que se hace del hecho que se reputa como delictivo. La punibilidad constituye un elemento de trascendental importancia en el concepto del delito, ya que solo si éste existe se considera delito a un acto, si no existe amenaza o una pena, lo que hay es un delito civil. La facultad sancionadora de la que dispone el Estado se puede manifestar en dos formas, a través de la pena o de las medidas de seguridad, de las que nos ocuparemos mas adelante.

La punibilidad o penalidad, al igual que los otros elementos del delito, requiere la presencia de requisitos, en primer plano necesita del acto típico, antijurídico y culpable, luego debe reunir las llamadas condiciones objetivas de punibilidad que son "circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en

algún delito concreto la imposición de una pena”³²; Ernesto Beling, las define así “Son ciertas circunstancias exigida por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad...”³³; Liszt-Schmidt considera que son: “las circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de una sanción”³⁴.

También encontramos las condiciones objetivas de procedibilidad, que son aquellas que deben cumplirse para poder iniciar un proceso penal. Así mismo existen causas que absuelven o excluyen la imposición de una pena, causas que son relativas al agente y sólo le afectan a él, situaciones que las encontramos en los artículos 46, 47, 48, 49 y 50 del Código Penal y que se refieren a la pena que se impone en los casos de tentativa, complicidad, encubrimiento ocultación o perturbación mental relativa.

3.9 La pena

La pena es “el sufrimiento impuesto por el poder social al responsable de una infracción de la ley penal”³⁵. Los positivistas consideran que la pena es un tratamiento que utiliza el Estado para defender a la sociedad de aquel individuo socialmente peligroso y que ha cometido un delito. La pena es la supresión de un derecho que únicamente puede ser empleada por el Estado a través de los jueces y en base a un proceso previo. Se conoce como sujeto imputable, a la persona que recibe la sanción y que es penalmente responsable.

La pena se caracteriza por los siguientes aspectos:

- Legalidad.- Art. 2 del Código Penal, “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción penal por la ley penal, ni

³² MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, Pág. 172, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990.

³³ JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, Pág. 418, Buenos Aires, 1958.

³⁴ JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, Pág. 418, Buenos Aires, 1958

³⁵ CAMACHO Y., C.A, Nociones de Ciencias Penales, Pág.148, Universidad de Guayaquil, 1941

sufrir una pena que no esté en ella establecida”. Esta característica hace referencia al principio, *Nullum Crimen sine lege*.

- Proporcionalidad.- Este aspecto se refiere a que debe haber una proporción cualitativa (naturaleza del hecho) y cuantitativa (mayor o menor), entre la sanción y el delito.
- Individualidad.- Este principio se refiere a que la pena es personal y solo afecta al agente.
- Irrevocabilidad.- La pena tiene carácter de irrevocable toda vez que dictada sentencia ejecutoriada, debe cumplirse inmediatamente, sino la pena pierde su objetivo sancionador y protector.
- Publicidad.- Cuando se ha sancionado penalmente a una persona, ésta sanción debe ser puesta a conocimiento de la sociedad para que ésta conozca como finalizan los procesos penales.

4. Las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad, genéricamente, son las sanciones que se aplican a los sujetos imputables que realizaron la conducta típica y antijurídica. Pueden ser impuestas accesoriamente a la pena, o en lugar de ésta, con el objeto de evitar nuevos ilícitos. Las medidas de seguridad aparecen por primera vez en el Código Penal Suizo de 1893, y tenían como objetivo integrara el régimen de penas, como complementarias o en el caso de que no se pueda aplicar una pena. Actualmente se aplican como medidas de prevención a quienes se considere sujetos socialmente peligrosos. Las medidas de seguridad al igual que las penas, se deben al principio de legalidad, es decir que no pueden aplicarse sino es en base a una conducta típica y antijurídica previa, no se sustenta en el elemento de la imputabilidad, es decir que los inimputables pueden ser sancionados mediante éste sistema.

Grispigni considera que “La medida de seguridad, lo mismo que la pena, a) consistiría en la disminución de un bien jurídico; b) tendría por presupuesto un delito

sería proporcionada a la peligrosidad; c) tendería a readaptar e inocuizar, y d) sería jurisdiccionalmente aplicada”.³⁶

³⁶ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, cita, Pág. 261, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990.

CAPITULO III

EL SISTEMA FINANCIERO ECUATORIANO

1. Generalidades

Los sistemas financieros se encuentran conformados por autoridades, entidades e instituciones que señalan normas, realizan y controlan las operaciones financieras. Un sistema financiero de manera general comprende tres categorías que si bien es cierto, son distintas, están íntimamente relacionadas entre sí debido a que al funcionar dos o más entidades o autoridades forman parte del sistema financiero, que se lo puede llamar también sistema bancario.

En el Ecuador y conforme lo manifiesta la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, en su Art. 30, el sistema financiero se encuentra conformado por el Banco Central, las Instituciones del Sistema financiero público y las instituciones del sistema financiero privado, entidades que se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos.

Como lo expone Sergio Rodríguez Azuero, en su obra Contratos Bancarios, el sistema financiero o bancario, se encuentra formado por entidades reguladoras, intermediarias financieras, entidades de control y entidades de apoyo especial, cada una de ellas con funciones y facultades específicas asignadas de tal manera que proporcionen un correcto funcionamiento del sistema.

2. Entidades Reguladoras.

Las entidades reguladoras, como su nombre mismo lo expresa, tienen la facultad de regular estrictamente las operaciones bancarias. Esta facultad es propia del Estado y la ejerce de manera directa o a través de concesión a particulares. La facultad a la

cual nos estamos refiriendo en el presente análisis puede nacer de la Constitución, es en éste cuerpo legislativo en el que encontramos si la facultad referida pertenece exclusivamente al Estado o si puede ser desempeñada de manera particular; puede también, nacer de la Constitución con apego a lo dispuesto por el Legislativo, ya que excepcionalmente éste se encuentra facultado para tal efecto; y finalmente, puede también ésta regulación resultar de normas emitidas por una entidad especializada que se encuentran autorizadas por la ley y cuyo objetivo es el manejo de la actividad monetaria, éstas entidades especializadas pueden ser la Banca Central, la Superintendencia de Bancos, el Ministerio de Finanzas, entre otras.

El Banco Central es “el organismo técnico y autónomo, ejecutor de la política monetaria, financiera, crediticia y cambiaria de la República, adoptada por la Junta Monetaria. Es una persona jurídica de derecho público, de duración indefinida, con patrimonio propio. Su capital es de propiedad exclusiva e intransferible de la República del Ecuador. Es el agente financiero de la República”³⁷, conforme lo establece el Art. 261 de la Constitución Política de la República del Ecuador es “persona jurídica de derecho público con autonomía técnica y administrativa, tendrá como funciones establecer, controlar y aplicar las políticas monetaria, financiera, crediticia y cambiaria del Estado y, como objetivo, velar por la estabilidad de la moneda”. Jiménez de Azuero considera que ésta entidad es de trascendental importancia, tanto que afirma que es inconcebible un sistema financiero que no tenga un Banco Central como eje, como organismo superior, regulador y coordinador de las actividades y funciones propias de los demás bancos. El Banco Central, puede desempeñar el papel de Suprema Autoridad Monetaria; Banco de bancos; o, banquero del Gobierno.

El Banco Central del Ecuador es una institución financiera pública que nace gracias a la intervención de la misión Kemmerer, la misma que estaba presidida por el profesor de Princeton E. W. Kemmerer, y que venían implementando en el resto de países de América del Sur nuevas políticas económicas. La misión presentó en el año de 1927 un Proyecto de Ley Orgánica del Banco Central del Ecuador, mediante el cual se proponía la creación de una compañía anónima, con un lapso de duración de

³⁷ GUZMAN, Marco Antonio, Derecho Económico Ecuatoriano I, Pág. 181, Corporación Editora Nacional, 1996

cincuenta años y autorizada a emitir billetes, redescantar a tasa fija, constituirse en depositaria del gobierno y de los bancos asociados, administrar el mercado de cambio y desempeñarse como agente fiscal.

Este proyecto de ley fue decretado el 12 de marzo de 1927, en el Registro Oficial N. 283, por el presidente Isidro Ayora, y tenía como objetivo reemplazar a la Caja Central de Emisión y Amortización, organismo que estaba encargado de reconocer el monto de los medios de pago y autorizar de manera provisional la emisión de billetes, por ser considerada insuficiente para los intereses económicos del país. El 3 de junio del mismo año se aprobaron los estatutos de la nueva institución, y finalmente, el 10 de agosto el Banco Central del Ecuador empezó a funcionar como tal.

El Ecuador sufrió varias crisis económicas como la llamada Gran Depresión de 1929, y el repunte de inflación de la Segunda Guerra Mundial, y sus objetivos siempre fueron salvaguardar la estabilidad en los precios y la preservación de una situación financiera solvente. En la actualidad y luego del proceso de dolarización, los objetivos del Banco Central son garantizar el funcionamiento del régimen monetario de dolarización e impulsar el crecimiento económico del país a mas de los objetivos específicos que cito a continuación:

- “Analizar y monitorear la evolución de la economía ecuatoriana y de la economía internacional en la coyuntura; así como en el mediano y largo plazos, con el propósito de recomendar políticas y estrategias para el crecimiento de país. Elaborar, evaluar y efectuar el seguimiento del programa macroeconómico del país.
- Elaborar las estadísticas, previsiones económicas y encuestas de coyuntura, difundir y publicar documentos de análisis e investigación económica.
- Analizar los riesgos inherentes al sistema financiero nacional y a las operaciones que realiza el Banco Central del Ecuador.
- Recuperar, judicial y extrajudicialmente, los créditos concedidos por el Banco Central del Ecuador y efectuar la recepción, mantenimiento y enajenación de los activos fijos y financieros recibidos en pago.

- Proveer al sistema financiero nacional del servicio de recepción, clasificación, custodia y distribución de billetes dólares y moneda fraccionaria y al público en general, el servicio de canje de billetes y monedas.
- Invertir en los mercados financieros internacional y nacional, los recursos de la Reserva de Libre Disponibilidad y otros fondos entregados para su administración.
- Actuar como depositario oficial de los fondos públicos y del encaje bancario, regular y administrar el sistema de pagos, prestar servicios bancarios nacionales e internacionales, supervisar y registrar las operaciones de comercio exterior, controlar el ingreso de divisas por exportaciones; efectuar la emisión y el servicio de la deuda pública y, registrar la deuda externa privada, así como la inversión extranjera.
- Administrar los mecanismos de recirculación de liquidez y proveer el servicio de custodia para el sistema financiero. Realizar el servicio de la deuda pública interna.”³⁸

3. Intermediarios Financieros

“Los intermediarios financieros son los organismos o instituciones encargados de captar los recursos de capital y transferirlos a los sectores productivos de la actividad económica.”³⁹. Utilizan los recursos que los clientes han necesitado en momentos que no necesitaban disponer de los mismos, para colocarlos, temporalmente, a disposición de otros clientes que necesitan de esos recursos.

Cuando hablamos de bancos resulta que nos estamos refiriendo de igual manera a intermediarios financieros. Los Bancos según lo manifiesta el jurista Francisco Morales Casas, en su libro “Fundamentos de la actividad y los negocios bancarios”, son “Un establecimiento de estructura accionaria privada o pública y de naturaleza mercantil que debidamente autorizado, que capta recursos de capital en forma de

³⁸ <http://www.bce.fin.ec/pregun1.php>

³⁹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos Bancarios, 5ta. Edición, Pág. 139, Legis Editores S.A, Colombia

depósito y los transfiere, junto con sus propios recursos y bajo su propia responsabilidad, hacia otros sectores de la actividad económica”

Los bancos o intermediarios prestan diversos tipos de servicio relativos a la actividad financiera que dependiendo del objetivo que éstos tengan tendrán tal o cual calidad, así vemos que un sistema financiero podemos encontrar la siguiente clasificación:

1. Bancos Comerciales o de Depósito.- Son aquellos que captan recursos del mercado a través de los depósitos bancarios. Los recursos captados junto al capital propio y la respectiva reserva son utilizados para hacer préstamos a corto plazo.
2. Bancos Financieros o de Inversión.- Conocidos también como Sociedades o Corporaciones Financieras. Esta clase de intermediarios capta recursos valiéndose de depósitos o préstamos a mediano y largo plazo. A diferencia de los anteriores, otorgan créditos a empresas que desean comprar activos, y que por su elevado costo y lenta amortización no se pueden financiar a corto plazo; nos estamos refiriendo a créditos preferentemente para industrias.
3. Bancos Hipotecarios.- Este tipo de bancos se caracteriza por captar los recursos del público emitiendo títulos llamados cédulas o bonos hipotecarios, que se encuentran respaldados por los créditos constituidos a su favor. El objetivo de estos intermediarios es la colocación de los recursos captados mas su propio capital en la compra o construcción de vivienda sobre la cual se constituirá una garantía hipotecaria como respaldo del crédito otorgado. El fin de esta clase de bancos es dotar a la población de vivienda.
4. Bancos de Ahorro.- Son entidades que captan pequeños recursos de la comunidad a través de depósitos en cuentas de ahorro. Otorga créditos a los usuarios de éste servicio tanto a mediano como a largo plazo.
5. Bancos Fiduciarios.- Este tipo de bancos utiliza la figura del Fideicomiso para captar recursos. Celebra con sus clientes contratos de fiduciaria mercantil o fideicomiso, y la colocación de los recursos captados obedece como es de suponer, a las instrucciones dadas por sus clientes. Unicamente reciben recursos a través de este sistema, no pueden canalizarlos por medio de otra vía.

6. Bancos de Capitalización.- Mediante un contrato de capitalización, el mismo que busca formar un capital a través del ahorro permanente y constante, o excepcionalmente, por medio del pago de una determinada cantidad de dinero. Los recursos captados son utilizados para hacer préstamos a sus clientes, una especie de reembolso o anticipo de los dineros depositados. Utilizan el mecanismo de sorteo para favorecer a sus clientes con los llamados “reembolsos anticipados”, de tal manera que los clientes pueden obtener de forma anticipada una cantidad del dinero cuya capitalización se persigue, en el caso de salir sorteado.
7. Bancos Nacionales y Extranjeros.- Esta clasificación como es de suponerse, depende del lugar que los bancos hayan fijado como domicilio principal. Es importante señalar que en el caso de los bancos extranjeros la captación de recursos dependerá de la política interna del Estado.
8. Bancos Públicos y Privados.- La calidad de banco público depende de si el Estado tiene su banca nacionalizada, es decir, si es él mismo el que se encarga de prestar el servicio bancario, o si lo hace a través de particulares, caso en el cual estaríamos hablando de banco privado.
9. Bancos de crédito agrícola, ganadero o minero.- Son bancos que proporcionan créditos a plazos relativos para fomentar las actividades enunciadas. El mecanismo de captación y de colocación de los recursos en cualquiera de los tres casos es el mismo, pero siempre están respaldados por una garantía.
10. Cooperativas.- Estos intermediarios nacen de asociaciones, cooperativas o mutuales, en las cuales se concentra el esfuerzo de los asociados para la consecución de fondos, al mismo tiempo, que se benefician de los créditos o demás servicios financieros que puedan prestar.

4. Entidades de Control

Los intermediarios bancarios al constituirse como sociedades de capital se encuentran sometidos a un estricto control tanto interno como externo. Control interno previsto por la ley y los estatutos que los rigen, a través de organismos como la revisora o auditoria; y, control externo que se refiere a la vigilancia que el Estado ejerce de manera habitual sobre dichas sociedades.

La ley General de Instituciones del Sistema Financiero ha designado a la Superintendencia de Bancos y Seguros y la Junta Bancaria como los máximos organismos de control del sistema financiero privado. Estos organismos desempeñan las funciones de control referidas conforme lo encontramos expuesto en el artículo primero de La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, el mismo que señala: “Esta ley regula la creación, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las instituciones del sistema financiero privado, así como la organización y funciones de la **Superintendencia de Bancos y Seguros**, en la órbita de su competencia, **entidad encargada de la supervisión y control del sistema financiero**, en todo lo cual se tiene presente la protección de los intereses del público...” . (El resaltado me corresponde)

Dentro de las principales funciones que desempeñan este tipo de entidades, según lo señalado por la doctrina, están:

- Participar en el nacimiento de los bancos;
- Llevar registro mercantil, del nacimiento mismo de la persona jurídica, así como de su representación legal;
- Posesionar y calificar la idoneidad de las personas que pueden o no formar su directorio;
- Autorizar la apertura de sucursales, previo un estudio de mercado;
- Autorizar la apertura de secciones en los bancos, es decir, abrir otro tipo de secciones distintas a las de su naturaleza ;
- Señalar normas sobre contabilidad y operaciones;
- Aplicar sanciones por incumplimiento de la ley;
- Adoptar medidas de saneamiento;
- Tomar posesión de un establecimiento cuando se encuentre en riesgo su estabilidad económica ;
- Ejercer funciones jurisdiccionales, es decir, proferir decisiones con fuerza de cosa juzgada;
- Realizar una supervisión consolidada, un estudio de balances para asegurar la estabilidad económica de los bancos.

En el Ecuador el organismo encargado del control externo de dichas sociedades es la Superintendencia de Bancos, es según lo expone la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en el Art. 171: “Organismo técnico con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público, esta dirigida y representada por el Superintendente de Bancos. Tiene a su cargo la vigilancia y el control de las instituciones del sistema financiero público y privado, así como de las compañías de seguros y reaseguros, determinadas en la Constitución y en la Ley”. A decir de Marco Antonio Guzmán, la Superintendencia de Bancos es “Una persona jurídica de derecho público, que funciona como organismo técnico y autónomo, dirigido y representado por el Superintendente de Bancos”⁴⁰

El Estado garantiza en el cuerpo legislativo constitucional a través del Art. 242 que “La organización y el funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios; y a la propiedad de los medios de producción”. Así mismo, en el mentado cuerpo legal, encontramos en el Art. 244 las obligaciones que en cuanto al sistema económico le corresponden al Estado, y que a continuación en consideración al tema objeto de análisis del presente trabajo cito: “... 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizará la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones;...4. Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley, y regularlas y controlarlas en defensa del bien común. Se prohíbe el anatocismo en el sistema crediticio...”.

El sistema financiero ecuatoriano se encuentra regido por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la misma que tiene como objeto la creación, organización, actividades y funcionamiento de las entidades del sector privado que conforman el régimen, así como también regula las funciones que tiene a su cargo la

⁴⁰ GUZMAN, Marco Antonio, Derecho Económico Ecuatoriano I, Pág. 195, Corporación Editora Nacional, 1996

Superintendencia de Bancos, organismo que tiene como objeto principal, la supervisión y control de las actividades que realizan las diferentes entidades financieras en cuanto a la prestación de servicios al público. La ley esta encaminada a mantener una solidez económica, financiera, la solvencia y seguridad de las entidades que conforman el Sistema Financiero Ecuatoriano

Es importante señalar que esta Ley, rige para las instituciones financieras privadas, ya que las de sector público, así como las compañías de seguros y reaseguros, se rigen por sus propias leyes en cuanto a su creación, actividades, funcionamiento y organización, pero sin embargo, se someterán a ésta Ley, en cuanto a la solvencia, prudencia financiera, control y vigilancia, que serán llevadas a cabo por la antes mencionada Superintendencia, obviamente dentro de un marco legal.

Para efectos de aplicación de ésta Ley son Instituciones Financieras Privadas:

- Los Bancos;
- Las sociedades financieras o corporaciones de inversión o desarrollo;
- Las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda; y,
- Las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público.

El Art. 2 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero señala claramente las características de las entidades antes citadas:

“Los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo se caracterizan principalmente por ser intermediarios en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, captando recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente, en operaciones de crédito e inversión.

Las asociaciones mutualista de ahorro y crédito para la vivienda son instituciones cuya actividad principal es la captación de recursos del público para destinarlos al

financiamiento de la vivienda, la construcción y al bienestar familiar de sus asociados, que deberá evidenciarse en la composición de sus activos.”

Así mismo, este artículo señala aquellas actividades que bajo ningún concepto podrán realizar estas instituciones y que en cuanto a las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo está prohibido “a) Recibir recursos del público en depósitos a la vista. Los depósitos a la vista con obligaciones bancarias, comprenden los depósitos monetarios exigibles mediante la prestación de cheques u otros mecanismos de paso o registro; los de ahorro exigibles mediante la presentación de libretas de ahorro u otros mecanismos de pago y registro; y, en cualquier otro exigible en un plazo menor a treinta días...” y “b) Conceder créditos en cuenta corriente, contratados o no”⁴¹

En cuanto a las operaciones que no pueden realizar las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación con el público, éstas se encuentran aludidas en el mismo Art. 2, y corresponden a lo señalado en el Art. 51, literales j), m), t) y v) y que se refieren a: “Art. 51 ... j) Negociar títulos valores y descontar letras documentarias sobre el exterior, o hacer adelantos sobre ellas; m) Efectuar por cuenta propia o de terceros, operaciones con divisas, contratar reportos y arbitraje sobre éstas y emitir o negociar cheques viajeros; t) Comprar o vender minerales preciosos acuñados o en barra; y, v) Garantizar las colocaciones de acciones u obligaciones”, además, las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público, no pueden realizar las actividades que se encuentran señaladas en los literales i) y q) del mismo artículo 51, y que comprenden “i) Negociar documentos resultantes de operaciones de comercio exterior; q) Efectuar operaciones de arrendamiento mercantil de acuerdo a las normas previstas en la ley”

Como se hizo mención en párrafos anteriores, la Superintendencia de Bancos, está encargada de vigilar la creación, actividades, funcionamiento y organización de los entes que conforman el sistema financiero privado. Este órgano de supervisión nace el 6 de septiembre del año 1927, inspirada en la misión Kemmerer, presidida por

⁴¹ ART. 51, LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

Edwin Walter Kemmerer, la misma que ocasionó en el Ecuador un verdadero cambio en el sistema bancario y financiero con la promulgación de leyes como: la Ley Orgánica de Bancos, la Ley Orgánica del Banco Hipotecario (Banco Nacional de Fomento) y la Ley Orgánica del Banco Central, así como otros cuerpos legales que ayudaron al manejo de la hacienda pública. Tal es su importancia dentro del sistema financiero que la LGISF, dedica el Título XII al estudio de todo lo referente a éste organismo.

El Art. 171 señala a la Superintendencia de Bancos como “... organismo técnico con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público, esta dirigida y representada por el Superintendente de Bancos. Tiene a su cargo la vigilancia y el control de las instituciones del sistema financiero público y privado, así como de las compañías de seguros y reaseguros, determinadas en la Constitución y en la ley”. Este órgano de vigilancia y control al cual me referiré en adelante como la “Super” está presidido por el Superintendente de Bancos, quien para efectos de elección, tiempo de duración y remoción se remitirá a lo dispuesto en la Constitución, y goza de fuero de Corte Superior.

“La Super” cuenta con una Junta Bancaria, la misma que de acuerdo con lo expuesto en el Art. 174 de la LGISF está conformada por cinco miembros: el Superintendente de Bancos, el Gerente General del Banco Central del Ecuador, dos miembros con sus respectivos alternos, que serán designados por el Presidente Constitucional de la República; y, un quinto miembro, y su alterno, que serán designados por los cuatro restantes. Los miembros de ésta junta, excepto el Superintendente y el Gerente General del Banco Central, desempeñarán sus funciones por un período de seis años, mientras que los miembros designados por el Presidente de la República, sólo podrán ser removidos mediante decreto y por los mismos motivos que sería removido el Superintendente.

El Art. 175 señala las atribuciones que le corresponden a la Junta Bancaria, las mismas que consisten en:

- Formular la política de control y supervisión del sistema financiero, aprobar las modificaciones del nivel requerido de patrimonio técnico y las

ponderaciones de los activos de riesgo y pronunciarse sobre el establecimiento y liquidación de las instituciones financieras, así como de la remoción de sus administradores;

- Resolver los casos no consultados en esta ley, así como las dudas en cuanto al carácter bancario y financiero de las operaciones y actividades que realicen las instituciones financieras y dictar las resoluciones de carácter general para la aplicación de esta ley,
- Determinar las operaciones y servicios no señalados expresamente en esta ley que sean compatibles con las actividades de las instituciones financieras;
- Resolver los recursos de revisión de orden administrativo planteados ante este órgano;
- Aprobar el presupuesto y la escala de remuneraciones del personal de la Superintendencia; y,
- Conocer la memoria que elabore el Superintendente en forma previa a su remisión al Congreso Nacional.

Dentro de las obligaciones que se le atribuyen al Superintendente de Bancos, está presentar al Congreso Nacional antes del diez de agosto de cada año un informe detallado de las actividades realizadas por el órgano bajo su dependencia, así como un resumen de balances de situación, pérdidas y ganancias, posición de patrimonio técnico y calificación de activos de riesgo, así como otro tipo de información que se requiera de las instituciones que se encuentran bajo su control o supervisión. De acuerdo con lo expuesto en el artículo 180 del cuerpo legal motivo del presente análisis, son también atribuciones del Superintendente: velar por la estabilidad, así como por la solidez y el correcto funcionamiento de las instituciones que se encuentran bajo su control, y que éstas cumplan con las normas que rigen su funcionamiento; precautelar la información proporcionada por las instituciones sometidas a su vigilancia, las mismas que deben ser de conocimiento público, para lo cual se necesita claridad y veracidad, de tal manera que puedan ser comprendidas cabalmente; vigilar la publicidad que manejen las instituciones controladas, su publicidad debe ajustarse a normas vigentes, a una realidad jurídica y económica ya sea del producto o servicio que éstas presten; además, debe establecer programas de vigilancia preventiva y realizar inspecciones a todas las instituciones, con la finalidad

de obtener un conocimiento acerca de la situación económica y financiera, de los negocios que éstas realizan, así como comprobar la información que éstas remitan al Banco Central; poner a disposición del público un centro de información; así como publicar la calificación de riesgo realizada por las calificadoras designadas por la junta bancaria, a través de la prensa a nivel nacional. Tiene como atribución imponer sanciones administrativas a las instituciones, así como a sus administradores, directores y funcionarios que violasen las normas pertinentes.

El 18 de octubre de 2005, se publicó en el registro oficial la Ley 2005-13, ley creada para combatir el lavado de dinero en el Ecuador. Esta ley consideró necesaria la creación de una unidad de carácter técnico-científico que realice actividades de inteligencia financiera, que se encuentra bajo la vigilancia o supervisión de la Superintendencia de Bancos, y que tiene como objetivo brindar información sobre operaciones o transacciones inusuales, injustificadas o sospechosas al Ministerio Público y a otros Funcionarios competentes, juntas tienen como deber cumplir con lo señalado en el Art. 3 de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, y que dentro de nuestro marco de estudio resultan ser las mas importantes:

- c. Registrar las operaciones y transacciones en efectivo cuya cuantía sea igual o superior a diez mil dólares de los Estado Unidos de América o su equivalente en otras monedas, así como las operaciones y transacciones múltiples en efectivo que, en conjunto, sean iguales o superiores a dicho valor, cuando sean realizadas en beneficio de una misma persona y dentro de un período de treinta (30) días. Dicho registro se realizará en los respectivos formularios aprobados por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en coordinación con la Unidad de Inteligencia Financiera.
- d. Reportar a la Unidad de Inteligencia Financiera, dentro de un plazo no mayor a cuarenta y ocho horas, las operaciones a las que se refiere el literal precedente: Este Plazo se contará a partir de la fecha en que se verifique a mencionada operación o transacción; y,
- e. Reportar periódica y sistemáticamente a la Unidad de Inteligencia Financiera, bajo responsabilidad personal e institucional, acerca de la existencia o no de operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas de las que

tengan conocimiento. Este deber se cumplirá dentro de los quince días posteriores al cierre del ejercicio mensual de cada entidad.

La unidad de inteligencia a la que nos estamos refiriendo, puede solicitar que se cumplan las obligaciones citadas anteriormente a personas jurídicas o naturales, estén o no vinculadas al sistema financiero o de seguros, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir lo previsto en la Ley para Reprimir el Lavado de Activos

5. Entidades de Apoyo

Las entidades de apoyo surgen en respuesta a la deficiente actuación de las entidades reguladoras, así como, de las entidades de control. Son entidades que vienen a complementar las tareas asignadas a los organismos ya estudiados, sus objetivos principales, son el fortalecimiento patrimonial, apoyo a los pequeños depositantes y liquidación administrativa.

a) Fortalecimiento Patrimonial.- Para cumplir este objetivo las entidades de apoyo están facultadas para:

- Capitalizar, se trata de suscribir acciones en una entidad, así como de negociarlas, bajo ciertos supuestos.
- Otorgar créditos, créditos que se diferencian de los otorgados por el Banco Central, debido a que éstos están destinados a fortalecer el patrimonio de las instituciones, con la finalidad de proteger a los ahorristas.
- Garantizar las operaciones, “Puede revestir distintas modalidades, desde el otorgamiento general de avales y garantías hasta la constitución de garantías específicas requeridas para procesos de titularización, o para compensar a quienes deban asumir pérdidas en fusiones, adquisiciones u otras operaciones similares, resultantes de un proceso de saneamiento”⁴²

b) Apoyo a los pequeños depositantes.- La entidades de apoyo tratan a través de éste objetivo, garantizar o asegurar los depósitos realizados por los clientes

⁴² RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos Bancarios, 5ta. Edición, Pág. 157, Legis Editores S.A, Colombia

pequeños ahorristas en caso de concurso, quiebra o liquidación de la institución.

- c) Liquidación administrativa.- Cuando las entidades entran en liquidación por procesos de concurso o quiebra, las entidades de apoyo participan en ella, para designar o remover al liquidador que se encargará de elaborar inventarios, avalúos, reconocimientos de créditos, tramitación y resolución de recursos que se interpongan, recaudo de créditos, venta y liquidación de activos, iniciar acciones de responsabilidad contra administradores anteriores o terceros, en fin, toda actividad que tenga como objeto cancelar los pasivos y liquidar la entidad.

En el Ecuador, el ente que encaja dentro de este tipo de Instituciones que conforman el sistema financiero es la Agencia de Garantía de Depósitos, AGD, entidad de derecho público, autónoma y con personería jurídica propia creada con el fin de dotar a las autoridades de control los medios necesarios para asegurar los depósitos realizados. Es un organismo que cuenta con todos los poderes para vigilar la dinámica financiera del país y tiene como principal objetivo velar por los depósitos de los ahorristas a través de una constante y estricta supervisión a las instituciones del sistema financiero, goza de potestad para intervenir de manera directa en la administración de las instituciones financieras de considerarlo necesario, es decir, cuando esta administración sea considerada de alto riesgo. Esta institución mas que de apoyo, es una entidad de garantía.

Este organismo al igual que todos los estudiados hasta el momento, está compuesta por un directorio, el mismo que se encuentra conformado por el Superintendente de Bancos, quien lo preside, el Ministro de Finanzas y un miembro del directorio del Banco Central.

La AGD puede empezar un proceso de saneamiento y por tanto de garantizar los depósitos a través de dos medidas; primera: el cierre de atención al público durante un determinado tiempo, durante este periodo la AGD asume todas las obligaciones y atribuciones de la Junta General de Accionistas, inclusive la potestad de remover a directores, administradores y funcionarios; segunda: la AGD, podrá designar un

administrador temporal, quien en el plazo de sesenta días deberá presentar un informe sobre la situación real de la institución.

CAPITULO IV

LA ESTAFA

1. Generalidades

El delito de estafa encuentra su origen en el antiguo Derecho Romano. El vocablo "*stellionatus*", deriva del latín "*stellio*" y "*onis*"; bajo esta denominación se designaba al estelionato, figura a través de la cual se castigaban aquellos actos (de falsedad), que se cometían para lesionar el patrimonio de otras personas. Sin embargo los juristas romanos no definieron nunca a éste delito, debido a que era el pretor quien determinaba cuando un hecho debía ser castigado penalmente, y como resultaba imposible señalar todas las formas posibles de estelionato, los pretores establecieron algunos hechos que se mirarían como tal, estos hechos eran: empeñar, vender, permutar, dar insolutum una cosa ya obligada, sustituir mercaderías después de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la entrega. Las penas aplicables a estos delitos, tampoco se encontraban establecidas, motivo por el cual la imposición de la sanción quedaba al arbitrio de los pretores.

Hay quienes sostienen que el delito de estafa no tuvo su origen en el derecho romano, en primer lugar, porque ya algunas leyes como el código de Hammurabi, las leyes de Manú, el Avesta Persa, el Libro del Profeta Amos, el Corán, entre otros, habían proveído ya algunas formas de estafa; el segundo motivo, por el cual se sostiene que el delito de estafa no tuvo su origen en el derecho romano, es porque como lo manifesté oportunamente, en Roma nunca se definió específicamente al delito, solo se refirieron a éste de una manera muy general, señalando únicamente delitos de fraude.

El "*crimen stellionatus*", aparece en la época de Antonio Pío para sancionar aquellas conductas fraudulentas que no encasillaban dentro de la falsedades, ésta figura se

utilizaba de manera excepcional, ya que se la aplicaba sólo cuando la conducta no se podía incluir dentro de la figura del hurto ni de las falsedades.

Carrara, conforme lo cita Jorge Zavala Baquerizo (Estudios de Derecho Penal Especial, Pág. 252, Editora Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 1.992), el estelión o salamandra sugirió a los romanos el nombre para definir este tipo de conductas que son cometidas con la finalidad de perjudicar la propiedad ajena, y que oscilan entre la falsedad y el hurto, aunque es claro que no se trata del uno ni del otro.

Las Partidas asimilan al dolo con el engaño y manifiestan que el engaño puede darse de dos maneras: la primera, cuando se utilizan palabras engañosas; y segunda, cuando se emplea el silencio engañoso o palabras encubiertas, en este caso se habla de engaño por omisión. Las Partidas tampoco señalan concretamente una pena para éste delito, permitía que el juez imponga la sanción, tomando en cuenta siempre la personalidad tanto del acusado como del acusador.

El derecho alemán antiguo se refirió al delito de estafa como *betrug* como varios tipos de fraude pero no lo definió concretamente.

La primera vez que se hace referencia a la estafa como un delito independiente de otras figuras de fraude es con la Ley del 19 y 22 de julio de 1.791, ésta Ley manifestaba que “Los que por medio de dolo o con la ayuda de falso nombre, o falsas empresas, o un crédito imaginario o esperanza y temores quiméricos abusen de la credulidad de algunas personas y estafando la totalidad o parte de sus fortunas, serán perseguidos ante los tribunales de distritos; si la estafa es probada, el tribunal después de pronunciar las restituciones, los daños y perjuicios, está autorizado a condenar por vía correccional a una multa que no podría exceder de 5000 libras y a prisión que no podría exceder de dos años”⁴³. El precepto citado, confundía el dolo civil con el abuso de credulidad, además daba atribuciones a los tribunales civiles para que se pronuncien respecto de la pena a imponerse; y, para que se configure el delito de estafa bastaba solamente la presencia de dolo.

En 1.810 el Código Penal Francés, citado anteriormente, en su Art. 405, señaló de manera mas compleja el delito de estafa, separando el área civil de la penal, ya que

⁴³ <http://www.geocities.com/CapitolHill/Senate/8569/estafa3.html>

se suprimió la palabra dolo, entonces ya no bastaba simplemente la intención de causar daño a un tercero, además que, a través de éste artículo se establece también la tentativa de estafa.

2. Definición

El delito de estafa ha alcanzado varias denominaciones, así, los italianos la llaman *truffa*, mientras que los alemanes se refieren a ella como *betrug*, en el Código de Napoleón se la conocía con el nombre de *escroquerie*, y el código Brasileño utiliza la denominación *estolionato*; el código de Guatemala al igual que el nuestro, la llama propiamente *estafa*, mientras que en México se refieren a ésta como *fraude*.

La “Estafa es la inducción de alguien en error mediante artificios o maquinaciones, con el fin de obtener para si mismo o para otro un provecho injusto con daño con daño ajeno”.⁴⁴

Cito a continuación algunas definiciones de varios tratadistas frente al delito de estafa:

- Adolfo Merkel, “La estafa consiste en la apropiaciones ilegítima de valores patrimoniales ajenos, de un modo gratuito y por medio de engaño”.
- Luis Carlos Pérez, manifiesta que “la esencia de la estafa es el aprovechamiento indebido de bienes ajenos, mediando artificios o engaños para obtenerlos”
- Para Mariano Jiménez “La verdadera esencia antijurídica del delito de fraude radica en los engaños, ardides, artificios y maquinaciones de que se vale el sujeto activo para sumergir en un error a otro y determinarlo a realizar un acto de disposición patrimonial”
- Alfredo J. Molinario manifiesta: “Obtención ilegítima de un bien patrimonial ajeno, con perjuicio de la víctima, que lo entrega voluntariamente, inducida en error por el ejemplo de ardides o maquinaciones aptas a ese efecto”
- Eugenio Cuello Calón, manifiesta que la estafa es “El perjuicio patrimonial realizado con ánimo de lucro mediante engaño”

⁴⁴ RANIERI, Manual de Derecho Penal, Temis Bogotá-Colombia, 1974

Para definir el delito de la estafa existen tres criterios al respecto:

1. El casuístico, es decir que solo se mirará como estafa a aquella acción que sea cometida a través de los medios claramente especificados en la ley, de tal modo, que será estafa cuando se “use falso nombre o falsas cualidades, empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario, o para hacer nacer una esperanza o temor de un suceso o accidente, o cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, descargos y que por cualquiera de esos medios estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro...” (Art. 405 del Código Penal de Francia). Este criterio es empleado en la legislación francesa, de República Dominicana, Nicaragua y Paraguay, y no es muy aconsejable, puesto que quedan fuera de la clasificación taxativa un sin número de engaños a través de los cuales se puede también configurar el delito de estafa.
2. El genérico, usado por países como Colombia, Italia, Brasil, Costa Rica, México, Panamá, Uruguay y Venezuela, con éste sistema se deja al juez la tarea de distinguir el engaño no punible del engaño delictuoso.
3. El casuístico-genérico, es una mezcla de los dos criterios anteriores, que consiste en que la legislación indica a manera de ejemplo los medios engañosos idóneos para consumir el delito de estafa, pero queda a criterio del juez establecer si los medios por los cuales se cometió el presunto delito, permiten que se hable de estafa en tal o cual caso.

La estafa es un delito que se configura a través de la figura del engaño, siendo este el elemento que lo diferencia de los demás delitos que se cometen contra la propiedad. En este tipo penal el agente actúa con inteligencia y astucia para engañar a su víctima y así hacerse entregar de manera voluntaria el bien requerido.

Después de todo lo expuesto podemos definir al delito de estafa de la siguiente manera:

“Es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”⁴⁵.

Nuestra legislación al respecto a través del Art. 563 del Código Penal establece:

“El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que cometiere el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos.

La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales.”

La estafa o *stellionatus*, como Humberto Barrera Domínguez cita a Carrara, quien manifiesta que se utiliza desde la época de los romanos “para designar una forma particular de delitos contra el patrimonio económico ajeno, y su carácter es, precisamente, el de configurar un injusto despojo de la propiedad ajena que no es ni verdadero hurto, ni verdadera trufa, ni verdadera falsedad. Sin embargo, tiene algo de hurto, porque se lesiona injustamente la propiedad ajena; tiene de la trufa, porque se abusa de la buena fe ajena, y tiene algo de falsedad, porque a ello se llega con engaño y mentira. Pero no es verdadero hurto, porque la posesión de la cosa que se quiere usurpar se obtiene con el consentimiento del dueño, si bien ese

⁴⁵ <http://www.geocities.com/CapitolHill/Senate/8569/estafa3.html>

consentimiento, por ser arrancado con dolo al propietario engañado, no se considera en las relaciones de éste con el delincuente como hábil para transferir el dominio. No es verdadera falsedad, porque la alteración de la verdad es principalmente ideológica, y si de alguna manera se agrega a ella alguna falsedad material, ésta no recae sobre un documento que tenga la apariencia de coacción jurídica respecto del tercero, por lo cual no presenta los verdaderos caracteres de la falsedad instrumental. No es verdadera trufa, porque la cosa ordinariamente se supone recibida del dueño con título traslativo de dominio, de modo que al apropiársela se usa de ella conforme al título. Por consiguiente, no hay *contrectatio invito domino*, no hay falsificación de documento dotado de un valor jurídico; no hay inversión de uso en contra de lo pactado. La criminalidad está íntegramente en los antecedentes, en los artificios para *engañar*. Por lo tanto, el engaño constituye la verdadera esencia del delito; y con esta palabra (*betrung*) lo describieron acertadamente los legisladores alemanes. No es propiamente que el delito esté en el acto de tomar o de apropiarse la cosa; en esto puede estar el resultado dañoso y la consumación del maleficio, pero no su especial criminalidad. Esta consiste en los artificios engañosos con los cuales el propietario sea maliciosamente inducido a desprenderse de su dominio, haciéndole creer cosas que no son verdaderas”.⁴⁶

“El *inter criminis* de la estafa supone, primero una relación entre el estafador y su víctima en la cual entra la sugestión psicológica, la persuasión. El estafador hace entrar en el ánimo de una persona una idea o especie, insinuándola, inspirándola o haciéndole creer en ella, pero esa idea engañosa en el sentido de que el estafador da a la mentira una apariencia de verdad, induce a l otro a creer o tener por cierto lo que no es así”.⁴⁷

3. Elementos constitutivos

El delito de estafa tiene los siguientes elementos constitutivos específicos:

- Animo de apropiación;
- La cosa ajena;

⁴⁶BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Delitos contra los intereses económicos particulares, cita, Pág. 185, Editorial Jurídica Radar, Bogotá- Colombia

⁴⁷ EDITORA JURÍDICA DEL ECUADOR, Estudios de Derecho Penal Especial, Primera Edición, Pág. 321, 1.992

- El dolo;
- El manejo fraudulento; y,
- La entrega.

3.1 Animo de apropiación

El elemento subjetivo del delito de estafa es el ánimo de apropiación y constituye el elemento fundamental de éste tipo penal. Este elemento dirige la conducta del agente al uso de artificios o engaños empleados para inducir en error a otra persona, o para mantenerlo en el engaño en el que se encuentra, con el objeto de conseguir un beneficio ilícito en perjuicio de otro.

La conducta del agente consiste en inducir a la víctima en un error, el mismo que puede recaer en el sujeto, en cuanto se haga creer en cualidades personales inexistentes, en la identidad del agente o en la apariencia de títulos, habilidades o patrimonio; el error también se puede ejercer sobre la cosa, como por ejemplo sobre títulos, monedas, cheques falsos; o, se puede inducir a error cuando el acto realizado es distinto del que se creyó realizar.

El ánimo del agente debe estar orientado a la apropiación de la cosa ajena, es decir, no basta la sola intención de lesionar la propiedad ajena, sino que tiene que hacerla ingresar a su patrimonio, de tal manera que, si el agente con su actuar no hace ingresar a su patrimonio la cosa ajena, el delito de estafa no se consuma

Como la manifiesta Beling el ánimo de apropiación o “*animus rem sibi habendi*, comprende dos aspectos objetivos: a) cuando la cosa sale de la esfera de custodia y, por ende, del patrimonio del paciente; y b) la cosa ingresa en la esfera de custodia del agente. Pero entre el uno y el otro existe un nexo psicológico: la salida de la cosa de la esfera de custodia del dueño es con el ánimo de que ingrese al patrimonio del agente –o de quien ha motivado al agente- con el propósito de señor y dueño”⁴⁸

El ánimo de apropiación se refleja en la conducta del agente, cuando éste produce un error en el sujeto pasivo de tal manera que provoque una desposesión de aquello que conforma su patrimonio. Con esta conducta motivada por el ánimo de apropiación el

⁴⁸ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Alegatos Penales, Tomo I, 1981.

agente logra una entrega voluntaria de las cosas, si necesidad de generar una reacción violenta en tal entrega.

3.2 La cosa ajena

El elemento objetivo del tipo es la cosa que entrega la víctima o a que se hace entregar el agente. La cosa objeto de la estafa para que constituya elemento debe ser ajeno, ya que el precepto es claro al decir “cosa perteneciente a otro”, por lo que no cabe la posibilidad de hablar de estafa cuando la cosa es propia total o parcialmente, sin importar si la cosa ajena es de propiedad de la persona que entrega o de un tercero, sin tener trascendencia si en éste último caso la persona que entrego el bien de una tercera persona estaba o no facultada para hacerlo.

De lo expuesto en el Art. 563, deducimos que, en el caso de la legislación ecuatoriana son objeto del delito de estafa los fondos, muebles, obligaciones, finiquitos y recibos, sin embargo como lo manifiesta Jorge Zavala Baquerizo, no se descarta la posibilidad de que la estafa verse también sobre bienes inmuebles. Hemos de entender por cada uno de los elementos nombrados lo siguiente:

- a) Fondos.- Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, fondo es “el caudal o conjunto de bienes que posee una persona o comunidad”, dentro del marco de análisis de estudio, fondo es “cualquier porción de dinero”. Los fondos a los que hace referencia el Código Penal Ecuatoriano consisten en una cantidad de dinero, dinero que se constituye en el móvil que estimula la conducta del agente para a través de maniobras fraudulentas hacerse entregar dinero.
- b) Obligaciones.- Las obligaciones conforme lo manifiesta el Código Civil Ecuatoriano en el Art. 1.480 “nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o mas personas como en los contratos y convenciones...”, el contrato según el mismo cuerpo legal, Art. 1.481 “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.”. El referido Art. 563 del Código Penal hace alusión a este tipo de obligaciones, obligaciones civiles que nacen de un contrato a consecuencia

del empleo de maniobras fraudulentas par beneficiar al agente. En este caso lo que el agente logra, es que a través del engaño el sujeto pasivo suscriba y entregue un título por el cual éste pierda -a manera de ejemplo- la propiedad del inmueble, o el usufructo. La estafa en el caso de las obligaciones consiste en hacerse entregar un título donde consta la obligación de dar o hacer.

Dentro de las obligaciones entran los títulos de crédito, títulos a través de los cuales una persona se obliga a transmitir a su acreedor un valor determinado, que generalmente, contiene una cantidad de dinero. De tal manera que un pagaré, una letra de cambio y cualquier documento semejante entran dentro de este grupo, puesto que generan una obligación del deudor frente al acreedor.

- c) Finiquitos.- Según lo expone Jorge Zavala Baquerizo (Estudios de Derecho Penal Especial, Editora Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 1.992), “el finiquito es toda cancelación de cualquier cuenta que hace una persona ante quien se rinde dicha cuenta a favor de quien estaba obligado a rendirla”. A través del finiquito una persona se declara conforme con las cuentas que le ha rendido la persona que estaba a obligada a hacerlo. Para que el finiquito figure como delito de estafa, el agente a través de maniobras fraudulentas debe hacerse entregar un finiquito a su favor o al de un tercero.
- d) Recibos.- Este es un documento a través del cual la persona que otorga algo hace dejar constancia por parte de quien lo recibió, se utiliza especialmente cuando de entregar dinero se trata. A través de este documento la víctima declara la recepción de una cosa. El delito nace cuando el agente con maniobras fraudulentas se hace entregar un recibo de la víctima.

Algunos tratadistas se refieren a este elemento como **el perjuicio ajeno**, que consiste, obviamente, en que el agente logre un beneficio económico en perjuicio del patrimonio de un tercero. Como lo cita Edmund Mezger, el perjuicio “es, lógicamente, la disminución del conjunto de valores económicos correspondientes a la persona, lo cual puede producirse tanto mediante una disminución del activo, como mediante un aumento del pasivo. Mas brevemente: el perjuicio patrimonial es

la disminución del patrimonio en conjunto”⁴⁹. De tal manera que el perjuicio ajeno es el daño que se produce al interés económico, el mismo que puede recaer en bienes muebles, bienes inmuebles (a través de títulos de propiedad), o sobre derechos o servicios del sujeto pasivo o de un tercero que estaba a cargo de la víctima.

El delito de estafa supone siempre una disminución en el patrimonio de la víctima o de un tercero, disminución que resulta del error en el cual ha incurrido el sujeto pasivo. El detrimento patrimonial, se efectiviza luego de la disposición patrimonial que hace el sujeto, disposición que puede traducirse en hechos de acción o de omisión, a través de un acto jurídico como firmar un contrato, o con la simple entrega una cosa.

El perjuicio, según lo manifiesta Carlos Creus, debe ser efectivo y actual, es decir, la acción del agente, por si misma, debe causar un perjuicio en el patrimonio, no es posible la simple peligrosidad, ya que en éste caso mas bien estaríamos hablando de tentativa, mas no del hecho punible en cuestión.

3.3 El dolo

El dolo penal se presenta cuando en un contrato una de las partes quebranta las condiciones de equidad y ética, ocasionando que las consecuencias se pongan a su favor a costas de un perjuicio para la otra parte. El dolo del delito de estafa consiste en “la intención que antecede al acto por la cual pretende el sujeto activo un enriquecimiento ilegal, para si o para otro”⁵⁰.

En el delito de estafa el dolo aparece como la intención que tiene el agente de engañar o abusar de la confianza de alguien para ocasionarle un perjuicio, que en el presente caso, se entiende que se trata de un perjuicio económico.

⁴⁹ BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, Delitos Contra los Intereses Económicos Particulares, Pág. 229, Jurídica Radar Ltda.. Bogotá-Colombia

⁵⁰ MONTENEGRO B., Calixto, Curso de Derecho Penal Especial. Tomo II, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1978.

La conducta del agente esta orientada a perjudicar el patrimonio de la víctima a través de la comisión de actos que son cometidos a sabiendas del contenido fraudulento de los mismos. La estafa es un delito netamente doloso, puesto que el agente se vale de hechos que son fraudulentos, y por tanto antijurídica, ya que están dirigidos a ocasionar un perjuicio en el patrimonio de la víctima. Como lo cita Jorge Zavala Baquerizo “Maurach acertó cuando dijo que el dolo era el querer de un resultado típico, pues, en efecto, el agente dirige voluntaria e intencionalmente su conducta hacia la provocación de un resultado que lo sabe antijurídico.”⁵¹

3.4 El Medio fraudulento.

Para que la estafa se configure como tipo penal es necesario que el agente haya inducido o mantenga en error al sujeto pasivo, pero el error al que se hace referencia es aquel que ha logrado el sujeto activo en base a las maquinaciones fraudulentas. El error como es de suponer debe ser anterior al perjuicio.

La maquinación o maniobra fraudulenta que provoque el error en la víctima debe consistir en hechos de acción, no de omisión, se trata pues de usar falsos nombres, falsas calidades y manejos fraudulentos, es una ocultación de la verdad, (hecho positivo), el silencio sobre la verdad constituye mas bien un acto de omisión (negativo) y por lo tanto no se puede hablar de maniobra fraudulenta cuando el agente calla la verdad.

El agente para la consecución de su objetivo emplea la mentira, que no es otra cosa que la deformación o alteración de la verdad y puede ejecutarla por medio de:

Ø Artificios.- Según el Diccionario de la Real Academia Española es “arte, primor, ingenio o habilidad con que está hecha alguna cosa. Máquina o aparato para lograr un fin con mayor facilidad o perfección que por los medios ordinarios o comunes, como el artificio de Juanelo para elevar a Toledo las aguas del Tajo. Disimulo, cautela, doblez”. Proviene del latín *artificium*: artes, que significa arte y *facere* que significa hacer. El Artificio “es toda

⁵¹ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Alegatos Penales, Tomo I, 1981

simulación o disimulación que, creando una falsa apariencia material, altera la conciencia del sujeto pasivo y lo induce en error”.

Ø Engaños.- El Diccionario de la Real Academia Española define al engaño como la “falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”, y engañar significa “dar a la mentira apariencia de verdad. Inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas”. El engaño “es toda astucia que, obrando en la esfera intelectual o sentimental de la sique del sujeto pasivo, con la falsa apariencia que suscita, crea motivos erróneos que determinan a voluntad y la conducta”⁵²

La maquinación o manejo fraudulento, por cualquiera de los medios señalados, consiste en:

- Ø Hacer conocer falsamente la realidad;
- Ø Hacer creer lo que no existe; y,
- Ø Hacer creer de manera diferente lo que realmente existe.

El Art. 563, señala “...ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad...”, hemos de entender por:

ü Nombre falso, cuando el agente se presenta ante su víctima usando un nombre distinto del que en realidad le corresponde. El nombre falso se constituye en medio fraudulento siempre y cuando a través de su utilización se haya logrado la entrega de la cosa por parte de la víctima. El nombre usado puede ser un seudónimo de otra persona, o de una persona de notoria honorabilidad y solvencia, así como puede ser un nombre inventado por el agente.

⁵² RANIERI, Manual de Derecho Penal, Temis Bogotá-Colombia, 1974

- ü Falsa Calidad, este medio hace referencia a la calidad que adquieren las personas a través de títulos y que recaen sobre el estado civil, profesión o cargo o función, y es el mismo agente quien se atribuye tal calidad para estafar. Al igual que el caso anterior esta maniobra debe conducir al agente a un error para entregar el bien objeto de estafa.

- ü Manejos fraudulentos, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que debemos entender por manejos fraudulentos. “Las maniobras son los medios empleados para sorprender la confianza de un tercero a través de hechos exteriores, actos materiales, la puesta en escena y una serie de combinaciones y maquinaciones que le dan al fraude un carácter concreto. El término maniobra utilizado por la ley implica necesariamente, un hecho positivo y activo por parte del actor de la estafa”⁵³. Lo manejos fraudulentos persiguen hacer creer al sujeto pasivo en: falsas empresas, poderes o créditos imaginarios o en un acontecimiento quimérico. La empresa es todo establecimiento industrial o comercial, cuya existencia es la que se hace creer mediante la publicación de prospectos, la simulación de una casa de comercio, o la fachada de una empresa donde los inversionistas atraídos por publicidad engañosa son inducidos a entregar sus fondos. La existencia de poderes o créditos se concreta cuando el agente hace creer a la víctima sobre una fortuna que en realidad no posee para que le entregue dinero. Finalmente, infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, es cuando el agente valiéndose de la ilusión de que a través de la entrega de dinero o bienes, podrá realizar o evitar un hecho futuro.

Es importante señalar que debe haber una relación causa-efecto, entre el medio fraudulento y la entrega, en otras palabras, es el error en el que se hizo incurrir a la víctima el que debe ocasionar una disposición que perjudique a su patrimonio a el de un tercero que se encuentra bajo su cuidado.

⁵³<http://www.geocities.com/CapitolHill/Senate/8569/estafa3.html>

3.5 La entrega

La entrega es el ultimo de los elementos requeridos para la configuración de éste delito, el mismo que se produce en el momento mismo de la consumación. Este elemento del es de trascendental importancia, ya que lo que el agente persigue a través de los elementos analizados en párrafos anteriores es la entrega de un bien que mejore su patrimonio, en perjuicio del patrimonio del afectado.

El Art. 563 exige que la víctima realice la entrega de la cosa que es objeto de la conducta engañosa del agente, como consecuencia de el error al que fue inducido. La simple entrega de una parte del patrimonio de la victima o del perjudicado no basta, debe haber una relación causa-efecto, entre el error y la entrega.

El delito de estafa como lo manifiesta Zavala Baquerizo, es un delito de daño que se da sobre la propiedad ajena, y que se produce en el momento de la entrega en beneficio del agente y obviamente en perjuicio de la víctima, el daño se produce en el momento de la entrega, por lo tanto es en este instante que se consuma el delito motivo de nuestro estudio.

La entrega como es de suponerse y de acuerdo a lo señalado en el Art. 563 puede consistir en la entrega de fondos, de valores, o de obligaciones, es decir, estamos hablando de la entrega de bienes muebles, ya que en el caso de bienes inmuebles la entrega se perfecciona con la inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que no es susceptible de una entrega tangible como en el caso los muebles.

3.6 Los sujetos

En el delito de estafa intervienen dos sujetos: el activo y el pasivo. El sujeto activo, puede ser cualquier persona, autora del delito, y que se lo conoce con el nombre de *estafador* o *engañador*, y el sujeto pasivo, contrariamente no puede ser cualquier persona al azar, debe ser una persona que tenga una apreciación correcta de la realidad y que por este motivo pueda ser inducido a error, se lo llama *estafado* o *engañado*, con esto se sobreentiende que personas como un enfermo mental o un niño, no pueden ser sujetos pasivos de estafa, debido a que por su falta de noción no se

puede hablar de haberlos inducido a error sobre algo que no tienen plena conciencia, además debe ser una persona que pueda disponer del patrimonio sobre el cual recae este delito.

Podemos hablar de un tercer sujeto, cuando el sujeto pasivo no es el titular del patrimonio perjudicado, en este caso, se lo llama *perjudicado*, y el sujeto pasivo vendría a ser el dueño del patrimonio.

CAPITULO V

LA CAPTACION ILEGAL DE RECURSOS

1. Análisis del Artículo 121 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

El artículo 121 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, respecto del tema tratado en el presente capítulo, dispone:

“Las personas naturales o jurídicas que no forman parte del sistema financiero y no cuenten con el respectivo certificado expedido por la Superintendencia de Bancos, quedan **EXPRESAMENTE PROHIBIDAS DE REALIZAR** operaciones reservadas para las instituciones que integran dicho sistema, especialmente la **CAPTACION DE RECURSOS** del público, exceptuando la emisión de obligaciones cuando esta proceda al amparo de la Ley de Mercado de Valores. Tampoco podrán hacer propaganda o uso de avisos, carteles, recibos, membretes, título o cualquier otro medio que sugiera que el negocio de dicha persona es de giro financiero o de seguros. La Superintendencia expedirá el reglamento sobre esta materia.

Las violaciones de lo preceptuado en el inciso anterior serán sancionadas de acuerdo a lo prescrito en el artículo 563 del Código Penal.

En el caso que, a juicio de la Superintendencia, se pueda presumir que existe una infracción a lo dispuesto en éste artículo, la Superintendencia tendrá, respecto de los presuntos infractores las mismas facultades de inspección que esta ley confiere respecto de las instituciones controladas.

La Superintendencia ordenará la suspensión de las operaciones financieras que se realicen en contravención a este artículo. Además aplicará a las personas que las

efectúan una multa equivalente al diez por ciento (10%) de las operaciones de captación de fondos del público que estas hayan realizado, la cual no podrá ser inferior, en ningún caso, al equivalente a 10.000 UVCs. Adicionalmente, los responsables serán juzgados por el delito de estafa y sancionados con prisión correccional de hasta seis meses, para lo cual, el Superintendente pondrá el caso en conocimiento de un agente fiscal.

El incumplimiento de la orden de suspensión de las operaciones o la reincidencias se considerarán como delitos de estafa, que será reprimido con prisión correccional de seis meses a dos años y una multa equivalente al quince por ciento (15%), de las operaciones de la captación de fondos del público que éstas hayan realizado, la cual no podrá ser inferior, en ningún caso, al equivalente a 20.000 UVCs. La Superintendencia pondrá este hecho en conocimiento de un agente fiscal.

La imposición de sanciones, en ningún caso releva al infractor del cumplimiento de las obligaciones asumidas.”

Como lo habíamos analizado en un capítulo anterior, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero tiene como objeto regular la creación, la organización, las actividades y el funcionamiento de las entidades del sector privado que conforman el régimen financiero. Esta ley designa que la institución encargada de la supervisión y control de las actividades que realizan las diferentes entidades financieras en cuanto a la prestación de servicios al público será la Superintendencia de Bancos. Así mismo se había establecido que esta ley está encaminada a mantener una solidez económica, financiera, la solvencia y seguridad de las entidades que conforman dicho sistema.

El artículo 2 inciso primero de la Ley señala como instituciones financieras privadas a los bancos, las sociedades financieras o corporaciones de inversión y de desarrollo, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público, y señala que: “Los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo se caracterizan principalmente por ser intermediarios en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, captando recursos del público para

obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente, en operaciones de crédito e inversión.”. El artículo 3 de la misma Ley, prescribe que será la Superintendencia de Bancos quien autorice la constitución de las instituciones financieras, las mismas que se constituirán bajo la figura de compañía anónima a excepción (respecto a este particular) de las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público, las mismas que se constituyen como asociaciones propiamente.

El artículo 4, de igual manera, ordena que será la misma Superintendencia la que autorizará la adopción y registro de cualquier denominación siempre y cuando crea conveniente tal denominación. Las instituciones deberán acompañar a su denominación su calidad de “banco”, “sociedad financiera” o corporación de inversión y desarrollo”.

De igual manera la promoción de las compañías que pretendan funcionar como instituciones del sistema financiera, deberán contar con la correspondiente autorización de la Superintendencia, conforme lo establece el artículo 8, de la misma Ley.

Con esta explicación queda aclarada la primera parte de la norma transcrita inicialmente, dejando en claro que toda persona ya sea natural o jurídica que pretenda funcionar como captadora de recursos del público, mientras no cuente con las debidas autorizaciones tanto para su funcionamiento como para su promoción o publicación está quebrantando una norma legal, lo cual implica una conducta ilícita, ya que contraviene al ordenamiento jurídico vigente, y considerando que conforme lo establece el artículo 13 del Código Civil “La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros, y su ignorancia no excusa a persona alguna”, motivo por el cual, incumplir con la primera parte de el precepto legal en estudio, acarrea la responsabilidad de quien viole la mencionada norma.

A continuación el artículo 121 de la LGISF, dice: “...quedan expresamente prohibidas de realizar operaciones reservadas para las instituciones que integran

dicho sistema, especialmente la captación de recursos del público...”, es decir que ninguna persona que no cuente con las debidas autorizaciones pueden realizar las operaciones previstas en el artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, las mismas que consisten en:

- Recibir recursos del público en depósitos a la vista.- Los depósitos a la vista son obligaciones bancarias, que consisten en depósitos monetarios y son exigibles para su pago a través de cheques u otros mecanismos de pago, son también los depósitos de ahorro, los mismo que se hacen efectivos con la presentación de libretas de ahorro u otro mecanismo, y también se considera como tal a cualquier depósito exigible en un plazo no menor de treinta días. Sin embargo la Ley dispone que se puede constituir éste tipo de depósitos bajo diversas modalidades y mecanismos convenidos entre el depositante y depositario.
- Recibir depósitos a plazo.- Los depósitos a plazo consistente en aquellas obligaciones financieras que son exigibles en un plazo no menor a treinta días mediante la presentación de títulos valores, nominativos, a la orden o al portador, sin embargo pueden ser cancelados antes de cumplir con el plazo pactado previamente.
- Asumir obligaciones por cuenta de terceros.- Actividad que se realiza mediante aceptaciones, endosos o avales de títulos de crédito, también se la puede ejecutar a través del otorgamiento de garantías, fianzas, y cartas de crédito internas y externas, así como cualquier otro documento, de acuerdo a las normas y usos internacionales.
- Emitir cédulas y obligaciones.- Documentos que obviamente se encuentran garantizados con los activos y pasivos del banco.
- Recibir préstamos y aceptar créditos de instituciones financieras del país y del exterior.
- Otorgar préstamos hipotecarios, prendarios y quirografarios.
- Conceder créditos en cuenta corriente
- Negociar documentos que representen obligación de pagos.- Los documentos que se negocian son letras de cambio, libranzas, facturas, pagarés y demás documentos que representen dichas obligaciones de pago resultantes de

ventas a crédito. También se puede negociar el anticipo de fondos, siempre y cuando estos se encuentren respaldados por cualquiera de los documentos citados anteriormente.

- Negociar documentos resultantes de operaciones de comercio exterior.
- Negociar títulos valores y descontar letras documentarias sobre el exterior e incluso hacer adelantos sobre ellas.
- Constituir depósitos en instituciones financieras.- Estos depósitos los pueden realizar en Instituciones financieras que reencuentren dentro o fuera del país.
- Adquirir, conservar o enajenar valores de renta fija.- Valores que se encuentran previstos en la Ley del Mercado de Valores y demás títulos de crédito previstos en el Código de Comercio.
- Efectuar operaciones por cuenta propia o de terceros.- Operaciones referentes a divisas, contrato de reperto, así como de arbitraje sobre éstas y emitir o negociar cheques viajeros.
- Efectuar servicios de caja y tesorería.
- Efectuar cobranzas, pagos y transferencias de fondos.- Complementariamente a esta actividad pueden también emitir giros contra sus propias oficinas o contra otras instituciones financieras nacionales o extranjeras.
- Recibir y conservar bienes muebles, valores y documentos.- Esta recepción y conservación se realiza para la custodia de los mismos. También se podrá realizar el arriendo de casilleros o cajas de seguridad para el depósito de valores.
- Emitir u operar tarjetas de crédito, de débito o de pago.
- Realizar operaciones de arrendamiento mercantil.
- Comprar o vender minerales preciosos acuñados o en barra.
- Garantizar la colocación de acciones u obligaciones.

De hecho la LGISF, es muy severa al señalar aquellas actividades que pueden realizar las instituciones del sistema financiero, puesto que en el ultimo párrafo del referido artículo 51, dispone que para la realización de nuevas operaciones o servicios financieros, las instituciones deberán contar con la autorización de la Superintendencia, toda vez que el Directorio Banco Central del Ecuador haya

emitido un informe respecto de dichas actividades. De igual manera el Directorio del Banco Central podrá solicitar de oficio o a petición la suspensión de actividades que impliquen alteraciones en las actividades financieras o por razones de política monetaria y crediticia.

El artículo fija de manera clara “...EXPRESAMENTE PROHIBIDAS...”, es decir, que bajo ninguna circunstancia podrán realizar aquellas operaciones enumeradas anteriormente, sobre todo aquellas que tienen que ver con la captación de recursos, recordando que la captación consiste en el “proceso mediante el cual el sistema financiero recoge recursos del público ahorrados y los utiliza como fuente del mercado financiero. En el caso de la captación bancaria son todos los recursos que la banca obtienen a través de instrumentos de captación (cuenta de cheques, cuenta de ahorros, depósito a plazo fijo, etc.), que conforman los pasivos del sistema bancario e incluyen recursos en moneda local y extranjera”.⁵⁴

El último inciso del párrafo primero del mentado artículo, hace referencia a la prohibición analizada en líneas anteriores respecto de la publicación y promoción que están impedidas de hacer aquellas personas naturales o jurídicas que no cuenten con el respectivo permiso de la Superintendencia.

A continuación el artículo 121, en el segundo párrafo dice:

“Las violaciones de lo preceptuado en el inciso anterior serán sancionadas de acuerdo a lo prescrito en el artículo 563 del Código Penal”.

El artículo al cual se remite este precepto legal para imponer una sanción a quien contraviene lo dispuesto en el párrafo segundo del Art. 121 dice:

“El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario,

⁵⁴ www.definicion.org/captacion

para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que cometiere el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos.

La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales.”

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en su artículo 121, párrafo segundo, en cuanto a la imposición de una sanción para quien incumple lo preceptuado inicialmente en el citado artículo, se remite a la pena establecida en artículo 563 del Código Penal, el mismo que contiene el tipo penal de la estafa, delito que fue analizado en capítulos anteriores, y que servirá de guía para imponer una sanción a quien realizare actividades de intermediación, captación, publicación o promoción sin las debidas autorizaciones de la Superintendencia, sanción esta que podrá consistir en prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. El Art. 563 del Código Penal dispone que cuando el delito de estafa se cometiere utilizando medios electrónicos o telemáticos se impondrá la pena máxima señalada en el párrafo primero del mismo artículo y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que cometiere el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos. Este artículo señala también que la pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales, pero para el presente análisis, esto resulta irrelevante. De tal manera que quien cometa el ilícito (captación, intermediación, promoción o publicación), será sancionado con las penas previstas en el párrafo primero y segundo del precepto penal.

La LGISF faculta en el Art. 121 a la Superintendencia a realizar todas aquellas actividades para supervisión y control de las actividades que presumiblemente

realicen estas personas, de igual manera que lo haría frente a instituciones financieras legalmente constituidas. La Superintendencia como lo habíamos visto en capítulos anteriores se encuentra presidida por el Superintendente, quien se encuentra facultado por la misma Ley General de Instituciones del Sistema Financiero a realizar funciones y atribuciones tales como:

- Aprobar los estatutos sociales de las instituciones del sistema financiero privado u las modificaciones que en ellos se produzcan.
- Velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento de las instituciones sujetas a su control y, en general, que cumplan con las normas que rigen su comportamiento.
- Cuidar que la informaciones de las instituciones bajo su control, que deban ser de conocimiento público , sean claras y veraces para su cabal comprensión;
- Vigilar que los programas publicitarios de las instituciones controladas se ajusten a las normas vigentes y a la realidad jurídica y económica del producto o servicio que se promueve para evitar la competencia desleal. Controlar la aplicación de programas de mercadeo. La Superintendencia de Bancos dictará una resolución que regule y controle las prácticas publicitarias a la cual deberán someterse todas las instituciones del sistema. La entidad financiera que realice una promoción irreal o ficticia respecto de la naturaleza y calidad de sus servicios y, eventualmente, de los de su competencia, será sancionada por la Superintendencia de Bancos con una multa no menor al equivalente a cinco mil unidades de valor constante (5.000 UVCs) y la separación del cargo del funcionario o funcionarios responsables, sin perjuicio de que se ordene la suspensión de la publicidad.
- Establecer programas de vigilancia preventiva y practicar visitas de inspección, sin restricción alguna, a las instituciones controladas, que permitan un conocimiento de su situación económica financiera, del manejo de sus negocios o de los aspectos especiales que se requieran, así como verificar la veracidad de la información que las instituciones del sistema financiero remitan al Banco Central del Ecuador a requerimiento de éste. Los programas de vigilancia deberán incluir el nombramiento de interventores

que controlen y autoricen la realización de las operaciones de la institución financiera con miras al cumplimiento de dicho programa.

- Mantener un centro de información financiera al público y establecer los parámetros mínimos para la implementación de un sistema que incluya una escala uniforme de calificación de riesgo para las instituciones del sistema financiero.

Entre otras estas las mas relacionadas al tema motivo del presente estudio.

De tal manera resulta por imperativo legal que la Superintendencia es el organismo encargado de inspeccionar las actividades de aquellas personas que presumiblemente están contraviniendo la Ley. De Igual manera este organismo de control se encuentra facultado por el mismo artículo motivo del presente análisis para sancionar mediante la inmediata suspensión de las operaciones financieras que se encuentren realizando aquellas personas que no están legalmente facultadas para desempeñar las mismas. Además, señala este artículo, que la “Super” aplicará a estas personas una multa equivalente al diez por ciento (10%) de las operaciones de captación de fondos del público efectuadas, multa que no podrá ser inferior, en ningún caso, al equivalente a 10.000 UVCs. La Ley en este sentido vuelve a insistir en que “los responsables serán juzgados por el delito de estafa y sancionados con prisión correccional de hasta seis meses, para lo cual, el Superintendente pondrá el caso en conocimiento de un agente fiscal.”.

La ley no es clara en este aspecto, puesto que si bien en el párrafo segundo del mencionado artículo, dice “Las violaciones de lo preceptuado en el inciso anterior **serán sancionadas** de acuerdo a lo prescrito en el artículo 153 del Código Penal”, es decir, que se sancionaran con la pena impuesta en el Código Penal para el delito de estafa, la realización de las operaciones reservadas para las instituciones del sistema financiero, como son la propaganda o publicación, y muy especialmente la captación de recursos. Sin embargo en el cuarto párrafo, la ley vuelve a fijar la sanción que debe imponer la Superintendencia, que consiste en: a más de la suspensión, una multa consistente en un porcentaje (10%), de lo recaudado a aquellas personas que capten los recursos, y “...Adicionalmente, **los responsables serán juzgados por el delito de estafa** y sancionados con prisión correccional de hasta seis meses...”. Es

en esta parte donde se encuentra con el *qui* del problema de nuestro estudio, porque es en esta parte donde se empieza a considerar a la captación de recursos como una estafa.

La última parte del referido artículo 121 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero dice:

“El incumplimiento de la orden de suspensión de las operaciones o la reincidencias se considerarán como delitos de estafa, que será reprimido con prisión correccional de seis meses a dos años y una multa equivalente al quince por ciento (15%), de las operaciones de la captación de fondos del público que éstas hayan realizado, la cual no podrá ser inferior, en ningún caso, al equivalente a 20.000 UVCs. La Superintendencia pondrá este hecho en conocimiento de un agente fiscal.

La imposición de sanciones, en ningún caso relevará al infractor del cumplimiento de las obligaciones asumidas”

Vemos como nuevamente esta infracción se sanciona como delito de estafa, y a mas de imponer como sanción la pena privativa de libertad, se impone también una pena pecuniaria que consiste en el quince por ciento (15%), de todo aquello recaudado a través de éste tipo de operaciones. Cabe resaltar que en este párrafo la Ley es clara al decir que **“El incumplimiento de la orden de suspensión de las operaciones o reincidencias serán sancionadas como delito de estafa”**, es decir que, el desacato también se mirará como delito de estafa.

Luego de haber analizado el artículo 121, vamos a adentrarnos en el estudio que me permitirá sustentar el motivo por el cual la captación de recursos debe convertirse en delito penal, debe ser tipificado y sancionado.

Lo analizado en capítulos anteriores me permitirá reunir elementos de convicción para poder formular lo que en Derecho Procesal Penal se conoce como Teoría del Caso.

2. Análisis de la Captación Ilegal de Recursos y sus elementos

Habíamos visto que una de las características del Derecho Penal es que es de Derecho Público, y como tal faculta al Estado a crear normas para considerar que cierto tipo de actos se juzguen como delitos y que sean sancionados de acuerdo a lo que se establezca. A través del Derecho Penal se pretende proteger bienes jurídicos como la vida, la propiedad, el honor, los mismos que el Estado está en la obligación de precautelar y garantizar conforme lo dispone la Constitución en el Capítulo IV De los Derechos Económicos, sociales y culturales. El Estado ha de valerse de cualquier medio permitido por la ley para sancionar aquellos hechos que considere que alteren el orden social.

En el Ecuador son muy frecuentes los casos de captación ilegal de recursos, por lo que es una obligación emergente del Estado establecer una medida de represión a quienes cometen este ilícito y obviamente con esta misma medida evitar la aparición de nuevos casos de captación.

Uno de los principios que rige el Derecho Penal, y que permite o no el juzgamiento de un hecho es el Principio de Legalidad: *Nulla poena nullum crimen sine lege*, principio que dispone que nadie podrá ser juzgado ni castigado por hechos que la ley no haya previsto o definido previamente como delito, y tal como se encuentra contemplado en la Constitución Política de la República del Ecuador, en el artículo 24, numeral 1: “Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. Y es por este principio que rige el derecho penal que un Estado no puede por mas reprochable y punible que parezca una conducta, sancionarla penalmente si con anterioridad no se ha establecido como delito. Motivo por el cual considero que la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero se remite al artículo 563 para suplir la falta de un artículo autónomo que defina y sancione penalmente la actividad de captar recursos sin contar con la debida autorización de la Superintendencia de Bancos y Seguros, confundiendo así a la captación ilegal de recursos con un delito de estafa,

cuando en realidad aquel posee características diferentes como lo veremos a continuación:

2.1 La Tipicidad

La tipicidad es un elemento del delito que consiste en el estudio de los tipos penales, que a manera de ver de Reyes Echandía, el tipo consiste en la “abstracta descripción que el legislador hace de una conducta reprochable y punible”.

El delito de estafa se encuentra tipificado (descrito) en el artículo 563 del Código Penal, y dice:

“El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que cometiere el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos.

La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales.”

La figura de la captación de recursos en el Ecuador se presenta de manera muy particular, han sido muy pocos los casos conocidos y que han generado grandes perjuicios en la economía del país. La captación de recursos que se presenta no como una estafa propiamente dicha, es decir, no como la habíamos analizado en el capítulo anterior, ya que la captación en este caso se hace para devolver

posteriormente los recursos que son depositados por el público, no hay la intención de apropiarse, como lo hay en el delito de estafa.

En este caso hay una doble ilicitud, motivo por el cual debería tipificarse como un delito a la captación de recursos, primero porque se está contraviniendo con conocimiento de causa una disposición, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (Art. 121), y luego porque hay la mala intención del agente en perjudicar a las personas que confían en sus recursos.

Como lo habíamos analizado oportunamente nadie puede ser juzgado por un delito que no esté considerado por la ley como tal, recordemos el principio que en derecho Penal consagra la máxima: *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, es decir que no existe delito ni pena sin ley anterior que así lo establezca, por eso es necesario que se tipifique, es decir que se describa este ilícito dentro del contexto penal para que se pueda hablar de la captación ilegal de recursos como un tipo penal, que contenga la descripción de un delito así como su respectiva sanción.

2.2 Los Sujetos

En cuanto a los sujetos dentro de ésta figura se rescatan dos tipos, al igual que en todo delito: un sujeto activo, quien sería la persona captadora de recursos, y el sujeto pasivo, quien vendría a ser el sujeto depositante de recursos.

En cuanto a la pluralidad de sujetos, esta se puede dar tanto en el sujeto activo como en el pasivo. Por lo general, es en este tipo de irregularidades, la pluralidad se da con respecto al sujeto pasivo, ya que se suele perjudicar en las mismas condiciones a un número considerable de personas. La pluralidad en el sujeto activo, es menos frecuente, ya que para este tipo de actos la persona captadora de recursos necesita de cierta prudencia para no levantar sospechas acerca de los actos que está realizando, es por eso que en los casos registrados en nuestro país, aparece una persona.

2.3 La Conducta

Veíamos que la conducta del agente consiste en un comportamiento que refleja la intención del sujeto en un acto de acción (positivo-hacer), o de omisión (negativo-no hacer), que se realiza de tal modo que se acomoda a la descripción de un determinado tipo legal. La conducta del agente se encuentra regida por un verbo rector, verbo que es utilizado por los legisladores para definir el delito, en este caso el verbo rector que rige la captación es “captar” que según el diccionario de Cabanellas es “atraer la voluntad, benevolencia o atención de alguno con palabras halagüeñas, afabilidad en el trato, elocuente decir, oportunas dadas u otros medios, hábiles o taimados para lograr así el propósito perseguido”. Como vemos la definición que nos da Cabanellas acerca del verbo captar se adapta perfectamente a la figura que estamos analizando, puesto que el agente lo que trata es atraer para si los recursos, los medios para captar estos recursos del público, según lo expone Cabanellas, coinciden con el *modus operandi* de la estafa, motivo por el cual talvez se confunda las dos figuras como una sola. Si bien es cierto que los medios para captar pueden ser los mismos tanto en la estafa como en la captación ilegal, la finalidad de uno y de otro puede ser distinta, puesto que en el delito de estafa es muy claro que la finalidad es apropiarse de una cosa perteneciente a otro, mientras que con la captación, el objetivo puede ser diverso, puede ser, como lo había mencionado anteriormente prestarse para realizar lavado o blanqueo de dinero, para propiciar delitos como la usura, y de hecho para estafar al público con la correspondiente promesa de devolver el dinero, o simplemente, usar los recursos y luego de haber obtenido un beneficio devolverlos, en este caso el motivo para ser considerado como delito, es el hecho de que el agente actúe atropellando lo expuesto por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

2.4 El Objeto

El tercer elemento que configura un delito es el objeto, que como se lo había señalado anteriormente es desde el punto de vista jurídico “El interés que el Estado busca proteger mediante los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente cuando ella se acomoda a la descripción hecha por el legislador”. Y objetivamente consiste en “Aquello sobre lo cual se concreta la

vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo y hacia el cual se orienta la conducta del agente”⁵⁵. Al tratarse la captación de recursos como tipo penal, se sobreentiende que el objeto de éste delito serán los recursos, genéricamente recursos significa “Conjunto de personas, bienes materiales, financieros y técnicos con que cuenta y utiliza una dependencia, entidad, u organización para alcanzar sus objetivos y producir los bienes o servicios que son de su competencia”⁵⁶. Económicamente se consideran recursos “todos aquellos medios que contribuyen a la producción y distribución de los bienes y servicio de que los seres humanos hacen uso”⁵⁷. En el caso específico por recursos se entiende el dinero que es entregado por los particulares a las personas que captan ilegalmente este tipo de recursos. Dejamos claro entonces que el objeto que se pretende proteger con la tipificación de éste acto es el dinero de las personas. Además con este tipo de ilícitos siempre se perjudica a gran cantidad de personas, podríamos hablar de un delito contra las masas. La Constitución de la República del Ecuador en el título XII capítulo I, artículo 244, numeral 4 garantiza con respecto a la actividad económica social “Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y Regularlas y controlarlas en defensa del bien común. Se prohíbe el anatocismo en el sistema crediticio”

El objeto motivo de protección de este tipo de ilícito es el patrimonio de las personas, que según lo manifiesta Ranieri es el “conjunto de derecho o relaciones jurídicas de contenido económico, pertenecientes a un sujeto”⁵⁸. Hay corrientes que establecen que el patrimonio de las personas esta comprendido no solo por el activo, sino también por el pasivo, de tal modo, que con este tipo de actuaciones el agente no solo perjudica en el activo del patrimonio de su víctima, sino consecuentemente se produce un perjuicio en el pasivo, puesto que al disminuir aquel, éste aumenta.

⁵⁵ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Págs.107, 108, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990

⁵⁶ www.definicion.org/recursos

⁵⁷ www.es.wikipedia.org

⁵⁸ RANIERI, Manual de Derecho Penal, Pag. 2, Editorial Temis, Bogotá, 1.974.

2.5 La Antijuridicidad

Habíamos señalado que existe antijuridicidad cuando la conducta del agente se encuentra en oposición a la ley penal. Es lógico que para que exista antijuridicidad debe preexistir a ésta la tipicidad, puesto que si no hay norma penal establecida no se puede hablar de una contraposición a algo que no existe. En este ámbito volvemos a recordar el principio *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Este elemento dentro de la figura que nos encontramos analizando, concurrirá solo en el momento en que se encasille tal actuación dentro de un tipo penal.

2.6 La Imputabilidad

La imputabilidad consiste en un elemento mas bien psicológico del delito, es decir, podríamos decir que éste elemento consiste en la capacidad de conocer y querer que debe el agente para poder ser sancionado penalmente. Como se lo había establecido anteriormente son imputables todas las personas excepto aquellas que la ley los declara inimputables, es decir menores de edad, perturbados mentales, toxicómanos y personas que se encuentren en estado de sonambulismo e hipnosis y por tanto no puede responder penalmente por los actos que llegasen a cometer.

La imputabilidad muchas veces se suele confundir con la responsabilidad, pero hay que tener en cuenta que ésta se encuentra supeditada a aquella, es decir que quien es imputable es responsable ante la sanción prevista para el cometimiento de tal delito.

Dentro del presente caso es necesario establecer la imputabilidad del agente, es decir que si comprueba que éste no se halla dentro de una de las excepciones planteadas por la ley, podrá responder penalmente por la infracción que realiza en el supuesto de que se tipifique la figura analizada.

Al señalar que la responsabilidad esta supeditada a la imputabilidad, hay que establecer primeramente quienes son responsables en la concurrencia de este tipo de actos. La Superintendencia de Bancos como se había analizado en el tercer capítulo del presente trabajo, es la institución encargada de la vigilancia de toda la actividad

financiera, y de hecho la misma Ley General de Instituciones Financieras dispone en el artículo 121 que:

“...la Superintendencia tendrá, respecto de los presuntos infractores las mismas facultades de inspección que esta ley confiere respecto de las instituciones controladas.

La Superintendencia ordenará la suspensión de las operaciones financieras que se realicen en contravención a este artículo. Además aplicará a las personas que las efectúan una multa equivalente al diez por ciento (10%) de las operaciones de captación de fondos del público que estas hayan realizado, la cual no podrá ser inferior, en ningún caso, al equivalente a 10.000 UVCs. Adicionalmente, los responsables serán juzgados por el delito de estafa y sancionados con prisión correccional de hasta seis meses, para lo cual, el Superintendente pondrá el caso en conocimiento de un agente fiscal.

El incumplimiento de la orden de suspensión de las operaciones o la reincidencias se considerarán como delitos de estafa, que será reprimido con prisión correccional de seis meses a dos años y una multa equivalente al quince por ciento (15%), de las operaciones de la captación de fondos del público que éstas hayan realizado, la cual no podrá ser inferior, en ningún caso, al equivalente a 20.000 UVCs. La Superintendencia pondrá este hecho en conocimiento de un agente fiscal.

La imposición de sanciones, en ningún caso releva al infractor del cumplimiento de las obligaciones asumidas.”

Frente al cometimiento de este tipo de actos resulta que tenemos dos responsables, primero: el agente activo, la persona que comete el acto, y la Superintendencia que por su falta de cuidado debido, estando facultada para hacerlo no lo hace. Mientras el primero comete un acto de omisión, el segundo comete uno de omisión. Por lo que podemos deducir que hay dos imputables (o responsables) a los cuales hay como sancionar penalmente ya que no se encuentran dentro de los casos de inimputabilidad señalados anteriormente.

Entonces una vez que se haya tipificado a la captación ilegal de recursos como un delito autónomo e independiente de la figura de la estafa, la pena estará dirigida de distinta manera pero simultáneamente para el “captador” y para La Superintendencia de Bancos a través de su representante, el Superintendente de Bancos.

2.7 La Culpabilidad

Uno de los elementos que concurren a la configuración de los delitos es la culpabilidad, la misma que se puede manifestar mediante tres maneras: dolo, culpa y preterintención. El dolo como lo manifiesta el artículo 14 del Código Penal se encuentra en aquella infracción en la cual hay el designio de causar daño; conforme lo manifiesta el artículo 13 del Código Civil, el dolo “...consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la propiedad o persona de otro”. Como lo expone Carrara el dolo es “la intención mas o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley”, y quien capta recursos del público aún contraviniendo lo dispuesto, está ejecutando el acto contrario a la ley del cual habla Carrara, por lo que se puede concluir que la conducta del agente es dolosa.

Baso mi exposición en el siguiente criterio:

La captación de recursos es refleja la conducta dolosa del agente porque es contraria a la ley, la misma que se presume conocida por todos, al estar señalada la captación de recursos como una prohibición para aquellas personas que no se encuentran facultadas para hacerla, quien realice este tipo de operaciones esta actuando con conocimiento de causa, es decir, a sabiendas de que no está facultado para hacerlo.

Es importante señalar, aunque sin trascendencia alguna en el presente análisis, la conducta del sujeto pasivo, la cual por su naturaleza difiere totalmente de la figura analizada, pero sin embargo, esta conducta es el resultado de la primera. La conducta del sujeto pasivo sorpresivamente resulta ser dolosa, éstos cometen delito de usura el mismo conforme lo dispone el artículo 583 del Código Penal, “Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajas usurarias”. Entonces, resulta importante hacer hincapié en este punto, ya que si bien es cierto los depositantes resultan ser

víctimas de la captación ilegal de recursos hasta cierto punto, son agentes activos y por lo tanto responsables de otro tipo de delito por el cual deben responder penalmente ya que actualmente éste se encuentra tipificado en el Código Penal.

2. 8 La Punibilidad

La punibilidad es un elemento final en la teoría del delito, ya que una vez que se ha identificado una conducta como típica, antijurídica y culpable, y se ha determinado la responsabilidad de los sujetos, corresponde finalmente, imponer una sanción.

Cuando analizamos las características del Derecho Penal, se había señalado que el mismo es de carácter Público, y por esta condición el Estado esta en capacidad de imponer la sanción que crea conveniente para sancionar ciertos actos que considera como delitos y que se considere que están atentando contra los intereses jurídicos de sus habitantes.

La pena es ““el sufrimiento impuesto por el poder social al responsable de una infracción de la ley penal”⁵⁹. Una vez que se ha tipificado determinado acto como delito, el Estado impone la sanción correspondiente respetando los aspectos que caracteriza a la pena, es decir, que esta tiene que ser:

Legal.- Es decir, que debe apegarse a lo expuesto por la máxima *Nullum Crimen sine lege*.

Proporcional.- Debe haber una relación entre la sanción y el delito, considerando los aspectos cualitativos (naturaleza del delito) y cuantitativos (mayor o menor).

Individual.- La pena debe estar dirigida a y debe afectar únicamente a quien comete el delito, es decir, al agente.

Irrevocable.- Toda vez que se ha dictado sentencia, ésta debe ser ejecutoriada y cumplirse inmediatamente, ya que caso contrario perdería su efecto sancionador y protector.

Pública.- Cuando se impone una pena, esta debe ser puesta en conocimiento de la sociedad, de tal manera que se pueda hacer conocer el fin de los procesos.

⁵⁹ CAMACHO Y., C.A, Nociones de ciencias penales / Imprenta Municipal de Guayaquil 1941

Tomando en consideración los requisitos impuestos por la doctrina para la pena, es de suma importancia hacerlos concurrir al momento de imponer la sanción a la captación ilegal de recursos.

CONCLUSIONES

Luego del estudio realizado en los capítulos precedentes, podemos formular las siguientes conclusiones, las mismas que nos permiten justificar que la captación ilegal de recursos necesita un tipo penal propio y que no se debe considerar como delito de estafa.

- El artículo 121 de la LGISF, es muy “vago” y poco claro en cuanto a la regulación de éste tipo de actos, en primera instancia dispone que quienes realicen operaciones reservadas únicamente para las Instituciones del Sistema Financiero, serán sancionados con la misma pena del delito de estafa, es decir, con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de América. Posteriormente el artículo dispone que a mas de la suspensión de éstas operaciones ordenada por la Superintendencia de Bancos y Seguros, se deberá pagar una multa; y, simultáneamente dispone que los responsables serán sancionados como si hubieran cometido delito de estafa y nuevamente se prescribe prisión correccional de hasta seis meses. Finalmente, si luego del haberse ordenado por parte de la “Super” la suspensión de las operaciones, se incumple o se reincide, ésta conducta se considerará como delito de estafa, y será sancionada con: prisión correccional de seis meses a dos años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares. Es decir que sanciona dos veces de la misma manera, primera cuando se realiza este tipo de actividad se sanciona como delito de estafa y si se incumple la suspensión se mirará de igual manera como delito de estafa, es decir que las dos situaciones nos dan el mismo resultado.
- La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero regula la legalidad de la captación de recursos, pero nada dispone frente a la ilicitud de esta actividad, simplemente se remite al delito de estafa para imponer una sanción. Esta ley nos da la pauta para proceder a tipificar a la captación como un delito, ya que únicamente regula sobre cuando y quienes no deben realizar

este tipo de actividades. Y como su nombre mismo lo indica, es una ley que regula las actividades y funcionamiento de las entidades que conforman el Sistema Financiero y no la conducta de las personas naturales o jurídicas que están fuera de éste. Por lo que encontramos una razón mas para tipificar dentro del Código Penal a la captación ilegal de recursos.

- El delito de estafa implica, entre otras cosas, que la conducta del agente debe estar necesariamente orientada a la apropiación de una cosa perteneciente a otra persona; en cambio, en la captación ilegal de recursos la conducta del agente tiene otra dirección, éste pretende acaparar o reunir los recursos del público evadiendo las disposiciones establecidas en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Los verbos que rigen estas conductas son apropiar y captar, ambos con una significación distinta por lo que no se puede creer que los dos son uno mismo.
- La intención del agente en el caso de la estafa es clara, lo único que pretende el agente con su accionar es restar el patrimonio de su víctima para en base de ese perjuicio mejorar el suyo propio. En la captación ilegal de recursos, la intención del agente no esta dirigida propiamente a hacer que los recursos captados pasen a ser parte de su patrimonio, sino mas bien, se podría decir que esta orientada a obtener cierto beneficio a manera de usufructo, ya que en algunos de los casos ese dinero es devuelto a su dueño.
- El principio de Legalidad es uno de los mas importantes dentro de la rama del Derecho, y sobre todo dentro del derecho penal. La máxima comprende que nadie puede ser juzgado ni castigado por hechos que la ley no haya previsto o definido como delitos; motivo por el cual, es necesario establecer un artículo propio en el Código Penal, y en el cual se señale las circunstancias que deben concurrir para que la captación sea considerado y sancionado como delito.
- En cuanto a la responsabilidad, habíamos visto que con estos actos se cometen dos tipos de delitos, uno de acción, por parte de quien capta los recursos; y, otro de omisión, por parte de quien está en la obligación de

prevenir un acontecimiento y no lo hace, nos estamos refiriendo a la Superintendencia de Bancos. Como lo había citado oportunamente en el primer capítulo, la doctrina considera que únicamente las personas naturales son responsables en materia penal, mientras que las personas jurídicas no pueden ser sancionadas con penas físicas, sino con penas de carácter pecuniario. Sin embargo es importante mantener dentro de la Ley General de Instituciones Financieras, aunque reformado, una disposición en la cual se sancione la omisión que cometiera la Superintendencia de Bancos a través de su representante; mientras que, en el Código Penal se sancione a las personas naturales o jurídicas (a través de sus representantes), que cometieran esta ilicitud, con el tipo de pena que a cada caso corresponda.

- Si bien es cierto la Ley General de Instituciones Financieras establece que será la Superintendencia de Bancos la encargada de supervisar este tipo actividades y evitar que éstas se realicen. La Unidad de Inteligencia Financiera, UIF, está regulada por la Ley Para Reprimir el Lavado de Activos, tiene también responsabilidad. Mientras que la Superintendencia debe evitar la captación de recursos de manera ilegal, la UIF debe controlar el manejo de aquellos dineros que provienen de actividades ilícitas, tales como la captación ilegal. Mejor dicho de otra manera, mientras la primera es responsable de evitar el inicio de esta actividad, la segunda es responsable frente a los movimientos producto de tal captación.

BIBLIOGRAFIA

- BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Delitos Contra los Intereses Económicos Particulares, Editorial Jurídica Radar, Bogotá-Colombia.
- CAMACHO, C.A., Nociones de Ciencias Penales, Universidad de Guayaquil, 1.941.
- CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, Bosch casa editorial, Barcelona, 1.980.
- EDITORA JURIDICA DEL ECUADOR, Estudios de Derecho Penal Especial, primera edición, 1.992.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1.982.
- GARCIA, Maynez, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa S.A..
- GUZMAN, Marco Antonio, Derecho Económico Ecuatoriano, Corporación Editora Nacional, 1.996.
- JIMENEZ DE AZUA, Luis, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal.
- JIMENEZ DE AZUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, Buenos Aires-Argentina, 1.977.
- LOZANO Y LOZANO, Carlos, Elementos de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1.979.
- MONTENEGRO B, Calixto, Curso de Derecho Penal Especial, Tomo II, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1.978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1.990.
- RANIERI, Manual de Derecho Penal, Temis, Bogotá-Colombia, 1.974.
- REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1.990.
- REYES ECHANDIA, Alfonso, La Tipicidad, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1.989.
- RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos Bancarios, Quinta Edición, Legis Editores S.A, Colombia.

- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Alegatos penales, Tomo I, 1.981.
- www.bce.fin.ec
- www.definicion.org
- www.es.wikipedia.org
- www.geocities.com
- www.icarito.cl

NORMATIVA

- Constitución
- Código Penal
- Código Civil
- Ley General de Instituciones del Sistema Financiero
- Ley para reprimir el lavado de activos.

