



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN
INDEBIDA DE FONDOS, COMO UN DELITO
CONTRA LA PROPIEDAD DE TIPO AUTÓNOMO”**

**TESIS PARA OPTAR POR
EL GRADO DE DOCTOR
EN JURISPRUDENCIA.**

Postulante:

Lic. José Ismael Coronel Coronel.

Director de Tesis:

Dr. Wilson Ramiro Condoy Hurtado Mg. Sc.

Loja-Ecuador

2010

CERTIFICACIÓN

Dr. Wilson Condoy Hurtado Mg. Sc.

CATEDRÁTICO DE LA CARRERA DE DERECHO DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que el presente trabajo de tesis doctoral que tiene como título: **“NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS, COMO UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD DE TIPO AUTÓNOMO”**; de autoría del señor licenciado **JOSÉ ISMAEL CORONEL CORONEL**, ha sido realizado bajo mi absoluta dirección, y cumple con todos los requisitos de fondo y de forma exigidos por la normatividad vigente en los Reglamentos de la Universidad Nacional de Loja, por lo cual autorizo la presentación de la misma, antes las instancias respectivas.

Loja, Diciembre del 2010.

Dr. Wilson Condoy Hurtado Mg.Sc.

DIRECTOR DE TESIS

A U T O R Í A

Todas las ideas, conceptos y opiniones vertidos en el presente trabajo de tesis doctoral titulado: “**NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS, COMO UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD DE TIPO AUTÓNOMO**”, son de absoluta y exclusiva responsabilidad del autor Lic. José Ismael Coronel Coronel.

Loja, octubre del 2010.

Lic. José Ismael Coronel Coronel.

AGRADECIMIENTO

El presente trabajo de tesis doctoral es el resultado de la importante labor y valiosa colaboración de varias personas e instituciones que desinteresadamente aportaron con su contingente para su feliz culminación; es por ello que a través de estas líneas dejo plasmado mi más reverente, profundo e imperecedero agradecimiento a la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA** en la persona del señor **doctor WILSON RAMIRO CONDOY HURTADO Mg.Sc.** en su calidad de Director de Tesis, distinguido caballero, respetable jurista y docente del alma máter lojana, quien con su notable sapiencia en el campo del Derecho supo orientar acertadamente todo el proceso de desarrollo del mismo.

En éste mismo contexto, me permito expresar mis más sinceros sentimientos de gratitud, a todos los destacados **juristas y funcionarios públicos de la administración de justicia** que me brindaron parte de su valioso tiempo, ayudándome, además con sus invaluable respuestas en la aplicación de los instrumentos de investigación de campo, lo cual me permitió dar un enfoque objetivo y crítico desde el punto de vista profesional respecto a la temática planteada.

DEDICATORIA

El presente trabajo, está consagrado a todas aquellas personas que creyeron en mi capacidad sobre todo a mis familiares que siempre me brindaron una palabra de aliento y esperanza en procura de que logre culminar mis metas académicas, y de manera especial me permito dedicarlo:

A **Dios**, por guiar mis pasos, darme fortaleza y salud para poder seguir adelante.

A mis padres **María Matilde Coronel (+)** y **Víctor Antonio Coronel**, por haberme dado la oportunidad de existir, brindado todo su amor, respaldo y ejemplo de vida.

A mis adorables hijas **Julieta** y **Valentina Coronel Abrigo**, quienes siempre serán mi razón de vivir, y por quienes puedo realizar cualquier para alcanzar nuestra superación familiar.

A mis hermanos **Ramiro, Rodrigo, Marcelino y Néstor Coronel Coronel**, por brindarme su incondicional respaldo. Así como a mi tío **Oswaldo Coronel**, por su total e irrestricto apoyo.

Lic. José Ismael Coronel Coronel.

TABLA DE CONTENIDOS

Título:

**“NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE
FONDOS COMO UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD, DE TIPO
AUTÓNOMO”**

Autorización

Autoría

Agradecimiento

Dedicatoria

TABLA DE CONTENIDOS

Abstract

1. Resumen

2. Introducción

PRIMERA SECCIÓN.

CUERPO DEL INFORME FINAL.

3. REVISIÓN DE LITERATURA.

3.1. MARCO CONCEPTUAL.

**3.1.1.1. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO
PARTICULAR.**

3.1.1.2. Antecedentes históricos.

3.1.1.3. Realidad social contemporánea en el Ecuador.

3.1.1.4. La estafa.

3.1.1.5. El Abuso de confianza.

3.1.1.6. La Usura.

3.1.1.7. Enriquecimiento ilícito y testaferrismo.

3.2. MARCO DOCTRINAL.

3.2.1. CONFIGURACIÓN DE LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS.

3.2.1.1. Circunstancias.

3.2.1.2. Elementos.

3.2.1.2.1. Objetivos.

3.2.1.2.1.1. Acto.

3.2.1.2.1.2. Resultado.

3.2.1.2.1.3. Situaciones materiales.

3.2.1.2.2. Subjetivos.

3.2.1.2.2.1. Dolo.

3.2.1.2.2.2. Premeditación.

3.3. MARCO JURÍDICO.

3.3.1. Normativos.

3.3.1.1. Manejos fraudulentos.

3.3.1.2. Multiplicidad de víctimas.

3.3.1.2.1. Calidad de la víctima.

3.3.1.2.2. Apropiación ilícita.

3.3.1.2.3. Acumulación de capitales.

3.3.1.2.4. Falta de autorización y control de las autoridades.

4. MATERIALES Y MÉTODOS.

4.1. Materiales utilizados.

4.2. Métodos.

4.3. Procedimientos y técnicas.

5. RESULTADOS.

5.1. Resultados de la aplicación de encuestas.

5.2. Resultados de la aplicación de entrevistas.

6. DISCUSIÓN.

6.1. Análisis crítico de la problemática.

6.2. Verificación de objetivos.

6.3. Contrastación de hipótesis.

SEGUNDA SECCIÓN.

Síntesis del informe final.

7. CONCLUSIONES.

8. RECOMENDACIONES.

9. PROPUESTA JURÍDICA.

Referencias Finales.

10. BIBLIOGRAFÍA.

11. ÍNDICE.

12. ANEXOS.

ABSTRACT.

In subsequent lines are the development of research work in the legal-social, which addresses a relevant theme for its current force and importance in our environment under study was chosen for its development from a range of problems preselected due to the economic feasibility and methodical literature, so I tried to capture what emerged as a concern to which initially found no legal response and now hope to close the loopholes existing in the Ecuadorian Penal Code, for the need to establish a new legal concept that determines penalties for people who comment on other legislation which has been called the improper collection of funds from the public, especially when we know that by constitutional principles, legal doctrine and that no act of man failed if a law can not forbid it, making the application of sanctions of any kind.

Therefore, this work is structured in two sections which collects a wealth of information regarding current criminal law in our country, also referred to several past and current cases were exposed in the public arena, and both nationally and internationally, caused shock and suffering to thousands of people developing a sense of helplessness and sense of impunity for the inefficiency of authorities and shortcoming of the law.

All elements of offenses such as fraud, breach of trust and usury were contrasted with those particular elements of the new legal proposal in this work, as I believe that there are the necessary requirements to be considered for fund raising as a property crime rate independent, which is not matched in terms of social and economic connotation to any other crime, so that we can easily identify and locate the subject in its own assets, the taxpayer of the infringement and legally protected interest which represents millions in losses not only affect the economy of thousands of families but to the activities of commerce, banking and formal production of our country.

And contrary to what one might think, yet there have been no structural changes that tend to comprehensive protection of heritage and economy of society is at the mercy of a few subjects endowed with great ability to convince, implement plans that the only aim is to attract big money in short time and with one stroke, the public money appropriated by the most varied use of mechanisms such as the pyramids, pawn shops, card issuance and investment programs that do not guarantee anything more than the loss of money in the alleged investment that usually turns out to be fictitious

1. RESUMEN

En líneas subsiguientes se encuentra el desarrollo de un trabajo de investigación de carácter jurídico-social, que aborda una temática de relevante vigencia por su actualidad e importancia en nuestro medio; objeto de estudio que fue elegido para su desarrollo entre una gama de problemas preseleccionados, debido a la factibilidad económica, bibliográfica y metódica, por lo cual, he tratado de plasmar lo que surgió como una inquietud a la cual inicialmente no encontré ninguna respuesta jurídica y que ahora espero poder llenar el vacío legal existente en el Código Penal Ecuatoriano, respecto a la necesidad de establecer una nueva figura jurídica que determine sanciones para las personas que comentan lo que en otras legislaciones se ha llamado la captación indebida de fondos del público; más aún cuando sabemos que por principio Constitucional, Doctrinario y legal, ningún acto del hombre puede ser reprobado si una ley no lo prohíbe, imposibilitando la aplicación de sanciones de cualquier índole.

Por ello este trabajo se encuentra estructurado en dos secciones en las cuales se acopia abundante información respecto a la legislación penal vigente en nuestro país, se hace referencia además a varios casos pasados y actuales que fueron expuestos en la palestra pública, y que tanto a nivel nacional como internacional, causaron conmoción, sufriendo a miles de personas que desarrollaron un sentimiento de

impotencia y sensación de impunidad por la poca eficiencia de autoridades y falencia de las leyes.

Todos los elementos constitutivos de infracciones como la estafa, el abuso de confianza y la usura fueron contrastados con los elementos particulares de la nueva figura jurídica propuesta en éste trabajo, ya que considero que existen los requerimientos necesarios para que se considere a la captación de fondos como un delito contra la propiedad de tipo autónomo, que no se equipara en cuanto a su connotación social y económica a ningún otro delito; es así que fácilmente podemos identificar y encontrar en su configuración al sujeto activo, al sujeto pasivo de la infracción y el bien jurídico protegido que representa pérdidas millonarias que no solo afectan a la economía de miles de familias sino a las actividades de comercio, banca y producción formal de nuestro país.

Y contrario a lo que se podría pensar, aún no se han efectuado cambios estructurales que propendan a la protección integral del patrimonio y economía de la sociedad que se encuentra a merced de unos cuantos sujetos que dotados de gran capacidad de convencimiento, ponen en marcha planes que lo único que pretenden es captar grandes capitales en poco tiempo y con un solo golpe, apropiarse de dineros del público mediante la utilización de los más variados mecanismos como las pirámides, casas de empeño, emisión de tarjetas y programas de inversiones que no garantizan nada más que la pérdida del dinero en la supuesta inversión que normalmente resulta ser ficta.

2. INTRODUCCIÓN

Históricamente el Derecho Penal surge en el entorno social, como una imperiosa necesidad, orientada a la protección integral de todos los bienes jurídicos, así como los derechos y garantías de las personas, constituyéndose básicamente como el conjunto de normas imperativas, que tipifican y por ende establecen sanciones para cada conducta humana que sea contraria a Derecho o al interés ajeno.

Sin embargo, el conjunto normativo ya establecido, resulta aún deficitario en ciertos aspectos específicos, que dejan entrever y ponen en evidencia una serie de falencias e incongruencias jurídicas perniciosas para los intereses de la sociedad, sobre todo si sabemos que a falta de norma, en Derecho Penal, doctrinaria y legalmente no se puede aplicar la analogía, ni la interpretación extensiva, y por lo tanto la norma debe ser entendida en su texto literal.

Frente a ésta realidad, se hace necesario realizar trabajos de investigación orientados a establecer estas falencias a efecto de crear normas que prevean casos que se están repitiendo en nuestro país y que son concebidos por la falta de disposiciones expresas como si se tratase de estafa, cuando en realidad el trasfondo es de mucha mayor

connotación por tratarse de acumulación de capitales del público de manera ilegítima al no tener autorización ni control de las autoridades y entidades competentes.

Por tales consideraciones me propuse desarrollar el presente trabajo de tesis de carácter jurídico social, titulado: **“NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS, COMO UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD DE TIPO AUTÓNOMO”**; que se encuentra estructurado de la siguiente manera:

En la **Primera Sección** de indagación y análisis crítico, que inicia con la revisión de literatura donde me permití realizar el acopio teórico que tiene relación con el problema investigado; lo que fue posible por la bibliografía consultada de libros, diccionarios jurídicos, obras de derecho, la Constitución de la República del Ecuador, Código Penal y de Procedimiento Penal, Código Civil y de Procedimiento Civil, Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y leyes conexas, compendio de legislación ecuatoriana, etc. de igual forma la utilización de la red de internet. Desarrollé el marco conceptual con temas como: Los delitos contra la Propiedad y el Patrimonio Particular, antecedentes históricos; la realidad social contemporánea en el Ecuador, logrando establecer definiciones básicas de delitos similares como la estafa, el abuso de confianza, la usura, el enriquecimiento ilícito y el testaferrismo que me posibilitó contrastar y establecer diferencias y

semejanzas en la configuración de la captación indebida de fondos donde se expresó de forma metódica y detallada las circunstancias del este delito, los elementos constitutivos de la infracción tanto objetivos como subjetivos; que se complementó con los elementos normativos, manejos fraudulentos, la multiplicidad de víctimas, la calidad de las víctimas, la apropiación ilícita, la acumulación de capitales y la falta de autorización y control de la autoridades.

De otra parte, describo los materiales, métodos, procedimientos y técnicas utilizados en el desarrollo de la investigación jurídica. En cuanto a los resultados obtenidos en la investigación de campo, pude concretar la que considero, se constituye en la parte medular de éste trabajo, recurriendo para el efecto al uso de instrumentos de recopilación de datos e información, como las encuestas aplicadas a un total de treinta profesionales del derecho en base a un cuestionario de seis preguntas; así mismo los resultados de las entrevistas que apliqué a un total de tres personas entre un abogado en libre ejercicio profesional y dos funcionarios judiciales.

Con el acopio teórico y los resultados de la investigación de campo, desarrollé la discusión de la problemática, mediante un análisis reflexivo y crítico que se concreta en argumentos válidos para verificar los objetivos

planteados y contrastar la hipótesis; además para proceder a una fundamentación jurídica de la reforma legal necesaria.

Finalmente en la **Segunda Sección** desarrollé y expuse de forma diáfana las conclusiones y recomendaciones a las que pude arribar, luego de finalizar el trabajo investigativo ya enunciado, dejando constancia además del aporte personal respecto a mi propuesta alternativa de reforma al Código Penal ecuatoriano.

Espero que el presente trabajo, que ha sido efectuado a conciencia para alcanzar a mediano plazo, una meta académica personal, en determinado momento sea tomado en cuenta y se le otorgue la validez correspondiente que el caso amerita, y porque no, inclusive pueda servir como material de consulta o guía para análisis subsiguientes relacionados con el tópico expuesto.

3. REVISIÓN DE LITERATURA.

3.1. MARCO CONCEPTUAL.

3.1.1.1. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO PARTICULAR.

3.1.1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Desde la concepción histórica del Derecho Romano, se tiene conocimiento que originalmente los delitos contra el patrimonio, fueron conocidos como delitos contra la *PROPIEDAD*, que actualmente es entendida como: ***“Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales; y a su vez, puede ser la cosa que es objeto del dominio, sobre todo si es inmueble o raíz”¹***; en primer término es la capacidad de tener y disponer de algo, y a la vez hace referencia a la cosa misma, material o inmaterial que representa la propiedad.

No obstante, el alcance gramatical del término ha evolucionado, por lo que encontramos que existen varias acepciones y clases de propiedad, como la fiduciaria, intelectual, pública, privada, horizontal, etc.etc. En éste sentido, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 321

¹Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.- 15-V-2009.

expresamente determina que: **“El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en su formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta...”**². Además, encontramos que el artículo 599 del Código Civil, señala: **“El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real, en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella conforme a las disposiciones de las leyes, y respetando el derecho ajeno, sea individual o social”**³. Así expuesta esta definición guarda estrecha relación con la definición inicial respecto a que se la considera como un derecho real.

Por su parte, el término *PATRIMONIO*, lingüísticamente en el campo del Derecho, representa un concepto genérico: **“Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”**⁴; cómo podemos observar, existe paridad entre el significado de ambos términos.

Pérez Caballero, sostiene que: **“...el patrimonio es el conjunto de bienes pertenecientes al pater familia, la palabra patrimonio deriva de pater que significa todo cuanto pertenece al Concejo de Domus. El Patrimonio está integrado así, tanto por derechos reales como por derechos de personas”**⁵. Por ende, debemos entender que en un

²Constitución de la República del Ecuador.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Ediciones Legales.- Quito-Ecuador.- 2010. Pág. 96.

³Código Civil ecuatoriano.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Ediciones Legales.- Quito-Ecuador.- 2006.- Pág.103.

⁴Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.- 15-V-2009.

⁵ www.google.com.- Consulta: 28-VI-2009.

principio, el patrimonio abarcaba todos los derechos reales como el usufructo, además de los derechos personales, que posee el núcleo familiar, sin que se pueda excluir los de otra naturaleza, lo importante, es que representen una significación económica o valor para sus titulares.

Por su parte el autor, Alberto Molinario define el patrimonio como: **"...el conjunto de derechos de contenido total o parcialmente económico y que deben ser satisfechos"**⁶. Bajo esta percepción, formaban parte del patrimonio también el nombre de las familias, el linaje y el estatus social, sumado a los bienes materiales.

Sin embargo, Hugo Vizcardo, hace precisión a lo que según él, es el concepto de patrimonio, refiriendo de manera diáfana que es: **"...el conjunto de bienes susceptibles de valoración económica que posee una persona, bajo la protección del ordenamiento jurídico y sobre las cuales tiene la facultad de ejercer todos los derechos inherentes a la propiedad, sin otra limitación que no sea derivada de la ley o el contrato"**⁷. Considero muy acertada esta definición, ya que nos permite comprender de forma clara y en términos simples lo que debemos entender por patrimonio, que sin duda se vincula a todos los bienes o posesiones terrenales de una persona, a las cuales en la sociedad se les asigna un determinado valor o precio, es decir tienen significación económica.

⁶ www.google.com.- Consulta: 28-VI-2009.

⁷ www.google.com.- Consulta: 28-VI-2009.

Ahora bien, es importante que nos remontemos además, a las concepciones etimológicas, y encontramos que el término *PATRIMONIO*, proviene de la voz latina *PATRIMONIUM* que significa, **"bienes que el hijo tiene heredados de su padre o abuelo"**⁸, podríamos decir entonces, que es el conjunto de derechos y obligaciones valuables en dinero, donde la cohesión o unión de ambos elementos encuentra su fundamento en la común finalidad económica que los liga.

Respecto al término *DELITO*, simplemente diremos que es la: **"Acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley"**⁹. Por lo que entendemos que es todo quebrantamiento de las normas y disposiciones de orden legal, estatuidas para conservar la armonía y relaciones en la comunidad.

Etimológicamente, la palabra *DELITO*, proviene del latín *DELICTUM*, que es la: **"expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena"**¹⁰. En esta definición, se puede destacar, que se trata de un hecho humano realizado con voluntad y conciencia, ya que aparece como elemento el dolo que no es otra cosa que la resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y


⁸ www.google.com.- Consulta: 28-VI-2009.


⁹Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.- 15-V-2009.

¹⁰CABANELLAS, Guillermo.- DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL.- Décimo Cuarta Edición.- Editorial ELIASTA S.R.L.- Bs. As. Argentina.-2000. Pág. 115.

sancionada por la ley penal y que lo diferencia de las infracciones las cuales son culposas.

Por su parte, el autor Muñoz Conde dividió los Delitos contra el Patrimonio en:

 *“DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO: Donde el actor del delito actúa con el propósito de obtener un beneficio para sí o para otro que implique lucro. Para estos delitos se requiere además de Dolo, un aspecto subjetivo de ánimo de lucro.*

 *DELITOS SIN ENRIQUECIMIENTO: Son aquellos delitos en los que el autor del delito realiza la acción pero no con ánimo de enriquecerse o beneficiarse económicamente por el mismo, sino más bien, con otro ánimo, como por ejemplo, en el delito de daños en que el autor del delito no se hace más rico por el hecho de dañar adrede un bien; pero inclusive podría verse perjudicado, si por ejemplo, el bien que daña es uno en que comparte la copropiedad del mismo, ya que al dañar el bien, estaría a la vez perjudicando su patrimonio como lo realiza con el otro copropietario. Únicamente en estos tipos de delitos se requiere del ánimo de empobrecer a otro”¹¹. Naturalmente, que todos los delitos son dolosos y culposos, ya que siempre existe el ánimo de perjudicar a otro, no obstante*

¹¹ www.google.com.- Consulta: 28-VI-2009.

según la definición en el primero existe la intención positiva de obtener un beneficio, y en el otro simplemente la intención de causar un detrimento en el patrimonio ajeno, sin mejorar el propio.

3.1.1.3. REALIDAD SOCIAL CONTEMPORÁNEA EN EL ECUADOR.

Es de conocimiento general, que en el Ecuador, durante muchos años se han vivido una serie de crisis económicas, debacles sociales y políticas que han degenerado en el enquistamiento de la corrupción, la pobreza, la injusticia, inequidad y el desempleo, dando como resultado un accionar impropio de muchas personas que buscan en la ingenuidad y ambición de otros, sacar un beneficio económico e incremento patrimonial, con supuestas negociaciones que quieren hacer aparecer como lícitas, pero que en realidad se encuentran al margen de la ley. En casi todas las fiscalías, así como en los juzgados y tribunales de garantías penales del país, podemos encontrar una gran cantidad de procesos iniciados por delitos en contra del patrimonio de personas particulares, naturales y jurídicas, infracciones penales que van desde la usura, el anatocismo, el libramiento de cheques falsificados o de chequeras robadas, o libramiento de cheques sin provisión de fondos (hasta cuando era penalizado), o libramiento de cheques en cuentas cerradas, que es más usual; pasando por el abuso de confianza, hasta la estafa en todas sus modalidades. Delitos que día a día encuentran diferentes formas de ejecución incluso a

la par de la evolución tecnológica, ahora se encuentran casos de estafa por medios electrónicos y “**telemáticos**”¹².

Pero contrario, a lo que se podría pensar, que gracias a la difusión por intermedio de los medios de comunicación social de varios casos de engaño doloso, el numero de perjudicados debería reducirse, con asombro nos damos cuenta que cada día se incrementan dichas conductas atípicas, y es que como se observa que cada minuto nace una nueva víctima, lo que determina que estas infracciones se tornen un círculo vicioso, y personas desaprensivas tengan como medio de vida, el aprovecharse de la ingenuidad de los demás, y cuando son descubiertos, lo único que hacen es huir del lugar, llevándose el producto del acto ilegítimo y buscar una nuevo sitio donde seguir delinquiendo, sin importarles el dolor y graves problemas que ocasionan a sus víctimas entre las que cuentan indiscriminadamente, ricos o pobres, profesionales, estudiantes, obreros, mujeres, hombres y ancianos.

Así, se presentó en la ciudad de Machala, Provincia de El Oro, República del Ecuador, un caso en particular, que llamó la atención a las autoridades, a la comunidad local, nacional e internacional, me refiero, al tan bullado caso del Notario Segundo Cantonal de Machala, Dr. José Cabrera, que a más de sus funciones como fedatario público, tenía como

¹² Telemática.- (Del ingl. *telematics*, acrón. de *tele-* e *informatics*, informática). f. *Telec.* Aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada. Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.- 15-V-2009.

actividad principal, pública y notoria, a vista y paciencia de todas las autoridades la captación indebida de fondos, utilizando un mecanismo por el cual recibía dinero de personas particulares a cambio de pagar interés de hasta el 10 % mensual, cifra muy por encima de la tasa de interés legal y convencional regulada por el Banco Central del Ecuador; delito que salió a la palestra pública, después de producirse la repentina muerte de tan indigno personaje, y que provocó un gran revuelo en todo el país, ya que entre sus principales clientes estaban funcionarios públicos, autoridades civiles, militares y policiales que rindieron un sentido adiós nunca antes visto en dicha provincia y reservado solamente para altas dignidades, luego de lo cual, en un acto de desesperación, se tomaron por la fuerza las instalaciones de la Notaría y procedieron a llevarse grandes cantidades de dinero, información y documentos, que hasta la presente fecha no han sido devueltos a sus legítimos propietarios.

Ante la desazón popular, en este caso en particular conocido como caso CABRERA, se inició un proceso por el delito de estafa en contra de una de las hijas del notario Cabrera, quien luego de permanecer poco más de una año privada de su libertad fue encontrada inocente y absuelta de todo cargo.

Lo inédito fue que por no estar aún tipificado como delito la captación indebida de fondos en nuestra legislación penal, los perjudicados debieron recurrir a una figura análoga como la estafa, cuya configuración,

elementos constitutivos y sanción pecuniaria y personal, no se ajusta al real y gran perjuicio ocasionado en miles de familias ecuatorianas que hasta el momento ha cobrado incluso vidas humanas, que hallaron en el suicidio la única salida a sus problemas cuando entendieron que fueron víctimas de su propia ambición y lo perdieron todo, lo que les llevó muchos años de esfuerzo, ahorro y sacrificio; patrimonio que se desvaneció de la noche a la mañana. Cabe reflexionar por qué no actuaron las autoridades a tiempo, por qué nunca se hizo nada por parte de la Superintendencia de Bancos para detener este perjuicio inminente que a la postre provocó caos, convulsión y alarma social y que inclusive sirvió de mal ejemplo para que se repitan otros casos ya que luego de éste caso, se han presentado otros más en el Ecuador, como el caso BENAVIDEZ, en la ciudad de Guayaquil; al igual que varios casos más en las ciudades de Cuenca y Loja, así como en la región oriental y que fueron difundidos a nivel nacional por varios medios de comunicación social, que se hicieron eco de los mismos, pero después poco o nada se ha podido saber de ellos, quedando en la estela del olvido y posiblemente de la impunidad.

Por ello, atendiendo a lo que sucede en nuestro entorno y realidad social, es importante desplegar este estudio de las más importantes figuras delictivas tipificadas en el Código Penal respecto a las defraudaciones o delitos contra la propiedad y el patrimonio, a efecto de configurar una nueva forma de delinquir.

3.1.1.4. LA ESTAFA.

El Dr. Jorge Zabala Baquerizo, nos ilustra sobre varios aspectos de la estafa, entre los que se debe destacar su definición: **“Es un delito por el cual una persona mediante fraude y el ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle una cosa de su propiedad o de propiedad de un tercero”**¹³. Para la perpetración de este delito es necesario como elemento distinto el uso de la argucia bien planificada por parte del infractor, para aprovecharse de la credulidad de la víctima con el fin de despojarlo de un bien propio de otra persona pero del cual puede tener disposición por encontrarse a su cargo o por haberlo pedido para entregárselo al estafador.

Se sostiene con mucha certeza que: **“...el estafador es el inteligente de los infractores contra la propiedad”**¹⁴, ya que no utiliza la intimidación directa, ni la violencia o la fuerza, sino que se aproxima a su víctima dotado con su inteligencia y por medio del engaño se aprovecha de la confianza, credulidad e ingenuidad de su víctima. Pero no debemos olvidar que no existe el crimen perfecto y que tarde o temprano sale a la luz pública el delito perpetrado que permite sumar las víctimas, muchas de las veces del mismo infractor del mismo tipo de actuación.

¹³ZABALA Baquerizo, Jorge.- DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.- Editorial Edino.- Guayaquil-Ecuador.- 1988.- Pág. 87.

¹⁴LA ESTAFA.- ESTUDIOS DERECHO PENAL ESPECIAL.- Editorial Jurídica Bolivariana.- Bogotá-Caracas-Panamá-Quito- 2005.- Pág. 251.

Por su parte el autor Antón Oneca, expresa que la estafa es: **“la conducta engañosa con ánimo de lucrar injusto, impropio o ajeno, 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”**¹⁵. Los elementos expuestos, son similares a los presentados en la concepción del Profesor Jorge Zabala, pues en lo principal, se refiere al fraude o engaño, sin embargo, en este caso es importante destacar que se puede engañar a la vez o en forma subsiguiente a una o varias víctimas, lo que sin duda determina un mayor grado de astucia, arrojo y peligrosidad del ente delictivo, que necesariamente provoca mayor alarma y conmoción social, ya que no es lo mismo estafar a una sola persona, que a decenas de personas que de una u otra manera involucra también la economía de muchas familias, consecuentemente el daño es mayor y las consecuencias sociales también. Personalmente creo que a esto se debió la reforma efectuada en el Art. 36 literal g) del Código de Procedimiento Penal que fue derogado por el que se encuentra vigente en la actualidad, en el cual el legislador creyó conveniente determinar como delito de acción privada a: **“La estafa y otras defraudaciones, excepto en los casos en que se determine que existen 15 o más víctimas u ofendidos por el mismo hecho antijurídico”**¹⁶. En la actualidad, dicha norma fue derogada, por lo tanto,

¹⁵Ob. Cit. LA ESTAFA.- Pág. 255.

¹⁶Código de Procedimiento Penal ecuatoriano.- Legislación Codificada.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2009.- Pág. 10.

ahora sin importar el número de víctimas, todo delito de estafa es de acción pública, es decir, con la intervención directa de la Fiscalía en representación de la vindicta pública, encargada de la investigación de los delitos puestos a su conocimiento por cualquier medio.

De acuerdo con lo que prescribe el artículo 563 del Código Penal ecuatoriano, el delito de estafa lo comete: ***“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 se cometiera en casos de migraciones ilegales.”***¹⁷.

Como podemos colegir, la estafa es un delito contra la propiedad o el

¹⁷Código Penal ecuatoriano.- Legislación Codificada.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2010.- Pág. 116.

patrimonio de otra persona, en el cual el núcleo del tipo penal consiste principalmente en el engaño. Este delito puede ser cometido en varias modalidades, incluso por medios electrónicos, lo cual es posible gracias al avance de la tecnología; como se observa la norma nos presenta una gama amplia de posibilidades, y es justamente por este motivo, que cuando se presenta un caso en el cual se ha recibido o captado indebidamente fondos de otras personas, se asimila al delito de estafa y se utiliza esta disposición para encuadrar la conducta denunciada ya que no está tipificada como delito autónomo en el cual no existen muchas variantes y la forma de delinquir es casi siempre la misma, es decir, recibiendo dinero y pagando inicialmente considerables tasas de intereses para captar la atención y despertar la codicia de la gente.

El sujeto activo del delito de estafa, se hace entregar un bien patrimonial, por medio del engaño; es decir, haciendo creer la existencia de algo que en realidad no existe. Por ejemplo: cuando se solicita la entrega de un anticipo de cinco mil dólares como entrada para la adquisición de una vivienda en un conjunto residencial, sin que exista dicho inmueble o la persona que solicita el dinero no tenga la calidad de dueño o capacidad legal para negociar cosa ajena, y por lo tanto, jamás tenga la posibilidad de cumplir con la tradición de la cosa ofertada, pero sin embargo se apropia del dinero ajenos infundiendo la esperanza de una negociación.

En este tipo de infracciones penales, el bien jurídico protegido es el patrimonio o propiedad; pero como lo anuncié en líneas preliminares, modernamente se considera que el término más apropiado es el de patrimonio, que consiste en una universalidad de derecho, que se constituye por activos y pasivos. En términos generales, cuando como consecuencia de un engaño se produce la disminución del patrimonio por la aparición súbita de un pasivo en desmedro del activo, se ha lesionado el bien jurídico por medio de una estafa.

Se entiende que el engaño puede producirse tanto de un modo activo que es el más frecuente, como de un modo pasivo. El problema principal para entender que un engaño de un modo pasivo es calificativo de estafa, es que el engaño debe ser bastante como para producir un acto de disposición. Una actuación pasiva como no informar, o no contar algo, es difícil que provoque un engaño de tal magnitud, pero sin embargo cae en el plano de la estafa.

En este sentido se puede señalar que incurre en el delito de estafa aquella persona que, con la intención de obtener un beneficio, influye en otra utilizando el engaño haciéndole caer en un error que lleva a la víctima a realizar un acto de disposición sobre su patrimonio que le ocasiona un perjuicio económico a sí misma o a un tercero, como cuando se toma dinero de un familiar que se encuentra en el extranjero o cuando se pide

dinero prestado a otra persona para entregárselo a quien provoca el engaño.

También cometen estafa aquellas personas que, para conseguir un beneficio o enriquecimiento, se valen de manipulaciones informáticas o medios similares para obtener la transferencia de cualquier bien patrimonial, sin el consentimiento de su titular, este delito lo perpetran personas con conocimientos avanzados de computación, o por personas que trabajan o han trabajado en instituciones financieras como bancos, mutualistas, cooperativas de ahorro y crédito etc. o entidades en las cuales se mantienen fondos, y que conocen del manejo interno de las cuentas; un caso que fue de conocimiento público se produjo en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en la ciudad de Guayaquil y después en otras regionales del país, en las cuales se detectó que empleados de la entidad manipularon información para apropiarse de dineros que supuestamente correspondían a créditos de afiliados que nunca solicitaron dichos fondos. A diario podemos enterarnos de los casos en los cuales se retira dinero de cuentas bancarias desde los cajeros automáticos, mediante la manipulación, alteración y clonación de tarjetas y claves secretas.

Para fijar la pena en el delito de estafa, se deben tomar en cuenta las circunstancias que sirvan para valorar la gravedad del delito, tales como el perjuicio económico que el delito ha ocasionado en la víctima, las

relaciones entre ésta y el defraudador, los medios empleados, la calidad de la víctima, etc. es así que se constituye en agravante el hecho de cometerse la infracción en el caso de migrantes ilegales, entiendo que el legislador ha tratado de salvaguardar a las víctimas y sus familiares de las acciones ilegítimas de los denominados coyoteros, no obstante, gracias a las múltiples reformas efectuada en los últimos años al Código Penal, encontramos el Art. 440.2.1. del mencionado cuerpo de ley, la sanción aplicable por el tráfico ilegal de migrantes que en la última década tuvo un gran auge especialmente hacia Europa y Norteamérica.

En consecuencia, debemos entender que los tres elementos principales constituyentes de la estafa son: el engaño, el error y el acto disposición patrimonial. A ellos se pueden añadir el ánimo de lucro y la relación de causalidad.

a) EL ENGAÑO.- El Código Penal no contiene una noción del engaño, por lo que en principio se puede manejar un concepto común del mismo y entenderlo como aquella actividad mediante la cual una persona hace surgir en otra una condición errónea sobre algo; en sí el engaño es **“la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”**¹⁸. Engañar es mentir a sabiendas de la verdad, para hacer creer algo inexistente o quimérico. Es la falta de verdad en lo que se expresa, se piensa o se hace creer. O sea, es dar a una

¹⁸Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.- 15-V-2009.

mentira la apariencia de verdad, acompañándola de actos exteriores que llevan a error, como cuando se hace uso de uniformes, títulos, dependencias etc., para hacer creer la existencia de una empresa, una relación o calidad del sujeto activo del delito.

Entre las características que debe poseer el engaño típico encontramos la precedencia o concurrencia, por la cual, el error ha de producirse con anterioridad o al tiempo de realizarse el acto de disposición patrimonial, pues debe inspirar la conducta o actuación del sujeto activo desde la iniciación del negocio fraudulento. El engaño debe ser cuantitativamente bastante, y ello implica que es suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes. Es por ello que el engaño es el punto central de la estafa. Para que exista la estafa, el perpetrador debe maquinar una historia que parezca cierta y aunque pueda generar cierta desconfianza en la víctima, se acompañe también la esperanza de obtener un gran beneficio que desvanezca la duda o el temor.

- b) EL ERROR.- Como consecuencia del engaño, tiene lugar el origen o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de

voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial. Por lo tanto, sin error no existe estafa.

Así como los medios fraudulentos deben provocar el error, este a su vez, debe provocar en la víctima la determinación de entregar la cosa al estafador dinero, documentos o bienes. Es por ello que en la estafa la voluntad de la víctima está viciada, desde el comienzo, por el error provocado mediante la actividad fraudulenta. La estafa es un delito doloso y exige, en todos los casos, que el autor haya realizado la actividad fraudulenta con el fin de engañar, es decir, con el propósito de producir error en la víctima. También es necesario que el autor obre con el fin de obtener un beneficio indebido. No es necesario que este fin se logre realmente, es suficiente con que haya actuado con ese fin. En resumen, se debe decir, que el error ha de ser consecuencia del engaño.

- c) EL ACTO DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL.- ES cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial a sí misma o a un tercero no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

- d) EL ÁNIMO DE LUCRO.- Es entendido como propósito por parte del infractor de obtener una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado.

La presencia del ánimo de lucro debe realizarse mediante la acreditación de hechos externos, que constituyan prueba indiciaria de dicho ánimo. La estafa constituye un tipo penal esencialmente doloso, por lo que nos transmiten las formas imprudentes de comisión. Pero el dolo, como elemento subjetivo del injusto, puede ser directo o eventual, admitiéndose ambas formas en la estafa.

En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción del contrato que no podrá cumplir la contraprestación que le corresponde en compensación del valor o cosa recibidos, y que se enriquecerá con ellos.

- e) RELACIÓN DE CAUSALIDAD.- Debe mediar entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado.

La estafa admite formas imperfectas de ejecución y, por tanto, para su punición, no es indispensable que se produzca el resultado, bastando con que se haya intentado la ejecución o se hayan realizado todos los actos de ejecución, aunque el resultado no se haya producido por

causas ajenas a la voluntad del agente o agentes, es decir, es punible la sola tentativa.

3.1.1.5. EL ABUSO DE CONFIANZA.

El término ABUSO, encuentra su raíz en el vocablo latín *abusus; de ab*, en sentido de perversión, y *usus*¹⁹, *uso*. Por abuso entendemos el mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio, el goce inmoderado de la propiedad o posesión; en definitiva, todo acto que, saliendo fuera de los límites impuestos por la razón y la justicia, ataque en forma directa o indirecta las leyes o el interés general.

Doctrinariamente el abuso de confianza, implica la deslealtad, especialmente lucrativa, del unido a la víctima por íntimos vínculos naturales, convencionales, profesionales o de amistad; en consecuencia, se trata del abuso, violación o mal uso de la confianza depositada en una persona, que determina un perjuicio patrimonial.

Cabanellas, distingue entre *estafa* y *defraudación*, pues dice que en éste último delito no hay engaño ni artificio. **“Se trata de un acto libre y**

¹⁹CABANELLAS, Guillermo.- DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL.- Décimo Cuarta Edición.- Editorial ELIASTA S.R.L.- Bs. As. Argentina.-2000. Pág.15.

espontáneo por el cual el propietario entrega una cosa, pero que el delincuente hace un uso indebido de la misma²⁰.

Según nuestra legislación punitiva, encontramos en el Art. 560 del Código Penal ecuatoriano, que se encuentra tipificada y se establece la sanción que corresponde al delito de abuso de confianza, señalando textualmente que: *“El que fraudulentamente hubiera distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica”*

²¹. En esta configuración de una conducta antijurídica, al igual que el delito de estafa, se observa el fraude, el engaño o el ardid para obtener de alguien, bienes o valores que le son distraídos y por ende se causa un perjuicio patrimonial de la víctima. En lo que respecta a la multa que se establece en ésta norma, considero que es un verdadero insulto a la inteligencia, a la lógica, a la razón y al sentido común, y únicamente obedece a la falta de reformas del Código Penal, en lo que tiene que ver a la cuantificación actual del daño real que se puede ocasionar a la sociedad, con el cometimiento de una infracción, ya que solamente se ha cambiado el tipo de moneda, puesto que antes se preveía el pago de la

²⁰EFRAÍN Torres Chávez.- Breves Comentarios al Código Penal.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- 14 vol.4 Quito-Ecuador.- 2006.- Pág. 141.

²¹Código Penal ecuatoriano.- Legislación Codificada.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2010.- Pág. 115.

multa en sures y ahora en dólares, pero la insignificancia de la misma causa jocosidad en el malhechor y notorio malestar en la sociedad, que no puede hacer más que observar impávida, como la delincuencia no escarmienta, peor aún con multas tan ínfimas.

No obstante se debe aclarar que toda sentencia condenatoria lleva implícita el pago de daños y perjuicios que deben ser cuantificados en forma real por los ofendidos al momento de deducir la acusación particular; pero en muchos casos ni siquiera eso se puede recuperar, ya que el delincuente con su gran astucia, casi siempre pone a buen recaudo sus bienes o patrimonio, para en el posible caso de ser encontrado culpable y condenado, no tener con que responder para el resarcimiento económico de la víctima, sino solamente con la pena corporal de prisión o reclusión según corresponda.

Históricamente el delito de abuso de confianza tiene su origen en Roma, en donde se tenía un gran respeto por la propiedad privada; era considerado entro del delito de "*furtum*"²², hoy conocido como FRAUDE, toda vez que los romanos no hacían ninguna distinción entre el abuso de confianza y el fraude.

Es conveniente precisar, que si bien es cierto, no se estableció exactamente el delito de abuso de confianza, si resulta un antecedente

²²Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.- 15-V-2009.

importante que durante el Imperio Romano, al lado de la acción privada de dolo, se creó un delito especial con el nombre de estelionato, que comprendía todo atentado fraudulento contra el patrimonio ajeno, la pena era el trabajo en las minas y el destierro temporal del delincuente.

Técnicamente el abuso de confianza, en su forma genérica, consiste en que el sujeto activo del ilícito disponga, en perjuicio de alguien, de una cosa ajena mueble de la que se le ha transferido sólo la tenencia y no el dominio, es decir, conlleva como presupuesto una posesión derivada del agente activo, respecto del objeto material del delito que recibió en virtud de un acto jurídico, cuyo objeto directo e inmediato es la cosa misma.

Ahora bien, dicho delito puede presuponer la existencia de un contrato de mandato, por el cual una persona llamada mandatario se obliga a ejecutar por cuenta de otra llamada mandante, los actos jurídicos que éste le encarga, pero los derechos que el mandatario adquiere a la luz de tal contrato, son irrelevantes en lo que hace a sus productos, es decir, el hecho de que por virtud del mandato quien recibe un poder amplio puede actuar respecto de la cosa materia del contrato, aun a título de dueño, no implica que si en perjuicio de un tercero retiene indebidamente los productos de dicho objeto material, aun cuando se le solicite rendir cuentas de éstos, no pueda considerarse como sujeto activo del delito de abuso de confianza, ya que, como se dijo, éste se consume con el solo hecho de disponer, en perjuicio de otro, de una cosa ajena mueble de la

que se le transmitió sólo la tenencia y no el dominio, por lo que es evidente que aunque el referido contrato permita al mandatario actuar a título de dueño respecto del objeto materia del contrato, no le transfiere el dominio de sus productos.

Se incurre en él delito de abuso de confianza, cuando para la comisión de ciertos delitos afectantes al orden patrimonial, como la apropiación indebida, el agente se vale de las facilidades que le proporciona la persona perjudicada y que son debidas a la confianza que le dispensa. Esa circunstancia de confianza, calificativa del delito, puede darse también en la estafa y en el hurto, como en el llamado hurto domestico, y también en los delitos contra la libertad sexual de las personas.

Según la conducta del agente, el abuso de confianza puede originarse por:

Acción.- Por cuanto este delito para su realización requiere movimientos corporales y materiales. En otras palabras requiere de la acción de la sustracción del bien tutelado.

Por el resultado.- Es eminentemente material, ya que en su efectuación siempre ocasionara un resultado exterior, el cual será la disminución en la economía o la perdida de los bienes patrimoniales de la víctima.

Por el daño que causa.- Es un delito de lesión, ya que se considera que el delito de abuso de confianza, daña el bien jurídico tutelado, amparado por la norma, el cual es el patrimonio de las personas.

En definitiva, tomando como base los referentes históricos, argumentos doctrinales y disposiciones legales repasadas en líneas anteriores, podemos concluir diciendo, que el abuso de confianza, es la infidelidad o traición consistente en burlar o perjudicar a alguien que, por inexperiencia, afecto, bondad o descuido, le ha dado crédito y ha creído en otra persona, de alguna manera conocida o allegada, y que ha determinado en el perjuicio económico o patrimonial de aquella persona o de un tercero.

3.1.1.6. LA USURA.

El término usura encuentra su raíz en el vocablo latín *usūra*, que significa, *precio del uso*, y se interpretaba como el ***“interés que se lleva por el dinero o el género en el contrato de mutuo o préstamo”***²³. Es decir, es la ganancia, fruto o utilidad ilegítima, producto del interés excesivo que se obtiene de un préstamo de dinero.

A lo largo de la Edad Media todo cobro directo de interés estaba prohibido y estigmatizado como usura, que se consideraba desde ese entonces

²³Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.- 18-V-2009.

como el crecimiento, rendimiento y consiguientemente producción de un interés superior al regular.

En sentido estricto, ***“el interés o precio que recibe el mutuario o prestamista por el uso del dinero prestado en el contrato de mutuo o préstamo”***²⁴. Se concibe como la inmisericorde explotación del necesitado o del ignorante, de precio o rédito exagerado por el dinero prestado a otro. En nuestro medio el delito de usura se denomina popularmente como “chulco”; el término usura se refiere al interés por encima de las tasas legales vigentes, que alguien cobra cuando presta dinero. En un sentido general, el concepto se utiliza para nombrar al contrato que implica el crédito y a la ganancia o utilidad del mismo.

El Art. 583 del Código Penal ecuatoriano, señala que: ***“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”***²⁵. Al respecto se debe mencionar que según lo estipula la Disposición transitoria novena de la Ley para la Transformación económica del Ecuador, dispone que: ***“A partir de la vigencia de la presente Ley, la tasa legal a la que se refiere el Art. 583 del Código Penal será fijada periódicamente y obligatoriamente por el Directorio de Banco Central del Ecuador”***²⁶. Por lo tanto, gracias a

²⁴CABANELLAS, Guillermo.- DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL.- Décimo Cuarta Edición.- Editorial ELIASTA S.R.L.- Bs. As. Argentina.-2000. Pág.397.

²⁵Código Penal ecuatoriano.- Legislación Codificada.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2010.- Pág. 121.

²⁶Ley Para la Transformación Económica del Ecuador.- L-2000-4.- RO-S 34: 13 de marzo del 2000.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2000.

los avances de la tecnología ahora es fácil encontrar la tasa de interés legal vigente publicada por el organismo estatal correspondiente.

En la disposición siguiente, esto es el Art. 584 *Ibíd*em, se determina la pena para este tipo de infracción, indicando que: *“Será reprimido con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que se dedicare a préstamos usurarios”*²⁷. La usura no es un concepto económico preciso; pero la ley determina que existe un nivel específico y concreto por el cual un tipo de interés pasa a convertirse en algo excesivo, y es cuando está por encima del interés legal, regulado por el Banco Central del Ecuador.

Legalmente también se dispone que: *“Se prohíbe el anatocismo, esto es cobrar interés sobre interés, de conformidad con la Constitución de la República, El Código Civil y el Código de Comercio. Su incumplimiento será sancionado de conformidad con las penas establecidas para el delito de usura, sin perjuicio de la reliquidación de los intereses a los que hubiera lugar”*²⁸. Es otra forma de cobro indebido de intereses, y en este caso se capitalizan los intereses liquidados, es decir que los pagos o abonos no son descontados del capital sino que se suman como si se tratase de un nuevo capital.

²⁷Código Penal ecuatoriano.- Legislación Codificada.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2010.- Pág. 121.

²⁸Art. 14 de la Ley 2000-4 (RO-S 34: 13-abril-2000) reformado por el Art. 2 de la Ley 2000-10 (RO-S 48: 31-marzo.2000).

El Art. 121 de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero determina que: *“Las personas naturales o jurídicas que no forman parte del sistema financiero y no cuentan con el respectivo certificado expedido por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, quedan expresamente prohibidas de realizar operaciones reservadas para las instituciones que integran dicho sistema, especialmente la captación de recursos del público...”*²⁹. Por lo tanto cualquier persona, que bajo cualquier nombre o modalidad pretenda captar dinero o fondos sin tener autorización expresa de la autoridad y organismo competente, incurre en una conducta delictiva, que actualmente se equipara a la estafa, pero que considero, debería tener otra tipificación y sanción distinta por el mayor grado alarma social y del perjuicio ocasionado usualmente a un mayor número de víctimas.

El término usura es un término peyorativo que se usa para referirse a los intereses de los préstamos, en general, o cuando los tipos de interés se perciben como desmesurados o excesivamente altos. Por lo que la usura es el cobro de intereses mayores a los autorizados por la ley o las regulaciones administrativas del Estado en los préstamos de dinero. Convirtiéndose por lo tanto la persona física que percibe este interés económico en el usurero.

²⁹Ley de Instituciones del Sistema Financiero.- Tomo I.- Legislación Codificada.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2009.- Pág. 43.

Por el sentido común, la usura siempre ha sido condenada legal y moralmente. Se dice que existe aprovechamiento cuando el autor conscientemente se sirve de alguna de las circunstancias en que la víctima debe hallarse, para obtener una ganancia desmedida. Esto es, se abusa del estado o condiciones de otro, en el que se vale o se sirve de ellas; por tanto, la usura existe sin necesidad de estimular o impeler a la víctima y sin que influya, tampoco, que sea ésta, quien busca al usurero.

En esencia, se puede señalar que la usura se refiere al interés excesivo que alguien cobra cuando presta dinero; por lo cual, la noción de usura está muy vinculada al interés excesivo en un préstamo y a la ganancia desmedida que obtiene el prestamista. Las personas que cobran intereses muy elevados reciben el calificativo de usureros o agiotista.

Debemos tomar en cuenta que otro elemento indispensable para la existencia del delito de usura, a más del cobro excesivo o elevado de intereses, es también la constante en los préstamos de parte del sujeto activo o prestamista, y justamente por esa razón, existen muchos casos en los cuales se han dictado sentencias absolutorias, por considerar que no se ha probado la habitualidad en los préstamos usurarios.

Tratadistas del derecho penal, se han dado la tarea de intentar clasificar a los tipos de usureros, y así encontramos los siguientes:

- † **“Usurero ocasional.-** Este tipo no rebasa los límites de la usura simple y llega a la usura ocasionalmente aprovechándose de las necesidades del prójimo, que acude a él en solicitud del préstamo conociendo su buena posición económica.

- † **Usurero habitual normal.-** El usurero ocasional puede degenerar en la habitualidad cuando se dedica al chulco como actividad económica fundamental o la forma principal de obtener sus ingresos.

- † **Usurero habitual anormal.-** En este tipo las disfunciones psicológicas que presenta se traducen en un incremento de su capacidad predatoria que le permite diversificar su actividad expoliatoria rebasando los límites de la usura simple o la maniobra fraudulenta, para llegar a la usura compleja.

- † **Usurero habitual perverso.-** Este tipo se especializa en la usura compleja ejecutada con precisión, por haber sido planificada y prevista con anterioridad. Nos encontramos pues, ante un profesional del delito que se ha tornado insensible a los impulsos de la moralidad y el orden jurídico”³⁰.

En nuestro país es una realidad que no se puede ocultar, ya que el negocio ilícito del chulco, ha ganado espacio en las economías de

³⁰ABARCA, Luis Humberto.- Sociología Criminal de la Usura.- Quito-ecuador.- Pág. 75-77.

Orellana, Sucumbíos, Carchi, Esmeraldas, Loja, Cuenca, Imbabura y en la frontera norte, donde prestamistas, muchos de ellos colombianos, facilitan dinero rápido, con elevados intereses, sin que las autoridades puedan actuar porque quienes después se sienten perjudicados, al no poder recuperar objetos entregados en garantía, no presentan las denuncias. Para cobrar, los chulqueros tienen sus propios métodos, contratan motociclistas que se encargan de recoger el dinero y amedrentar a quienes incumplen. Los prestadores se aseguran haciendo firmar al cliente letras de cambio en blanco que luego son llenadas a gusto del tenedor, también exigen el respaldo doble con cheques propios del deudor o de allegados; al igual que joyas o electrodomésticos en prenda, la hipoteca de bienes raíces, y hasta se hacen entregar inmuebles en forma de compraventa, los que frecuentemente quedan en su poder. Luego recorren los puestos de pequeños comerciantes con un cuaderno o tarjetas en las que anotan las recaudaciones; esto es muy frecuente en los centros comerciales y mercados del país.

Otra realidad es que los Juzgados de lo Civil, están llenos de demandas que plantean los que no pueden cobrar dineros prestados sin garantía; pero los deudores, por lo general, no pueden demostrar los altos intereses que les pagaban a sus acreedores y en muchos casos, el monto de los intereses supera con creces el capital pedido. Se trata, de un fenómeno social presente en toda América desde los tiempos de la colonia, fruto de las desigualdades económicas y de la concentración de dinero en pocas

manos, y quien dispone de sobrantes de dinero es el que ofrece al necesitado, a cambio de un interés abusivo e ilegal, situación que pese a encontrarse penada, sigue en auge, ya que la pobreza y la desesperación son el caldo de cultivo adecuado para la desmedida proliferación.

3.1.1.7. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y TESTAFERRISMO

Enriquecimiento es la acción y efecto de acrecentar el patrimonio personal social o familiar; en un Estado de Derecho como el nuestro, todos tenemos la libertad de mejorar nuestra calidad de vida, en base al esfuerzo, sacrificio y trabajo digno, e incluso cuando la suerte nos acompaña bien podríamos enriquecernos obteniendo un premio de un sorteo o la lotería; pero sin embargo existen muchos casos de personas que de la noche a la mañana en forma notoria incrementan su riqueza, ostentando una nueva posición social, política y económica que antes no tenían, es entonces cuando surge la duda si se debe o no, a actos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, delincuencia común u organizada y en fin a cualquier suceso reñido con la ley, la moral y las buenas costumbres.

De acuerdo al concepto que nos brinda la Real Academia española, enriquecimiento en Derecho, representa lo que se ha *“obtenido con injusticia y en daño de otro, se considera ilícito e ineficaz en derecho”*³¹.

³¹Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.- 02-VI-2009.

Ha de entenderse que se trata de un hecho antijurídico que afecta los intereses de otra persona o de la sociedad.

Para los antiguos romanos era considerado como un caso de responsabilidad civil nacida como obligacional cuasicontractual. El enriquecimiento ilícito, se generaba al haber alguien realizado una prestación a favor de otro sin recibir la contraprestación correspondiente. En estos casos, de tratarse de obligaciones de dar, podía pretenderse su devolución, o cuando se entregaba una dote, y el matrimonio finalmente no se celebraba. También se hacía presente cuando alguien había recibido una prestación por causa deshonrosa, por ejemplo, se le había abonado una suma de dinero para que no mate a una persona o para que devolviera una cosa que tenía en su poder. Incluso se hablaba de enriquecimiento ilícito cuando se había pagado por error de hecho o de derecho, excusable. Por ejemplo, si se pagara una deuda inexistente por error excusable. Se equiparó también el enriquecimiento ilícito al acto por el cual alguien se enriquecía a expensas de otro por una causa ilícita, por ejemplo cuando se hubiera lucrado mediante el cobro de intereses usurarios.

Otra concepción doctrinaria, nos dice que el enriquecimiento es el: *“Aumento del patrimonio de una persona, que partiendo de la existencia de un error, conlleva al deterioro del capital de otra persona*

*injustificadamente*³². Es lo que usualmente se conoce como enriquecimiento sin causa, y en cuyo caso específico se establece la existencia de un procedimiento en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, destinada a obtener el reintegro de lo indebidamente entregado en mengua del patrimonio del que reclama. Por lo tanto podría decirse que significa el incremento de un patrimonio a expensas de la disminución de otro, sin causa que lo determine, de índole legal.

La equidad hace necesaria la repetición de lo abonado, sin causa para equiparar ambos patrimonios a una situación justa, es decir, poseer cada uno lo que le corresponde, que es uno de los principios generales del Derecho.

El Código Penal ecuatoriano en el Art. 296.1, señala que el enriquecimiento ilícito constituye: ***“El incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos”***³³. Se refiere estrictamente a los funcionarios de entidades públicas, que sin justificación aumentan su patrimonio en forma desproporcionada a sus ingresos; en nuestro país, hace varios años, recordamos el caso del ex presidente Abdalá Bucarán, quien designó a uno de sus hijos como

³²ROMBOLÁ, Néstor Darío.- Diccionario RUY DÍAZ de Ciencias Jurídicas y Sociales.- DISELI.- Edición 2004.- Buenos Aires-Argentina.- 2004.- Pág. 421.

³³Código Penal ecuatoriano.- Legislación Codificada.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2010.- Pág. 61.

funcionario de las Aduanas del Ecuador, y sin ningún miramiento públicamente manifestó que en el primer mes al frente de dicha entidad se había ganado su primer millón de dólares, lo que evidentemente era producto de la corrupción, por suerte dicho capítulo nefasto de la historia política ecuatoriana no duró mucho pero dejó una gran huella en la memoria de miles de ecuatorianos que desaprobaron tales inmoralidades. Es así que los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes de cuerpos colegidos de las instituciones del Estado y funcionarios y servidores públicos en general estarán sujetos a las sanciones establecidas por la comisión de los delitos de peculado, cohecho, concusión e enriquecimiento ilícito. Lo que al país le interesa es el manejo imaculado de los fondos públicos, ya sean éstos, pocos, muchos, grandes o pequeños, sin considerar que puedan enriquecer o no en gran medida a quien los usurpe, distraiga o tome arbitrariamente.

Según lo manifiesta el Dr. Efraín Torres Chávez ***“En el Ecuador, pues, se juzga el enriquecimiento ilícito como el consecuente servidor de todos los que llegan al poder o a una función pública y se cuentan por millones de dólares, los provenientes del doloso desempeño de un cargo”***³⁴. Es común que luego de haber fenecido el periodo para el cual fueron electos o cesados en sus funciones en entidades públicas, se den inicio siempre a procesos penales a funcionarios públicos por éste

³⁴EFRÁIN Torres Chávez.- Breves Comentarios al Código Penal.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- 14 vol.3 Quito-Ecuador.- 2006.- Pág. 16.

tipo de delito; lo cual se torna en un círculo vicioso mientras no se endurezcan las sanciones.

Al respecto el Art. 296.2 del Código Penal ecuatoriano, determina que: *“El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito”*³⁵. Existe por lo tanto la fijación de la pena de prisión y la adición de otra sanción pecuniaria por el delito genérico, que corresponde al doble del perjuicio erogado y que el infractor deberá restituir.

El concepto de causa ilícita se utiliza también en el negocio jurídico, en las atribuciones patrimoniales. Por ello todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y en general toda atribución, para ser lícita debe fundarse en una causa o en una razón de ser que el ordenamiento jurídico considera justa. Cuando una atribución no está fundada es una causa justa, el que ha recibido debe restituir, correlativamente el que se ha empobrecido tiene acción para reclamar lo pagado.

Por su parte, respecto al delito de testaferrismo podemos mencionar que el vocablo testaferrero tiene su origen en el término italiano *testa-ferro*, que significa **“cabeza de hierro”**³⁶, empleado para referirse a la persona que

³⁵Código Penal ecuatoriano.- Legislación Codificada.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2010.- Pág. 61.

³⁶Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.

presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona; es decir, que solo figura como una parte contratante, ocultando que el negocio en realidad corresponde a otro.

Testaferro es un término usado en la literatura, en leyes y psicología, para señalar a la o las personas que suplanta, encubre o se disfraza legalmente, prestando su nombre e identidad, firma, o bien su personería ya sea física o jurídicamente, emulando el rol social de la persona mandante a la que en el fondo representa.

En términos legales y económicos, se describe a aquellas personas que suplantán a otras en negocios fraudulentos de tal modo que a pesar de la suplantación estas personas encubiertas no dejan de percibir beneficios del fraude, como por ejemplo: evadir impuestos, quitar herencias, codiciadas, etc.

Pese a ser una conducta delictiva muy antiquísima, hoy en día, este delito tiene tanta vigencia y actualidad que inclusive podemos encontrar en la prensa o en Internet, la oferta de personas que ofrecen sus servicios como testaferros, para diferentes figuras financieras, ya que a saber, en algunos países como por ejemplo España y Uruguay no es considerada una figura ilegal.

En términos de psicología, testaferro es aquella persona que según las circunstancias adoptan o cambia su rol o personalidad por la de otras personas según su propia conveniencia; también es el término usado cuando se trata de encubrir una situación o conducta inaceptable disfrazándola con una postura diferente.

En términos sociales, la palabra testaferro sirve para señalar de modo peyorativo a aquellas personas que se prestan como títeres de otras, siendo manipuladas para que sean ellas las que sean la cara visible y reciban las consecuencias de sus acciones en vez de quien las genera realmente.

En nuestro caso en particular, relacionado con el campo del Derecho, podemos sostener que testaferro es considerado la persona que interviene en la realización de un negocio pero en representación de otra, lógicamente que tal representación debe permanecer oculta, por lo cual ni si quiera existe mandato expreso.

En muchos casos, se utilizan testaferros para escapar de la ley. Por ejemplo: una persona buscada por la justicia utiliza testaferros en sus negocios para no ser descubierta sin dejar de obtener beneficios por esto.

Según Cabanellas, ***“También se dice aunque menos corrientemente, testaférrea y testa de ferro, de estas mismas palabras italianas, que***

significaban cabeza de hierro, se trata del que presta su nombre o aparece como parte en algún acto, contrato, pretensión, negocio o litigio, que en verdad corresponde a otra persona³⁷. Este delito viene de la mano con el manejo de grandes cantidades de dinero del cual no se puede justificar su origen, producto del narcotráfico, trata de blancas, y corrupción.

Es igualmente utilizado que el lavado de activos, que consiste en poner en circulación valores provenientes de actividades delictivas, por lo cual se paga un porcentaje del dinero que es ingresado al comercio o al sistema financiero nacional por intermedio de negociaciones aparentemente lícitas.

En conclusión, se denomina testaferro a aquella persona que permite que su nombre se utilice en contratos, empresas o negocios pero, en realidad, las pretensiones de estos pertenecen a otra persona.

En fin, estos son los principales delitos económicos o contra el patrimonio que recoge la doctrina y la legislación penal ecuatoriana, muchos de los cuales pese a relacionarse directa o indirectamente tienen su propia configuración y por ende sanción, lo que no ocurre en el caso de la captación indebida de fondos, el cual aún no se ha tipificado como una

³⁷CABANELLAS, Guillermo.- DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL.- Décimo Cuarta Edición.- Editorial ELIASTA S.R.L.- Bs. As. Argentina.-2000. Pág.382.

conducta penal autónoma, sino que se la equipara a la estafa, aunque tenga mayor repercusión social.

3.2. MARCO DOCTRINAL.

En varias publicaciones se hace público que el Fondo Monetario Internacional (FMI), advierte que la Captación ilegal de dinero debe ser corregida de raíz, y se deben tomar medidas antes de que ocurra un drama como el de Albania, país que a mediados de los 90 sufrió una guerra civil como consecuencia de las denominadas **“pirámides”**³⁸. Son varios organismos internacionales como la Superintendencia de Sociedades, que están investigando a varias empresas por captar dinero del público ilegalmente; sin embargo, siguen operando como si nada, en contravía de los que aconseja el Fondo Monetario Internacional, uno de los mayores problemas, es que muchas de estas compañías se revisten de un ropaje de legalidad, y eso dificulta las investigaciones de organismos estatales.

³⁸Este método de captación de dinero conocido como la pirámide consiste en que se comienza con pocos inversionistas, cada uno de los cuales trae otro tanto, y luego éstos nuevos hacen lo propio, hasta multiplicar exponencialmente el número de ahorradores. A los primeros se les paga con el dinero depositado por los segundos y a éstos con el dinero de los terceros y así sucesivamente, hasta que llega el momento que ya no es posible pagar las cantidades exorbitantes prometidas. En este momento, con una inmensa cantidad de dinero recaudada, los gestores de la pirámide desaparecen. www.equinoXio.org.

No obstante, existen precedentes en los cuales se ha ordenado la devolución de valores a personas que compraron tarjetas prepago o mecanismos iguales de captación.

Por lo cual el FMI aconseja recurrir a diversos argumentos legales para clausurar esta clase de empresas, que operan sin licencia, evaden impuestos o son sospechosas de actividades fraudulentas, fortaleciéndose la teoría de que, lo que están haciendo es lavar dinero, más si se tiene en cuenta que muchas de estas empresas tienen su origen en zonas con presencia de guerrilla y narcotraficantes como Colombia.

El FMI también aconseja que las autoridades dejen claro desde el principio que no indemnizarán a los depositantes, de lo contrario, el costo fiscal puede ser altísimo y el riesgo moral, considerable ya que **“quienes allí ahorran se están acostumbrando a la plata fácil y luego no van a querer trabajar”³⁹**. La ambición por el dinero fácil, es uno de los principales motivos que lleva las personas a confiar sus dineros en manos de supuestas empresas o negocios que se presentan como muy rentables, pese a ello las autoridades poco o nada hacen por erradicar este mal.

³⁹www.eltiempo.com.

Un caso muy sonado se dio en el año 1997, cuando las denominadas pirámides llevaron a guerra civil a Albania, una nación mediterránea que había pasado del socialismo al capitalismo, y fue sacudida por una ola de estafas mediante esquemas de inversión en forma de pirámide, que tuvieron devastadoras consecuencias políticas y sociales. Todo comenzó porque al cambiar de modelo económico, el país no contaba con suficientes bancos y, en consecuencia, se creó un mercado paralelo de crédito y depósitos. Este funcionaba bajo el esquema de pirámides, o sea que los pagos se efectúan a los primeros en invertir y se financian con los aportes de los que llegan más tarde al sistema. Las cosas funcionaron durante 5 años, pero en 1996 las financieras informales empezaron a competir con intereses altísimos por encima del 100 por ciento anual, lo que atrajo a más depositantes, al punto que 2 millones de los 3,5 millones de albaneses tenían allí sus ahorros. En enero de 1997, las dos empresas más grandes de este mercado se declararon en quiebra y provocaron un efecto dominó sobre las demás, que desencadenó desórdenes civiles.

Estos llevaron a la caída del Gobierno y el país quedó sumergido en un estado de anarquía que se tradujo en una guerra civil con un saldo de 2.000 muertos. No podemos esperar que el en Ecuador suceda lo mismo, y esto es un llamado de atención al gobierno, que mediante las fiscalías desplegado en varias ciudades operativos de control dirigido a las casas de empeño y compra de electrodomésticos y oro, muchas de las cuales son dirigidas por ciudadanos colombianos; pero en realidad, el trasfondo

de dichos operativos, es el incremento de la delincuencia y el sicariato que es asociado al préstamo usurero de dinero, al lavado de activos y al narcotráfico; por lo tanto, no obedece a la real necesidad de tipificar una nueva forma de delinquir sino de frenar las conductas delictivas ya existentes que amenazan seriamente en propagarse y causar grandes estragos en el campo económico, social y político.

3.2.1. CONFIGURACIÓN DE LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS.

Analizando en forma minuciosa el fenómeno social de la captación indebida de fondos, podemos encontrar, que existen todos los elementos necesarios que permitan su tipificación como una conducta penal autónoma, en vista de lo cual, resulta importante referirnos a sus diferentes modalidades, recordar varios casos que causaron conmoción en nuestro país y el mundo, el punto de vista de los medios y de autoridades.

Una publicación realizada el día veintitrés de agosto del dos mil ocho, por el “Diario Hoy” de la ciudad de Quito, da cuenta del **“Fraude en Machala”**⁴⁰, refiriéndose al denominado Caso del Notario Cabrera, en el que se destaca que: *“Muy conocido fue el caso del Notario Cabrera, que después de su muerte se dio por descubierto una red de captación de*

⁴⁰www.hoy.com.

*dinero de forma clandestina e ilegal, los depositantes recibían pagos de intereses mensuales equivalentes al 10% de lo aportado y por adelantado*⁴¹. En este caso, todo terminó con la repentina muerte del notario, el cual se llevó con su muerte el secreto de cómo hacía, para poder pagar tan altos rendimientos con el dinero captado a los depositantes, pero que a la postre se pudo colegir que no se trataba de un acto legal.

En el **Ecuador**, el "Caso Cabrera" salió a la luz pública el día en que fallecería el Notario Segundo del Cantón Machala Dr. José Cabrera Román, quien recibía en su oficina dinero a cambio de la promesa de entregar altos intereses mensuales del 8% al 10%. La estafa conocida como esquema de pirámide abarcaba a más de 35000 personas y se estimaba que el valor de la pirámide ascendía a 700 millones de dólares. El Notario Cabrera, falleció a la madrugada del 26 de octubre del 2005, cuando estaba en un hotel de la ciudad de Quito, con Priscila Valles, una chica de 18 años. Murió con un problema cardíaco después de consumir una dosis de sildenafil, alcohol y cocaína, aunque surgieron rumores de quien había fallecido, se trataba de un doble y que el verdadero notario había fugado del país, con el dinero de los depositantes, motivo por el cual en fechas posteriores desenterraron sus restos mortales para comprobar dicha hipótesis. Como se recuerda, inicialmente los herederos del Notario Cabrera, sus hijos José y Carolina Cabrera, dijeron a los

⁴¹www.hoy.com.

depositantes, que ellos se harían cargo del negocio, pero días después abandonaron el país y volaron hacia los Estados Unidos de Norteamérica, dando declaraciones de que no conocían nada acerca de la actividad que realizaba su padre. Desde la noche del 11 de noviembre del 2005, cientos de personas entre civiles, policías y militares, hacían fila para cobrar sus intereses, se tomaron las oficinas, las saquearon y hubo actos de vandalismo contra los policías que se habían llevado la mayoría del dinero. La Fiscalía y la Policía incautaron trescientos sesenta y siete mil quinientos cuarenta y dos dólares. A saber, hasta la presente fecha, se han instaurado siete juicios penales sin haber detenidos, y el dinero que se custodiaba en las oficinas de la policía, desapareció “misteriosamente”. El notario Cabrera fue el personaje más popular de las fiestas de fin de año en el 2005 en Ecuador, en donde se suele escoger a personajes siniestros que han influenciado durante ese año para ser retratados en un muñeco o monigote para luego a la media noche del 31 de diciembre ser quemado, quedando solo cenizas de los sueños rotos de muchos incautos que vivieron uno de los episodios más dramáticos de sus vidas y que hasta el momento no han logrado superarse por las secuelas imborrables de la desgracia y el dolor. Por eso es necesario realizar reformas al Código Penal, para evitar que otros casos similares se repitan en nuestro país, donde por similitud o analogía se acusa el delito con la norma prevista para la estafa que a mi entender no tiene tanta repercusión como la captación de dinero que es mucho más significativa y por ende la sanción debe ser proporcional a la infracción, pero lamentablemente en

nuestro caso aún no existe el marco jurídico que ampare el accionar adecuado para juzgar como corresponde a los infractores y perpetradores de tan execrables hechos.

De igual manera, en los medios de comunicación pública podemos encontrar entre otros titulares como este: “**Prisión para responsables de captar dinero ilegal en Quito**”⁴², que hace referencia al caso de la Compañía INTERFEDER S.A., que jamás tuvo autorización para captar recursos del público, razón por la cual “*El juzgado segundo de lo penal de Pichincha inició la instrucción fiscal y ordenó prisión preventiva en contra de 23 personas implicadas en la empresa INTERFEDER, dedicada a la captación ilegal de dinero. El fiscal General de la Nación, Washington Pesántez, informó que dicha entidad captaba dinero desde hace seis meses y diariamente recaudaba 500 mil dólares, el cual era trasladado a Colombia por vía terrestre*”⁴³. Una vez recabados suficientes elementos de convicción para imputar la participación delictiva de los implicados en este delito, se dio inicio a la instrucción fiscal, en virtud de la cual la señora jueza segundo de lo Penal de Pichincha, ordenó la prisión preventiva de un total de 23 personas, entre ellos, estaban cajeras y guardias de seguridad, que tenían un día, dos semanas, un mes, dos y tres meses de trabajo; adicionalmente se han inmovilizado las cuentas de los imputados. No obstante, por no encontrarse tipificada la captación ilegal de fondos, se encuentran investigando los delitos de lavado de

⁴²www.hoy.com.

⁴³www.hoy.com.

activos, estafa, asociación ilícita y tenencia ilegal de armas. **“La compañía denominada Casa de Valores y Proyecciones INTERFEDER S.A. no tiene autorización para captar recursos del público”**⁴⁴, subrayó el Ministro Fiscal quien aseguró, que este negocio ilícito funcionaba desde abril de este año 2010. La matriz de esta compañía fantasma, toda vez que no está debidamente legalizada, se encuentra en Colombia. Los accionistas de esta empresa son igualmente de nacionalidad colombiana, quienes presuntamente tienen también oficinas abiertas en Argentina, Venezuela, Bolivia, Chile y Ecuador. Según datos de las autoridades, solo en una mañana, la empresa INTERFEDER registró depósitos que llegaron a los doscientos treinta y cuatro seiscientos ochenta dólares; en otra ocasión los depósitos llegaron a trescientos setenta y tres mil seiscientos noventa y cinco, alcanzando incluso la cifra de los quinientos catorce mil novecientos siete dólares en un solo día. **“Un promedio de USD 500 000 al día ingresaba cada día a la compañía, según el agente fiscal Orlando Benavides, quien estuvo en la audiencia de formulación de cargos en la Unidad de Delitos Flagrantes”**⁴⁵. El Fiscal Orlando Benavides, de la Unidad de Lavado de Activos, participó en el allanamiento de dos domicilios y dos locales en Quito. Según lo explicó el fiscal, INTERFEDER no cumplió con los requisitos para captar depósitos. De hecho, nunca estuvo autorizada por la Superintendencia de Compañías.

⁴⁴www.hoy.com.

⁴⁵www.últimasnoticias.ec

Luego de estos sucesos, se conoció que *“Las autoridades de control alertaron a la ciudadanía sobre la existencia en el país de más sistemas de estafa mediante captaciones ilegales de dinero. “La titular de la Superintendencia de Bancos, Gloria Sabando, confirmó que las empresas INTERFEDER S.A. y DERF que captaban dinero en Quito y Lago Agrio no estaban autorizadas para ejecutar estas operaciones. La superintendente Gloria Sabando manifestó que no existen productos bancarios o financieros en el país que generen altas tasas de interés o rentabilidad en corto tiempo, en referencia a las empresas Interfeder y Derf que fueron allanadas por la Policía”*⁴⁶. Para el efecto existe una lista de instituciones calificadas del sistema financiero, donde se puede realizar todo tipo de transacciones financieras y que son controladas por la Superintendencia de Bancos.

Otro caso que llamó la atención sobre todo por el displicente accionar de las autoridades fue el de **María Luisa Benavidez**, que aconteció en el año 2006 en la Provincia del Guayas, y públicamente se acusó de negligencia del juez que conoció de este asunto, *“El ex fiscal del Guayas Héctor Vanegas se declara primer sorprendido por la libertad concedida a María Luisa Benavides, acusada de estafa y captación ilegal de dinero, quien salió de la cárcel de mujeres el pasado martes”*⁴⁷. El fiscal de la causa, que en ese entonces inició la instrucción fiscal, dijo que sí hubo una denuncia particular como soporte a sus acusaciones. Sin embargo, el juez

⁴⁶www.diariocritico.com.ec

⁴⁷www.hoy.com.- 23.enero 2009.

decimonoveno de lo Penal del Guayas, Reinaldo Cevallos, aseguró que no se hizo la denuncia formal, y por eso se declaró la nulidad del proceso. Consecuentemente los bienes que fueron incautados a María Luisa Benavides fueron devueltos por la Policía y los presuntos perjudicados no han podido obtener la devolución de sus dineros.

Todo esto debería servir para alertar a la ciudadanía, para que no confíe su dinero a personas o empresas ilegales que a cambio ofrecen rendimientos mensuales que varían entre 50 y 100% del capital inicialmente entregado, pues son sistemas establecidos con el propósito de lavar dinero de procedencia ilícita o también con la finalidad de apropiarse de su patrimonio.

Pero nuestro país no ha sido el único lugar donde se han cometido actos similares, ya que en **Chile**, esquemas tipo pirámide se difundieron entre la clase media, principalmente en la clase media/alta de la ciudad de Concepción, donde, a fines del año 2007 comenzó a expandirse con sumas de un millón de pesos chilenos cifra equivalente por sobre los dos mil doscientos dólares y que luego, en enero de 2008, se degradaría con sumas inferiores al alcance de la clase media/baja.

En **España** ha habido diferentes tipos de pirámides, las últimas conocidas han sido las cédulas de la abundancia, que es un sistema basado en la solidaridad entre las personas, que prometían altos rendimientos. Cuando la argucia se desmontó, los que habían cobrado desaparecieron dejando

a miles de personas sin su dinero. El primer fraude piramidal del que se tiene noticia se atribuye a Baldomera Larra Wetoret, quien hacia los años setenta del siglo XIX inició sus operaciones prometiendo al que le dejaba una onza de oro que en un mes la devolvería duplicada. Operaba a la vista de todos pagando un 30% mensual, con el dinero que le daban los nuevos impositores. Se dijo que llegó a recaudar 22 millones de reales de un aproximado de 5.000 afectados. *“La quiebra sobrevino en diciembre de 1876 cuando ella desapareció, con todo el dinero que pudo, aunque dos años más tarde fue detenida en Francia y fue condenada a seis años de prisión el 26 de mayo de 1879”*⁴⁸. En la última década, esta práctica se ha extendido a otras ciudades Ibéricas como Barcelona en el 2007, Las Palmas de Gran Canaria en el 2008, así como en Madrid, Andalucía y Tenerife, e incluso en otros países gracias a la red, con sistemas como el de FinanzasForex.com, que sumadas a otras más han dejado sin sus ahorros a más de 465.000 clientes, causando un agujero patrimonial superior a los 4.666 millones de euros. De allí que han aparecido sistemas más sofisticados, pero basados en el mismo método, tales como el de: ***“La arca de Noé y Krisol universal. Este último se dedica a convencer a incautos de que regalen 300 euros para cambiar el mundo, y de paso llenar los bolsillos de los creadores”***⁴⁹. Como vemos el ingenio no tiene límite, pero tampoco la ingenuidad, ya que los delincuentes desarrollan varias formas de conseguir sus malsanos propósitos.

⁴⁸www.ecuadorinmediato.com.

⁴⁹www.ecuadorinmediato.com.

En cambio en **Venezuela** se produjo un caso en particular en el cual los propietarios de una empresa distribuidora de carros KIA, se dieron cuenta que existía un fabuloso negocio alquilándole vehículos a la empresa estatal PDEVSA, donde tenían numerosos contactos y todo era un desorden administrativo a raíz de un paro petrolero, donde los contratos se asignaban a dedo. La estatal comenzó a alquilar automotores pagando por día, lo cual resultaba ser un negocio maravilloso para los que tenían los vehículos para alquilar. El valor del automóvil se recuperaba en 60 días con las tarifas que cobraban a PDEVSA. Cuatro empresarios fundan entonces una empresa llamada Auto Leasing con el único propósito de alquilar estos vehículos a la mencionada empresa petrolera. Los empresarios Nelson Navarro, Eduardo Fernández, Luis Rincón y Ender Cardoso comienzan el negocio, el problema era que su capacidad financiera era limitada para comprar los propios automóviles que le alquilaban a PDEVSA, pero estaba claro que si lograban obtener financiamiento, el negocio sería espectacular. Surge en ese momento la idea de ***“La Vuelta, llamada así, porque Auto Leasing comenzó a captar fondos en dólares, ofreciendo un retorno inicialmente del 10% al mes que al final de La Vuelta llegó a ser de hasta el 20% al mes. Los inversionistas podían al final de cada mes retirar su depósito y/o sus intereses, o reinvertir parcial o totalmente la inversión con sus intereses”***⁵⁰. Como toda pirámide, eran pocos los inversionistas que pedían su dinero al final del mes, optando la mayoría por quedarse. “Se

⁵⁰www.wikipedia.org

*estima que cuando se desmorona La Vuelta, la cantidad involucrada era de unos 600 a 800 millones de dólares americanos y que de 700 a 800 personas estuvieron involucradas en el negocio. Esto correspondía a unos 500 vehículos alquilados a PDEVSA*⁵¹. La Vuelta se descalabra porque en el año 2005, despiden de forma masiva a la gran mayoría de los Gerentes de alto rango de PDVSA Occidente, muchos de los cuales recibían comisiones por garantizar el negocio a los propietarios de Auto Leasing. Como toda pirámide, no se desmorona de un solo golpe, sino que gradualmente los vehículos no son renovados, pero los propietarios de la pirámide mantienen la esperanza de que todo vuelva a la normalidad, lo cual nunca ocurrió. La Fiscalía venezolana ha imputado a diecisiete personas por el caso de La Vuelta, sin que haya podido capturar a ninguno de los principales de la estafa. Se dice que los cuatro se encuentran viviendo en Miami. Los otros trece eran captadores de fondos para el negocio, algunos de los cuales si fueron detenidos. De acuerdo a la policía de investigación venezolana, el colapso de la pirámide de La Vuelta causo por lo menos tres muertes unas por venganza y otras donde los propios clientes fueron asesinados para que no exigieran el retorno de los fondos perdidos.

En **Estados Unidos** se conoció que el 11 de diciembre de 2008 fue detenido Bernard Madoff, financista estadounidense acusado de una estafa multimillonaria. La estafa podría ser el mayor fraude conocido hasta

⁵¹www.ecuadorinmediato.com.

el momento. Madoff era propietario varias firmas de asesoramiento de inversiones implicadas en el fraude. Si bien Madoff decía tener una estrategia patentada, **“se presume que utilizaba un sistema del tipo del esquema Ponzi: usar el dinero de los inversores nuevos para pagarle a los viejos”**⁵². Lo que resulta ser un sistema de pirámide utilizado en todos los casos expuestos.

En noviembre del 2008, este mismo esquema piramidal causó una crisis económica en el sur de Colombia, respecto al desplome de las pirámides, no hay otro de tema de conversación en Colombia desde hace varios meses, ya que más de 2 millones de personas han perdido los ahorros que confiaron a 240 empresas de captación de dinero y esperanza, a raíz de lo cual decenas de miles protestan, tres personas han muerto y casi un centenar realizaron un paro cívico. Este el conocido caso del corporativo DMG, que es más famoso registrado en el país vecino. **“Ofrecía rendimientos de 70 a 150 por ciento anual mediante un esquema de tarjetas de prepago. Los clientes depositaban un mínimo equivalente a 25 dólares para comprar cosas en negocios afiliados. Al cabo de tres meses, podrían retirar todo el dinero que depositaron y retener los bienes que habían comprado”**⁵³. D.M.G. son las iniciales de David Murcia Guzmán, un hombre de nacionalidad colombiana de 28 años de edad convertido en el personaje más comentado en Colombia después de Pablo Escobar, según creen varios medios de comunicación. Por su parte

⁵²www.wikipedia.org.

⁵³www.my.opera.com.

el gobierno dice contar con un expediente que incluye 2 mil 500 llamadas donde se demuestra que DMG lavaba dinero de un narco y líder paramilitar. En cambio David Murcia asegura ser víctima de una venganza del sistema, pese a ello se ha podido registrar que miles de personas protestan en 30 ciudades, donde algunos piden con pancartas que lo dejen trabajar. Según datos referidos en las redes sociales, Murcia Guzmán no terminó el bachillerato, y hace 5 años ganaba 150 dólares mensuales, se estima que ahora tiene un palacio y una colección de autos. ***“Su imperio suma 32 empresas y negocios en Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela. Estaba listo para entrar a México y Brasil”***⁵⁴. Este caso es una fábula donde se combina la cultura del dinero fácil, los vacíos jurídicos y los errores de supervisión. Los medios colombianos rebosan de casos de familias que hipotecaron sus casas para invertir en DMG. Lo más asombroso es que a pesar de todo, algunos incautos decían que DMG significaba Dios Mío Gracias. La verdad es que se puede percibir que este método de captación de dinero es un caso de creatividad aplicada para masificar el lavado de dinero a una escala inédita en dicho país.

Es precisamente en otros países donde se ha propiciado el incremento de delitos como los referidos, y únicamente luego del endurecimiento de las leyes penales, han encontrado un coto a dichas actividades ilícitas, y por

⁵⁴www.my.opera.com.

lo tanto buscan nuevos lugares como nuestro país, donde seguir con su cometido ilegal e inmoral.

Luego del gran escándalo que se propicio por parte de Corporativo DMG, el 14 de noviembre del 2009, el Diario el Tiempo de Colombia en sus noticias titulares, reseñaba que la: **“Captación masiva e ilegal de dinero tendría penas más drásticas y dejarían de ser excarcelable”**⁵⁵. Al efecto, se hizo eco de las expresiones del ex presidente de esa nación hermana, cuando se hicieron públicas varias casas de captación de fondos que afectaron gravemente a la economía de ese país. **“El Presidente Álvaro Uribe Vélez dijo que otra de las medidas que estudia el Gobierno con el objeto de enfrentar el problema de las pirámides, consiste en tipificar un delito que castigue al que capte dinero y no devuelva la totalidad a sus ahorradores. Además, se evalúan mecanismos que permitan a las autoridades devolver a sus dueños, de una forma ágil, el dinero que sea recuperado”**⁵⁶. Luego de varios actos que perjudicaron la economía de ciudadanos colombianos e incluso ecuatorianos, por la cercanía de las fronteras, el Gobierno de Colombia, contempló modificar la legislación de manera que se pueda elevar sustancialmente la sanción penal al delito de captación masiva e ilegal de recursos, con lo cual ese delito dejaría de ser excarcelable, en consecuencia, al ser reprimido con reclusión, no es susceptible de fianza,

⁵⁵www.eltiempo.com.

⁵⁶www.eltiempo.com.

lo que de una u otra manera asegura la conclusión del proceso penal y la aplicación de sanciones a los responsables.

Según lo indicado en el rotativo, otra medida adoptada: “***sería la de tipificar como delito la conducta de personas que hayan captado dineros del público de manera ilegal y no los devuelvan en su totalidad a los ahorradores***”⁵⁷. Esto se plantea con la finalidad de sancionar al delito con la norma que corresponde y se pueda aplicar a cada caso en especial sin tener que recurrir a la conexidad con la estafa.

3.2.1.1. CIRCUNSTANCIAS.

Contrario a lo que se puede pensar, la captación de dinero se puede dar por muchas modalidades y circunstancias entre las más conocidas están las llamadas pirámides, el ofrecimiento de pago de intereses excesivamente superiores a índices porcentuales establecido por la ley y el Banco Central, como sucedió en el caso Cabrera; las supuestas inversiones en bienes raíces, o en la bolsa de valores para adquirir oro, plata y petróleo que se encuentran vía internet y se paga mediante debito de las tarjetas de crédito; el pago anticipado de vacaciones, planes de adhesiones y entrega de tarjetas y servicios denominados prepago, muchos de los cuales se pueden “beneficiar” los interesados después de

⁵⁷www.eltiempo.com.

mucho tiempo y cumpliendo con una serie de requisitos contractuales de los cuales los clientes jamás tuvieron plena comprensión, por la utilización de estipulaciones poco claras que se manejan por medio de sistemas de puntos o similares que se acreditan de conformidad con los pagos recibidos, derechos que no pueden ser transmitidos a otras personas, y siendo por lo tanto de uso exclusivo del usuario, que tampoco tienen la posibilidad de desistir del acuerdo o pedir reembolso de lo pagado, conforme a la aceptación del contrato que jamás se tomó el tiempo de leer.

El sistema de pirámides consiste en la entrega de una cantidad establecida de dinero que le permite asociarse o formar parte de un grupo de inversionistas; a cada interesado se exige se cumpla con un número mínimo de ingresos de nuevos socios para que siga creciendo la pirámide, después de cierto tiempo los primeros en ingresar reciben en forma secuencial la suma del valor entregado por todos los asociados, que deberá ser devuelto en cuotas diarias, semanales, quincenales o mensuales, hasta completar el valor recibido, más una comisión o porcentaje para el organizador de las pirámide o representante de la seudo empresa que la promueve; al final se termina pagando mucho más que un préstamo convencional con una entidad financiera autorizada, y se ha involucrado a nuevas víctimas que no reciben nada y pierden sus aportes. La gran diferencia radica en la facilidad de ingresar a éstos grupos de pirámides y la posibilidad de recibir en menor tiempo una suma

de dinero determinada en el caso de los primeros asociados. Pero en toda caso siempre representa un riesgo latente, en fin muchas personas piensan y son conscientes de que, lo que fácil llega, fácil se va.

En economía se conoce como pirámide a un esquema de negocios que se basa en que los participantes refieran a más clientes con el objetivo de que los nuevos participantes produzcan beneficios a los participantes originales. El nombre de pirámide se da porque se requiere que el número de participantes nuevos sean más que los existentes. Estas pirámides son consideradas estafas o timos y se conocen por muchos otros nombres tales como timos en pirámide, círculos de la plata, cédulas de la abundancia o esquema Ponzi. El riesgo de un esquema piramidal es que funcionan mientras existan nuevos participantes en cantidad suficiente. Cuando la población de posibles participantes se satura, los beneficios de los participantes originales disminuyen y muchos participantes terminan sin beneficio alguno tras haber financiado las ganancias de los primeros participantes. Este tipo de sistema se considera ilegal en varios países, como estados Unidos, Reino Unido, Francia, Alemania, Canadá, Rumania, Colombia, Malasia, Noruega, Bulgaria, Australia, Nueva Zelanda, Japón, Nepal, Filipinas, Sudáfrica, Sri Lanka, Tailandia, Venezuela, Irán, República de China y España; En Italia no es un delito tipificado en el Código Penal, opera al margen del fisco y por lo tanto las autoridades no pueden intervenir, aunque ya nadie cree en este tipo de negocios en ese país. En Ecuador, moralmente es reprochable,

legalmente se asimila al delito de estafa, por lo cual es lo mismo afectar a uno que a mil, ya que ni siquiera contamos con un procedimiento que permita la acumulación de penas.

Otra forma muy reconocida en nuestro medio es la captación de dinero, a cambio del pago de intereses muy superiores a los pagados por el sistema financiero, es justamente lo que sucedió en el referido caso Cabrera, donde personas incautas de toda edad y sexo, profesión u ocupación, llevadas por la ambición y esperanza de obtener mejores réditos, depositaban los dineros productos de sus ahorros de toda vida, u obtenidos de créditos prendarios o hipotecarios, e incluso provenientes de las remesas de los migrantes, para que se les pague intereses de hasta el diez por ciento mensual en una economía dolarizada donde el interés bancario no supera el doce por ciento anual, y teniendo como única garantía de los depósitos la firma de una letra de cambio en el mejor de los casos y en otros solamente con la impresión de un sello. Situaciones similares se repitieron en otras provincias del Ecuador, por muchas de las cuales se inició procesos penales cuyos resultados no se han hecho públicos.

Vía internet se ofertan variedad de inversiones en bienes raíces, en la bolsa de valores con la compra de bonos del estado, y en la compra de metales preciosos como oro y plata e incluso petróleo, lo único que se requiere es autorizar el debito de una cuenta bancaria o el pago mediante

tarjeta de crédito a empresas que no tienen oficinas ni representación en el Ecuador.

Las ofertas son muy tentadoras y dan testimonios de personas que nadie conoce, sobre las inversiones de cien o doscientos dólares en que quince días se convirtieron por arte de magia en dos mil o tres mil dólares; pero en realidad, no sabemos nada de dichas inversiones y en caso de presentarse algún reclamo, no tenemos donde recurrir ya que las oficinas principales están en ciudad de Panamá, Miami o Europa. Además jamás se trató personalmente con ningún representante o funcionario que explique en qué consisten las inversiones, y el riesgo y legalidad que representan las mismas. Por otra parte, estas operaciones no tienen ningún control de autoridades o entidades gubernamentales, inclusive tampoco se paga impuestos que vayan en beneficio del Estado para inversión social.

En las dependencias de la defensoría del pueblo y la fiscalía de Loja, se han presentado una serie de denuncias en contra de empresas internacionales que ofertaron planes vacacionales de tiempo compartido, para lo cual hicieron firmar una serie de documentos entre contratos, pagarés, autorizaciones de debito bancario etc. y con el cargo de que el cliente debía pagar sumas de hasta quince mil dólares para acceder a varios beneficios en una cadena de hoteles en otros países, pero sujetándose a las políticas de la empresa que determinaba el tiempo, la

duración y las condiciones de viaje, así como los valores por servicios adicionales que se ofertaban, que aunque son básicos no se incluyen en los contratos o paquetes, además de todo esto, se exige el pago puntual de cuotas mensuales y en caso de mora el recargo y cobro de valores por gastos administrativos y judiciales, aunque el cliente jamás haya utilizado un solo día de hospedaje. Llama la atención, el manejo del dinero de los clientes, que sirve para promocionar y construir centros vacacionales con proyección a varios años, es decir, el cliente invierte ahora y durante mucho tiempo para utilizar las instalaciones que se adecuen a futuro, pero jamás será propietario, sino únicamente beneficiarios de los servicios. Lo que significa que estas empresas trabajan con el dinero ajeno e imponen sus propias condiciones que a la larga resultan ser un verdadero dolor de cabeza y abuso, ya que el usuario jamás entendió las condiciones contractuales en las que se renuncia a presentar reclamos judiciales, en caso de inconvenientes se sujetan a jueces de arbitraje y mediación distintos a los del domicilio del cliente, sujetándose a jurisdicciones internacionales como Perú o Colombia o a de otras provincias como Quito o Guayaquil. Podemos entender que es otro mecanismo de captar dineros ajenos para supuestas inversiones a futuro, que son ofertadas en opulentas recepciones en los mejores salones de recepción y hoteles, orquestadas “de oportunidad” ya que no son siempre sino de forma esporádica, en las que intervienen personas bien adiestradas con una gran facilidad de palabra y convencimiento que bien podrían venderle hielo a un esquimal.

Mucho llama la atención la forma como llegan a las personas, ya que utilizan invitaciones personalizadas por medio de llamados telefónicos, y por supuestas referencias de otros clientes, cuando en realidad lo único que hacen es revisar las bases de datos bancarias para conocer quiénes son titulares de cuentas corrientes o tarjetas de crédito. También se ha hecho público una serie de denuncias o reclamos en contra de entidades y empresas inmobiliarias que ofrecían bienes raíces, en lotizaciones o planes de vivienda y que luego de captar el interés de las personas mediante publicidad engañosa, procedieron a cobrar significativos valores que servirían para viabilizar la entrega del bien ofertado, pero que de la noche a la mañana desaparecieron dejando en limbo e incertidumbre a cientos de familias que han visto esfumarse sus anhelos y aspiraciones. Perjuicios económicos que sumados representan miles y millones de dólares, cuya captación jamás fue controlada por la entidades llamadas a supervigilar actividades en las que de por medio existían cuantiosos recursos y que podría tipificarse como captación de fondos.

3.2.1.2. ELEMENTOS.

Como es de nuestro conocimiento, dentro de la estructura jurídica de toda infracción penal, para su configuración debe tener ciertos componentes legales bien definidos, y en el presente estudio, modestamente a modo de ensayo y como aporte personal sin ser un erudito en la materia, en base a

toda la información acopiada, analizada, reseñada e interpretada en éste trabajo, hago referencia a los elementos objetivos y subjetivos que están presentes en otra clase de delitos, lo cual nos puede permitir viabilizar la tipificación correcta de la captación indebida de fondos, como un delito autónomo en el Código Penal.

3.2.1.2.1. OBJETIVOS.

Entre los elementos objetivos de la figura que se estudia, encontramos el acto, el resultado y las situaciones materiales de la infracción consumada respecto a la captación indebida de fondos, en tal virtud, de forma sucinta me permitiré hacer referencia a cada uno de ellos, para un mejor entendimiento y enfoque del problema planteado, esperando que el análisis sea lo suficientemente claro para la concreción del propósito didáctico de este trabajo.

3.2.1.2.1.1. ACTO.

En contexto gramatical el vocablo acto, proviene del latín “**actus**”⁵⁸, que significa acción. Por lo tanto podemos decir que acto en forma general es una acción, pero también puede ser una omisión, un hecho, una operación, una diligencia, un modo de obrar, un procedimiento.

⁵⁸Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.

De allí que al referirnos al acto ilícito, entendemos que se trata una actuación o procedimiento humano contrario a derecho, ya que acto ilícito específicamente son aquellos: ***“Ejecutados mediante una acción u omisión, que se emplean partiendo de la inobservancia de una norma o un precepto legal”***⁵⁹. En el presente caso, los actos que rodean la captación indebida de fondos son muchos y varían según la forma como se ejecute dicha actividad, pero podemos mencionar que existen actos preparatorios a la infracción, actos concurrentes y actos desencadenantes.

En primer lugar los actos preparatorios, preliminares o previos ejecutados por el ente activo, son esquematizados mentalmente para delinear la forma operativa de actuar, que incluyen la adopción de nombres, símbolos, colores, lemas, frases e incluso ritmos o publicidad engañosa que permite a las personas asociarlos con alguna actividad aparentemente legal.

Continúan con los actos que realizan para estructurar una posibilidad de inversión o negocio aparentemente legal y fáctica, como por ejemplo el alquiler bienes muebles e inmuebles necesarios para la operación y funcionamiento de una oficina destinada para ese efecto, la contratación de personal como secretarías, auxiliares, mensajeros, cobradores, guardias etc., a quienes normalmente se contrata haciéndoles creer la

⁵⁹ROMBOLÁ, Néstor Darío.- Diccionario RUY DÍAZ de Ciencias Jurídicas y Sociales.- DISELI.- Edición 2004.- Buenos Aires-Argentina.- 2004.- Pág. 46.

licitud de los actos y la empresa, pagándoles el salario básico, siendo común que los primeros y únicos en caer en los operativos policiales, como responsables son estos, porque son quienes dan la cara al público, puesto que los mentalizadores se ponen a buen recaudo.

Los actos concurrentes comienzan con los primeros clientes que entregan su dinero esperando un alto rendimiento, a los cuales se les solicita una cifra mínima para participar e igualmente se adiestra para que ingresen más interesados exponiendo los beneficios obtenidos inicialmente, por lo general familiares, vecinos o amigos, quienes con el fin de obtener mayores ganancias solicitan préstamos personales, prendarios o hipotecarios, e incluso se ofertan para recibir el dinero de otras personas como ocurre en el caso de los migrantes.

Es de conocimiento público que muchas personas manejan y disponen libremente de los bienes y dinero de sus familiares que se encuentran en el exterior, que han sido entregados a facinerosos que prometieron una inversión segura y rentable a corto plazo que terminó con la pérdida de total de los bienes o dineros entregados y que han sido el fruto de un arduo esfuerzo y ahorro, pero que al infractor, poco o nada de interesa, ya que su meta es captar el dinero sin importar su origen. Los actos desencadenantes los ejecuta el autor, cuando ya ha logrado reunir una suma considerable de dinero comenzando a retirar los fondos de las cuentas bancarias para transferirlos a otros países, cerrando sus cuentas

y las de las seudo empresas, ocultando la información de los clientes, manipulando registros y contabilidades, desapareciendo datos, transfiriendo bienes a favor de terceras personas que actúan como testaferros, suspendiendo en forma paulatina el pago de intereses o negándose a realizar las devoluciones de los dineros recibidos, suscribiendo o entregando documentos de crédito, bonos, o títulos falsos o que no tienen valor comercial en el mercado y por último desapareciendo de la noche a la mañana sin dejar rastro de su paradero.

Esta es la historia y el proceder que se ha repetido en la mayoría de los casos ocurridos a nivel mundial, sin embargo, existe responsabilidad ineludiblemente compartida, entre las autoridades estatales que no han ejercido ningún control, también por parte de las victimas por dejarse llevar por la ambición y el dinero fácil, y que en muchos casos ni siquiera presentan una denuncia formal por las repercusiones que pueden ocasionarse, no olvidemos que en el caso Cabrera se rumoró que posiblemente se investigue a las personas que entregaron su dinero, ya que en realidad ellas eran las que se beneficiaban con el pago del interese usurero y no el notario, es decir se quiso dar la calidad de víctima al victimario, lo cual disuadió a muchos de iniciar algún tipo de acción legal y resignándose a la pérdida.

Por último la responsabilidad del Estado por no crear leyes severas que repriman estas conductas atentatorias contra el patrimonio y las finanzas

de muchos ecuatorianos, o será que se está esperando que se repitan actos aún más graves como en el caso de Albania o Colombia.

3.2.1.2.1.2. RESULTADO.

El resultado es el **“efecto y consecuencia de un hecho, operación o deliberación”⁶⁰**. Los resultados de la infracción siempre son visibles y afectan un bien protegido, concomitantemente puede acarrear perjuicios sociales, económicos y de otra índole.

Me hago eco de una información que dio cuenta de los estragos ocasionados luego de la muerte del Notario Cabrera, señalando que: *“Durante los primeros meses después de la muerte, muchas personas que perdieron su dinero intentaron suicidarse, algunas lo lograron, otras personas tuvieron que devolver las cosas que habían comprado como casas y automóviles, agencias de ventas de automotores registraban docenas de devoluciones por semana y muchos emigrantes especialmente de Loja quedaban sorprendidos al enterarse que el dinero guardado de su trabajo había sido invertido con el notario”⁶¹*. Todo esto dejó un costo social muy elevado, que a pesar de los años no ha logrado ser superado totalmente evidenciándose secuelas negativas.

⁶⁰Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.- 02-VI-2009.

⁶¹www.wikipedia.org

Una pérdida no puede ser asimilada de igual forma por todas las personas, existirá quienes pasen por una etapa de desesperación, temor, remordimiento y depresión temporal que luego puede ser superada, pero en cambio otros tal vez no puedan recuperarse nunca, cayendo en un laberinto de angustia, estrés crónico e ira que pueden llevarlos a la muerte, o a cometer atentados en contra de otras personas sin importarles las consecuencias, por ello se dieron casos de suicidios e incluso de asesinatos por venganza en contra de quienes captaron el dinero para las supuestas inversiones, o en contra de sus familiares; esto en contexto general agudiza la inseguridad pública y la criminalidad.

Hubo un considerable repunte de la migración ilegal, ya que personas que habían tenido sus ahorros en manos de otros familiares perdieron hasta el último centavo; en otros casos migrantes que se encontraban planificando su retorno optaron por radicarse definitivamente en otras naciones donde encontraron trabajo, impidiendo al país contar con nueva mano de obra de personas que aprendieron en otros lugares no solo diferentes costumbres e idiomas sino también nuevas formas de inversiones, producción y por ende como generar más recursos en beneficio de la sociedad ecuatoriana, claro ejemplo lo encontramos en localidades del austro ecuatoriano, donde se han construido planes habitacionales con características arquitectónicas similares a la de los países desarrollados, se han implementado actividades productivas o negocios que antes jamás

soñamos ver en nuestro país, como consecuencia del aprendizaje y conocimientos adquiridos por los migrantes.

En la actualidad se ha observado un incremento desmedido de la delincuencia, el sicariato, secuestro, robo y el hurto son el pan de cada día, delitos muchos de los cuales tienen como origen actos perpetrados por ciudadanos de otras nacionalidades que han insertado en nuestro país nuevas formas de delinquir y que se relacionan con el lavado de dinero, la usura y el narcotráfico que busca de manera constante los medios para legalizar sus capitales de origen ilícito, sin importar que tengan que ofertar altos intereses por supuestos préstamos de dinero, o sobrevalorar bienes muebles e inmuebles que elevan el costo de vida de la sociedad común.

En el aspecto económico se desencadena una visible recesión económica y disminución del poder adquisitivo de una marcada parte de la población ya que la pérdida de dinero no solo afecta a la víctima sino también a su entorno, por ejemplo una persona que ha comprado un bien, necesariamente tendrá que devolverlo si lo compró a crédito, porque no podrá seguir pagándolo, o en su defecto deberá venderlo a menor costo si lo compró de contado, para efecto de poder capitalizar de nuevo, y en otros casos extinguir obligaciones y compromisos económicos adquiridos. Tampoco podrá seguir con el mismo estilo de vida, gastando y comprando lo que incluso se podría considerar objetos suntuosos, ya los gastos se

reducen a los productos básicos y de primera necesidad suficientes para permitirle subsistir; incluso han existido casos de personas que han debido cambiar a sus hijos de los centros de estudios particulares a fiscales; suspender vacaciones familiares y en su lugar seguir trabajando para tratar de reponerse de las pérdidas; en consecuencia afecta a la víctima, a la familia, al comercio, a la banca y a la sociedad toda.

Para solventar sus actividades económicas, empresas o negocios, los perjudicados, deben recurrir al vía crucis de obtener un crédito y endeudarse en el sistema financiero nacional, que ha visto crecer su cartera de deudores a largo plazo. Hoy en día gran parte de la población se encuentra en el registro o lista negra de la denominada Central de Riesgo en la que se lleva un historial y se califica la capacidad de pago de las personas que no han cumplido sus obligaciones con la banca o entidades del Estado, pero cómo se puede cumplir con el pago de una hipoteca o una prenda, si el dinero que se obtuvo para invertirlo en una supuesta negociación de mayor rentabilidad se perdió en manos de personas audaces que se dedicaron a la captación de recursos de forma ilegítima.

Además debemos anotar el incremento del desempleo ya que muchas personas pierden su capital de trabajo y negocios, pasando de ser empleadores a empleados; otros son despedidos por la falta de liquidez de sus patronos y la falta de capital para inversión en materia prima o

simplemente porque se produce el embargo de negocios, comercios o empresas que perdieron su dinero en este tipo de inversiones y no pudieron cumplir el pago de los créditos obtenidos para tal efecto.

La desconfianza en el sistema en las autoridades y hasta en el gobierno, ya que muchas veces no se hace nada por prevenir la captación de dinero, ó cuando se actúa es demasiado tarde; además varias veces a salido a la luz pública que se hayan involucrados funcionarios judiciales, miembros de todos los rangos de la policía nacional y el ejército, y personajes muy influyentes de la política como alcaldes, concejales, entonces como no penar que también las personas comunes y corrientes caigan seducidos por las redes de la ambición y la codicia, y en otros casos por la necesidad y la esperanza de mejorar su estatus social, y el de los suyos, obteniendo recursos que nadie más ofrece en el mercado y que en difícilmente se pueden ganar en una negocio lícito.

3.2.1.2.1.3. SITUACIONES MATERIALES.

Por situación entendemos al ***“Conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento”***⁶². En este sentido al referirme a las situaciones materiales de la captación indebida de fondos, quiero abordar en síntesis los aspectos más relevantes de la problemática planteada, por lo tanto, el presente ítem, tiene como

⁶²Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.

propósito esencial, permitirnos la posibilidad de entender y contrastar las situaciones materiales ejecutivas y constitutivas de los delitos de la misma naturaleza, los mismos resultados o consecuencias que ya analizamos en líneas anteriores, así también como los medios, formas o modalidades de la perpetración de la infracción dolosa, y que en el presente caso, se presentan en una gama muy amplia de posibilidades, y por lo tanto, la captación indebida de fondos, bien puede ser configurada como un delito autónomo, ya que encontramos varios de los mismos elementos pero con diferente connotación o alcance en cuanto al resultado, en virtud de lo cual, lo justo y necesario es establecer normas claras bien diferenciadas para cada delito tipo.

En primer lugar, este tipo de actos lo puede perpetrar cualquier persona o grupo de personas, normalmente interviene o tiene el mando una con capacidad de discernimiento y astucia más desarrollada, que se complementa con la predisposición y la facilidad de expresión verbal y corporal suficiente como para convencer al más ingenuo de la licitud de un acto o negocio que supuestamente rendirá excelentes frutos.

Los mecanismos utilizados para la captación de dinero, son múltiples ya que los ejecutores siempre están innovando o buscando nuevas formas de atraer la atención de sus víctimas, desarrollando nuevas técnicas y productos, como el caso de las pirámides, las cédulas de la abundancia, tarjetas prepago, planes de compras de bienes y servicios; casas de

empeño o préstamos etc. Para evitar ser objetos de perjuicios por éstas acciones, la ciudadanía debería informarse adecuadamente, desconfiar de cualquier actividad que ofrezca grandes ganancias a corto plazo en la que se debe invertir capitales, identificar bien de que se trata el producto, negocio o inversión que le ofrecen, y sobre todo quien o quienes lo ofrecen, recurriendo para a fuentes oficiales fidedignas que den información sobre la procedencia, legalidad y constitución de tal o cual empresa, negocio o actividad, especialmente de las nuevas.

El sujeto pasivo o la víctima no necesariamente puede ser uno como usualmente ocurre en el delito de estafa o abuso de confianza, ya que en este caso por lo general los perjudicados directos son cientos y miles de personas e indirectamente se afecta a muchas familias, regiones, ciudades, provincias e incluso países enteros como en el caso de Albania. Normalmente la persona que ejecuta estos actos o desarrolla dichas actividades al margen de la ley, planifica para que sean el mayor número posible de personas involucradas en el asunto, aunque en varias ocasiones se realiza un proceso de selección dirigido a un grupo específico de la sociedad como por ejemplo a los migrantes a quienes se les puede ofertar programas de vivienda que cuentan con poca factibilidad, solvencia técnica y económica. Hace pocos meses en la Región Insular o Galápagos se presentó un caso en el cual una persona con el auspicio de funcionarios municipales, instaló un local ofertando cursos de idioma inglés e intercambios culturales con los Estados Unidos,

cobrando alrededor de cuatro mil dólares a cada uno de los interesados que fueron muchos, y luego de haber recibido el dinero de alrededor de doscientas personas que se inscribieron, simplemente desapareció como por arte de magia, llevándose lo recaudado, y dejando desde luego abandonado el local donde debía funcionar el supuesto instituto o centro de idiomas, pues lógicamente era arrendado, y comprometiendo únicamente a la secretaria que no sabía nada de lo ocurrido pues recién había sido contratada; al poco tiempo de haberse hecho público este suceso, se denunció que se había repetido lo mismo, en un sector de la Amazonia ecuatoriana utilizando el mismo procedimiento.

El punto es que la falta de normas claras que establezcan sanciones ejemplarizadoras, propician el incremento y reproducción de estas conductas, pues lo mismo ha sucedido en la captación de dinero como el caso del Notario Cabrera y de María Luisa Benavides, ya se han conocido de casos en Cuenca, Loja, Guayaquil, Lago Agrio, Zaruma y en otras ciudades, así como de las pirámides que se reproducen con una serie de variantes pero que en definitiva lo único que buscan es conseguir el dinero de las personas en grandes cantidades y apoderarse dolosamente de esos recursos al margen del control legal, evadiendo tributos y sobre en detrimento de los intereses colectivos.

Una vez recopilados los elementos del delito, también es importante referirse a los elementos propios del ente activo, que deben ser tomados

en cuenta para valorar su accionar ilegítimo, estos son los denominados elementos subjetivos, personales, intrínsecos o individuales que se analiza a continuación.

3.2.1.2.2. SUBJETIVOS.

Entre los elementos subjetivos o propios del ente activo de la infracción, encontramos el dolo y la premeditación empleados en la comisión de la infracción, por lo cual en líneas subsiguientes analizaremos cada uno de ellos desde el punto de vista doctrinario y legal.

3.2.1.2.2.1. DOLO.

El principal elemento subjetivo en éste tipo de conducta atípica, está dado por el dolo, término que es un es equiparado al engaño o la mala fe y conceptualizado de la siguiente manera: “**En los delitos, plena deliberación; en los contratos y otras acciones, intensión astuta**”⁶³.

Podemos advertir que al referirse a la intención, significa que se trata de la voluntad dirigida a un fin concreto, que en el caso que nos ocupa, es la captación de de dinero sin contar con autorización para tal efecto.

Manzini define al dolo: “**La voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo**

⁶³Diccionario Enciclopédico OCEANO UNO COLOR.- Edición del Milenio.- Edición 2001.- Barcelona-España.- Pág. 534.

de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho está reprimido por la ley⁶⁴. Según esta definición de toma en cuenta en la composición del dolo la voluntad que mira al acto mismo y la intención sobre sus consecuencias plenamente conocidas.

Por su parte el profesor Jiménez de Asúa, sostiene que dolo es: ***“La producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere o ratifica***⁶⁵. Por lo tanto, debe existir voluntariedad del acto y de sus consecuencias, de la acción y sus efectos ya que el dolo comprende también las secuelas del hecho.

El Código Penal ecuatoriano, tiene su propia forma de presentar al dolo, conforme el contenido del Art. 14, en donde como se sabe, define la infracción dolosa intencional, como el acto ejecutado con el designio de causar daño en la forma prevista y querida por el agente. Se reconoce que el dolo es conocer y querer de la realización típica, o sea, la decisión del autor para la ejecución de una acción que realiza un determinado delito.

⁶⁴ La Tentativa-El Dolo.- Estudio de Derecho Penal General.- Editorial Jurídica Bolivariana.- Quito-Ecuador.- 1993.- Pág. 290.

⁶⁵ La Tentativa-El Dolo.- Estudio de Derecho Penal General.- Pág. 290.

Tratándose de la captación de fondos, debe entenderse que el agente activo, tiene conocimiento pleno que está impedido de recibir y acopiar dinero, ya que no cuenta con autorización de entidad alguna para dicho propósito; sin embargo lo hace, contrario a la ley.

Normalmente se trata de personas con un alto grado de astucia y poder de disuasión que poseen también conocimiento de contabilidad, comercio e incluso de normas legales; y en el supuesto de que se alegue el desconocimiento de la ley para realizar sus actividades, no debemos desconocer que esto no es eximente de responsabilidad ya que existe una presunción legal de que todos conocemos la ley.

Esta manera de argumentación debe ser suficiente para erradicar definitivamente, la posibilidad de que la figura del acto atípico que es materia de estudio, pueda cometerse por culpa; es decir, se trata de conductas dolosas plenamente conocidas, planificadas, entendidas y queridas por el ente activo, que es consciente del perjuicio que puede ocasionar a las víctimas con la ejecución de sus actos por cualquier medio, modalidad o forma que utilice.

3.2.1.2.2.2. PREMEDITACIÓN.

Con el desarrollo constante de la humanidad, el ser humano ha logrado mejorar día a día su capacidad cognoscitiva y por ende de forma de

pensar, pero lamentablemente, muchas personas usan esa capacidad para provocar el mal ajeno, por lo tanto es usual que el delincuente sobre todo el usual, antes de cometer un delito piense reflexivamente para asegurar el éxito de lo que va a ejecutar, para así poder barajar una serie de posibilidades antes, durante y después del cometimiento de la infracción.

En delitos como la estafa el sujeto activo planifica de antemano la forma como se cometerá el fraude en contra de la víctima, empleando la utilización de calidades falsa, nombres falsos o creando esperanzas o expectativas sobre algún negocio o actividad. En el acto de captar dinero el ente activo busca la forma más adecuada de realizar esta tarea, disfrazando en otras actividades el propósito principal del acopia de activos de terceros.

El diccionario de la RAE, nos enseña que en Derecho, el término premeditar representa. ***“Proponerse de caso pensado perpetrar un delito, tomando al efecto previas disposiciones”***⁶⁶. No podemos siquiera pensar que la persona que se propone captar dinero, lo haga de manera casual, y sin pensar en lo que hace, más aún cuando incluso se instala oficinas, contrata secretarias o se consignan direcciones que casi siempre son de lugares arrendados donde habita y despliega sus actividades.

⁶⁶Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.

Doctrinariamente la premeditación es una de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal de los delincuentes; y se caracteriza, por la serenidad de ánimo para el mal, siendo reveladora la resolución firme, reflexiva y meditada de la ejecución; también se destaca la persistencia en la resolución delictiva, por cuanto se da un espacio de tiempo suficiente para, con fría razón, hacerse cargo de las ulteriores consecuencias, siendo demostrativo de la perseverancia tenaz en el propósito criminal.

Otra conceptualización nos refiere que la premeditación es una:

“Circunstancia que se presenta como agravante de los delitos y que exige para ello como elementos constitutivos, un lapso de tiempo entre la misma y la ejecución del delito y que en dicho plazo no hayan mediado estados de la psiquis relacionados meramente con la pasión. Exige cierta frialdad, una voluntad antijurídica y permanente hacia la ejecución del delito”⁶⁷. La premeditación es

elemento indisoluble del “*iter criminis*”⁶⁸, o camino del delito, en el cual el agente activo, piensa, reflexiona, valora y decide, mucho antes de la ejecución de la infracción, por lo tanto sabe y entiende el alcance de sus actos realizados con voluntad y conciencia.

⁶⁷Microsoft® Encarta®.- 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.

⁶⁸“Desde que el delito se gesta como idea en la mente del autor hasta su agotamiento, tiene lugar un proceso sicofísico denominado *iter criminis* cuyos estadios cronológicos son la concepción, la decisión, la preparación, el comienzo de ejecución, la consumación y el agotamiento”. La Tentativa-El Dolo.- Estudio de Derecho Penal General.- Editorial Jurídica Bolivariana.- Quito-Ecuador.- 1993.- Pág. 99.

Cabanellas, refiere al respecto que la premeditación es la: **“Consideración reflexiva y relativamente prolongada de una acción u omisión”**⁶⁹. Premeditar por lo tanto es un proceso de inteligencia que toma su tiempo, apropiado por lo general, por los riesgos de la improvisación criminal, y tanto más, porque así como se desarrolla la inteligencia del criminal, también lo hace la apatía, incredulidad y decidía de las víctimas, por lo tanto, debe planificarse bien el golpe, su modo de ejecución, estrategias de convencimiento, y analizar a quien está dirigido.

3.3. MARCO JURÍDICO.

3.3.1. NORMATIVOS.

Entre los elementos normativos que caracterizan a este tipo de conductas encontramos los manejos fraudulentos, la multiplicidad de víctimas, la calidad de las víctimas, la apropiación ilícita, la acumulación de capitales y la falta de control de las autoridades competentes.

3.3.1.1. MANEJOS FRAUDULENTOS.

Bajo ningún punto de vista podemos siquiera pensar que las personas dedicadas a la captación de dineros sin tener autorización de ninguna

⁶⁹Cabanellas Guillermo.- Diccionario Jurídico Elemental.- Pág. 316.

entidad gubernamental de control, puedan realizar actos lícitos, por lo atento los manejos siempre serán fraudulentos y al margen de la ley.

El término fraude proviene del latín “*fraus, fraudis*”⁷⁰, que representa una acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete. También se expresa, que un acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros. Los manejos fraudulentos son conductas dañosas, que forman parte del repertorio de los elementos constitutivos de los denominados delitos patrimoniales, que pueden llegar a afectar incluso al propio Estado.

Los manejos fraudulentos están investidos de artificios ya que se trata de hacer aparecer, como lícita, una actividad reñida con la ley.

En nuestro medio, no existe una definición concreta, de lo que es la captación masiva y habitual de dineros, solamente en el Código Penal se enuncia los elementos de la estafa y el abuso de confianza, que no es suficiente para sancionar a quienes pretendan funcionar como si se tratase de una entidad financiera lícita, y en nuestro caso en concreto esto es los que hacen las llamadas las pirámides, pero sin tener control ni estar registradas, ni mucho menos autorizadas por la Superintendencia de Bancos, para decir que entonces se incurre en un delito tipificado en el

⁷⁰Cabanellas Guillermo.- Diccionario Jurídico Elemental.- Pág. 316.

Código Penal. Si no existe norma penal que tipifique la conducta no se pueden aplicar sanción alguna. Si no existe ley no existe pena.

Una entidad financiera toma dineros del público, masiva y habitualmente, y con estos hace préstamos, por ejemplo, a una persona o empresa que necesita inversores, y quienes pagarán el préstamo con un mayor valor, es lo que llamamos el interés; el banco puede luego devolver la plata a los ahorradores, con un interés menor, desde luego para obtener un beneficio. Aquí hay un bien, un poco más intangible que una fábrica que produzca y venda artículos materiales tangibles, pero por esa misma intangibilidad de las entidades financieras, nuestro Estado ha decidido que la actividad de estas instituciones que manejan fondos de la gente, esté vigilada por la Superintendencia de Bancos como órgano regulador.

Un corredor de bolsa, hace algo parecido a un banco, pero no invierte a través de préstamos sino a través de acciones que se espera se coticen en el mercado de valores. El bien que promueve, es la capacidad de análisis del mercado para escoger las mejores acciones, pero un corredor serio siempre advierte a sus clientes que existen riesgos.

En el caso de los captadores de fondos, jamás de advierte a las personas del eminente riesgo y por el contrario en base a manejos fraudulentos, artificiosos, siempre se ofrece más de lo que en realidad se puede pagar,

justamente para captar el interés de las víctimas, muchas de las cuales lo pierden todo.

En una pirámide el bien no existe. La única forma de responder a los inversores es que vengan nuevos inversores, quienes al invertir permitan pagar a los antiguos. Esto funciona mientras el flujo de nuevos inversores supere la estancia de los inversores antiguos, justificando la ganancia y los gastos administrativos.

Pero en toda pirámide en algún momento el modelo se vuelve insostenible porque no habrá suficientes incautos que decidan invertir, y a la larga serán más los perjudicados que quienes obtuvieron ganancia. Sabemos entonces que por el momento no existe una norma expresa que sancione la captación habitual y masiva de dineros del público.

No podemos confundir, ya que hay esquemas de negocios que podrían verse como captación habitual y masiva de dineros del público pero que están permitidas como por ejemplo los bancos, cooperativas, asociaciones, obras de caridad, iglesias, pero en las que de una u otra manera, se ejerce algún control sobre aquellas. Pero se debe estar muy atento, ya que el truco de las captadoras ilegales es tratar de parecer ser legales, por ejemplo, una pirámide puede pretender invertir en negocios de bolsa de acciones o divisas para justificar unas ganancias que sólo provienen del esquema piramidal. Además de las pirámides puede haber

otro tipo de captadoras ilegales dedicados al lavado de dineros de actividades ilícitas como el narcotráfico. Los organismos de control tienen la ardua tarea de tratar de determinar: 1) si el público ha sido engañado con la perspectiva de recuperar su inversión u obtener un bien o una ganancia, 2) si existe un bien que justifique los altos rendimientos; y, 3) si tal bien no es ilegal. La regla de oro, es que si se incumple lo primero se podría tratar de una estafa. Si se incumple lo segundo se podría tratar de un caso de captación ilegal de dineros del público. Si se incumple lo tercero, pues se podría estar ante algún otro delito tipificado, por ejemplo, tráfico de estupefacientes. Persisten vacíos en el Código Penal ecuatoriano, por lo que se necesita ahora realizar un cambio estructural, rápido y en atención a nuestras reales necesidades a efecto de evitar la reiteración y masificación de estas conductas lesivas.

3.3.1.2. MULTIPLICIDAD DE VÍCTIMAS.

Históricamente dentro del marco normativo del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, hemos observado una serie de cambios, muchos de los cuales, a simple vista no tienen sentido lógico ni razón de ser, pero una vez analizadas las circunstancias y motivación del legislado, quizá podríamos asentir y entender la necesidad de dichos cambios.

Por ejemplo, en el Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial S-360 del 12 de enero del 2000, se establecía en el Art.

34 literal d), que la acción pública es de instancia particular en los siguientes casos, **“Estafa y otras defraudaciones”**⁷¹, por lo tanto el ejercicio de la acción pública de instancia particular procedía solamente previa denuncia del ofendido. Tratándose de un delito de acción penal pública, se requiere la intervención directa de la fiscalía en el proceso de investigación, en orden a la atención de la necesidad de defensa de la sociedad. Sabemos que el ejercicio de la acción penal pública corresponde exclusivamente a la fiscal o al fiscal, pero en ese entonces, la acción pública se subdividía a la vez, en acción pública de instancia oficial y acción pública de instancia particular, y en éste último caso, pese a tratarse de un delito en el que debía participar el fiscal, este no podía actuar si no mediaba la correspondiente denuncia de la víctima, situación que degeneró en perjuicio para la sociedad ya que muchas personas por el gran nivel de desconfianza en la administración de justicia, jamás denunciaban hechos como la estafa o defraudaciones similares.

Posteriormente se producen modificaciones, y en el Art. 36 literal g) del Código de Procedimiento Penal que fue reformado por la Ley s/n, publicada en el Registro Oficial S-555 del 24 de marzo del 2009, se señalaba que son delitos de acción privada: **“La estafa y otras defraudaciones, excepto en los casos en que se determine que existen 15 o más víctimas u ofendidos por el mismo hecho**

⁷¹Código Penal ecuatoriano.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Ediciones Legales.- Quito-Ecuador.- Pág. 8.

antijurídico⁷². Es decir que hasta ese momento se transformó y pasó de ser un delito de acción pública a delito de acción privada. La diferencia radica en que en el delito de acción pública interviene el en proceso de investigación la fiscalía, por considerar que se trata de un hecho que afecta a la sociedad; pero en el delito de acción privada no interviene el fiscal y el proceso se tramita únicamente ante el Juez Penal, mediante la correspondiente querrela presentada por parte del ofendido; es decir, al entendimiento del legislador, la estafa y otras defraudaciones en su gran mayoría afectaban únicamente el interés de un pequeño sector de la sociedad y por lo tanto si se quería pesquisar dichos actos antijurídicos debía hacérselo mediante iniciativa de la propia víctima. Sin embargo, no se descartaba la posibilidad de que dichos delitos sean dirigidos en contra de un mayor número de personas, por lo cual se dejó la salvedad de que si se trataba de quince o más víctimas sería un asunto de acción pública, ya que lógicamente se incrementaría la alarma, conmoción y perjuicio social.

En el caso de la captación indebida de fondos, las víctimas son múltiples ya que el propósito de la persona que capta dinero, es tratar de conseguir el mayor número de participantes en el negocio o inversión como se lo quiera llamar y bajo cualquier modalidad que se presente; y aunque a veces sean cantidades pequeños, cuando se cuantifica el total del perjuicio y víctimas, se puede entender que las pérdidas son de miles e

⁷²Código Penal ecuatoriano.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Ediciones Legales.- Quito-Ecuador.- Pág. 10.

incluso millones de dólares, por lo tanto considero que causa más y mayores estragos que la simple estafa o abuso de confianza en los cuales las víctimas son casi siempre un número reducido con relación al caso de la captación de fondos.

En el recordado caso del Notario José Cabrera, se contabilizaron alrededor de 30 mil víctimas en todo el Ecuador, lo cual nos da una idea del gran perjuicio que se ocasionó a la economía nacional.

Otra situación que se debe tomar en cuenta es que la propia Constitución de la República, determina como una garantía penal, la debida proporcionalidad entre la infracción y la pena; me pregunto entonces, que proporcionalidad puede haber en casos como estos, cuando en nuestra legislación aún está vedado el tema de la acumulación material de penas que determine la suma simple de la pena prevista para cada delito; por ejemplo con la legislación penal actual, da lo mismo matar a uno que matar a cien, robar a tres que a diez; estafar a cien que a mil, ya que jamás se logrará imponer una pena que sea mayor a la prevista para el delito más grave cuando hay concurrencia de infracciones o multiplicidad de víctimas. Es importante realizar cambios como el referido, por ser una necesidad real de nuestra sociedad. Sin embargo, el criterio va tomando fuerza y ya se escuchan voces de respaldo en la Asamblea Nacional para efectuar reformas en ese sentido, ya que la Asambleísta Cintya Viteri, en un medio de comunicación con propiedad sostuvo: si en este país se mata

a uno se debe aplicar dieciséis años, si se mata a dos personas, treinta y dos años de cárcel y así sucesivamente.

En la actualidad, de conformidad con las Disposiciones establecidas en la Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal, L s/n. publicada en el Registro Oficial S-160 del 29 de marzo del 2010, una vez más la estafa y otras defraudaciones son delitos de acción penal pública y por ende necesariamente debe actuar la fiscalía en representación de la vindicta pública o de la sociedad. Personalmente considero que tratándose de la captación indebida de dineros se debe aplicar el procedimiento, como un delito de acción penal pública, para que intervenga la fiscalía, sin necesidad de denuncia, ni tampoco importar el número de víctimas, que por lo general son muchas, ya que si fuese una sola persona la perjudicada, no se podría hablar de captación de dineros, sino de una estafa común.

3.3.1.2.1. CALIDAD DE LA VÍCTIMA.

No todas las personas están dotadas del mismo grado de malicia, y por ende tampoco de astucia, lo que provoca que muchas sean las víctimas de este tipo de actos atentatorios al patrimonio personal.

Es así que nuestro país, pese a ser geográficamente pequeño en relación a otros países mucho más grandes de América Latina y el Mundo, existen

alrededor de diez millones de personas, distribuidos en varias regiones, provincias y ciudades; lo que determina que cualquiera de nosotros sea una víctima en potencia, siendo más vulnerables por su capacidad mental y física los jóvenes y los ancianos, sin descartar por igual a hombres y mujeres que forman parte de la denominada cultura del dinero fácil; además se debe tomar en cuenta el nivel educativo y la madurez intelectual de cada ser.

En el antes referido caso Cabrera, fueron miembros de la policía y militares los principales clientes del Notario y fueron también quienes saquearon la notaría donde se encontraba parte del dinero de los depositantes. La lista de personas que conformaban la pirámide comprometía a varios jueces, políticos, banqueros, policías y militares, esta lista fue publicada y su fuente fue el archivo que dejaría Cabrera en el disco duro de su computadora. No obstante además también se contaban entre sus clientes amas de casa, médicos, abogados, comerciantes, profesores, choferes profesionales, arquitectos, ingenieros, estudiantes, servidores públicos y empleados privados, personas de todas las edades y sexo.

En economía se conoce como pirámide al esquema de negocios que se basa en que los participantes refieran a más clientes con el objetivo de que los nuevos participantes produzcan beneficios a los participantes originales. El nombre de pirámide se da porque se requiere que el número

de participantes nuevos sean más que los existentes. El riesgo de un esquema piramidal es que funcionan mientras existan nuevos participantes en cantidad suficiente. Cuando la población de posibles participantes se satura, los beneficios de los participantes originales disminuyen y muchos participantes terminan sin beneficio alguno tras haber financiado las ganancias de los primeros participantes.

A saber, de la información recabada, se puede aseverar que existen dos tipo de pirámides, las abiertas y las cerradas:

En las pirámides abiertas, por ejemplo en la denominadas cédulas de la abundancia, los participantes conocen la estructura del negocio y como tales no deberían darse por engañados; sin embargo, estas pirámides funcionan porque muchos participantes no son informados ni entienden el concepto de saturación, o por que apuestan a estar lo suficientemente altos en la pirámide como para recibir beneficios antes de la saturación.

En las pirámides cerradas por ejemplo el esquema de Ponzi, una persona o institución funciona como dueño de la pirámide, pero se presenta como un mediador de inversiones. Así el dueño de la pirámide recibe aportes de los participantes, que promete invertir y al cabo de un tiempo devuelve la inversión inicial con muy altos intereses, sin embargo, no existen tales inversiones sino que se utilizan los aportes de los participantes tardíos para devolver los aportes y sumar el interés a los primeros participantes.

Cabe mencionar que el retorno esperado de inversión en una pirámide abierta suele ser mucho más alto que en una pirámide cerrada, generalmente entre 800% y 72900% de una pirámide abierta, contra el 150% a 300% de una pirámide cerrada típica. A medida que se satura la población objetivo, el retorno será mucho menor del esperado y la mayor parte de los participantes, sobre todo los participantes tardíos, habrán perdido totalmente la inversión. Las pirámides abiertas de muy alto rendimiento podrían asimilarse a apuestas no muy disímiles a una lotería, mientras que las pirámides cerradas son generalmente tomadas como engaños masivos o timos.

Hay quienes incluyen a las ventas multinivel como esquemas piramidales de negocios, ya que los clientes de un producto reciben beneficios por referir nuevos clientes, beneficios que pueden llegar a ser ganancias netas en las cuales el cliente original obtiene el producto más una ganancia monetaria mayor a la invertida. Otros, en cambio, consideran que al mediar la comercialización de un producto, y cuando no se obtienen beneficios al recomendar a alguien que efectivamente se afilie al sistema, pero no consuma o haga pedidos de los productos o servicios que se comercializan, el esquema de ventas multinivel no constituye una pirámide, ya que el cliente siempre va a recibir un beneficio consistente en el producto ó servicio, aun cuando no refiera nuevos clientes.

3.3.1.2.2. APROPIACIÓN ILÍCITA.

Como hemos podido precisar, la acumulación o captación indebida de dinero, es un negocio considerado ilegal en muchos países, debido a la apropiación ilícita del dinero de terceras personas, el cual solo funciona vinculando cada vez más personas. En realidad no hay una actividad comercial real como tal. Entre más personas se vinculen a la pirámide y hagan su aporte de dinero, más grande se hace la base de la pirámide y se requerirán muchas más para que se mantenga.

A los primeros que ingresan se les pagan los altos rendimientos prometidos con el dinero aportado por los que se vinculan después. Llega un momento en que se requieren muchas personas para mantener la pirámide y se requiere mucho dinero para hacer los pagos, pero de forma intempestiva disminuye el número de personas y por lo tanto la cantidad de dinero que ingresa, no hay suficiente para realizar los pagos y allí es donde se desploma la pirámide. Generalmente, cuando esto ocurre, el dueño de la pirámide se desaparece con el dinero de las personas que se vincularon al final y las que esperan el pago de sus utilidades, evidenciándose la apropiación ilícita del patrimonio de los inversores.

Pienso que la gente ha sido y seguirá siendo víctimas de las pirámides, por el deseo de recibir mucho dinero en corto tiempo y de forma fácil. A muchas personas les gusta tener dinero en abundancia, y otras se

aprovechan de esta situación para ofrecer la multiplicación rápida del dinero a corto plazo. Además, hay que considerar que el dinero aportado a una pirámide generalmente no se reinvierte en alguna actividad económica, sino que permanece guardado hasta que llega el momento de utilizarlo para pagar los altos rendimientos prometidos a los aportantes.

La sociedad progresivamente cae en un abismo de situaciones y tendencias nuevas que no necesariamente son buenas, por lo que generan conflictos muy graves, es así que actualmente se habla ya de la cultura del dinero fácil, que significa conseguir dinero sin trabajarlo y sin esforzarse por conseguirlo. En este punto hay que decir que existen formas de conseguir dinero con mayor o menor esfuerzo. En algunas profesiones el trabajo a realizar es bastante difícil y exigente, y no siempre la remuneración es proporcional al esfuerzo requerido. La desigualdad social es uno de los factores que llevan a la gente a aportar dinero a las pirámides, puesto que ven allí la oportunidad de mejorar su situación financiera. Desafortunadamente, siempre habrá gente que se aproveche de las necesidades y los sueños de los demás, por esa razón se debe promover cambios de mentalidad, cambios sociales, generacionales y sobre todo cambios normativos que permitan afrontar problemas que se están presentando y a la postre irán incrementándose notablemente.

Sería lógico y prudente pensar que una vez hecha públicas las devastadoras consecuencias de la captación ilegal de dinero, la sociedad

debería hacerse eco y evitar a toda costa ser víctimas en nuevos casos, pero la realidad es que el ser humano solamente aprende de las experiencias propias, por lo que quizás el que fue víctima una vez, ya no vuela a cometer los mismos errores, pero quien no lo ha vivido en carne propia, en cualquier momento de su vida puede encontrarse frente a una situación de la cual tuvo conocimiento, pero por la falta de experiencia y previsión no sabrá cómo afrontarla para salir adelante. A diario escuchamos en los medios de comunicación que se siguen repitiendo casos que datan de hace muchos años atrás y que se pensaba ya no eran perpetrados por el grado de mayor inteligencia y desconfianza de la gente, como el llamado paquetazo y el loteriazazo, que consisten en abordar y engañar a las víctimas haciéndoles creer que el delincuente ha ganado un premio y no sabe como cobrarlo, o que se ha encontrado un paquete de dinero que bondadosamente quiere compartir con el incauto, para lo cual se hacen entregar todo lo que la víctima posee como dinero, joyas etc. pero todo es una treta bien montada; sin embargo las víctimas se siguen presentando día a día. Siendo así no podemos esperar que las personas de la noche a la mañana cambien su forma de pensar y ya que día a día crece el número de habitantes y por ende de nuevos clientes interesados en formar parte de las famosas pirámides o mecanismos de captación de dinero.

3.3.1.2.3. ACUMULACIÓN DE CAPITALES.

Los numerosos escándalos sobre captación masiva e ilegal de fondos tienen asombrado al país y a la región. Cuando se analiza la información sobre este tema es posible reconocer y diferenciare dos mecanismos conocidos: la pura y simple captación irregular, y los sistemas de pirámide.

Sin embargo, junto a estos parece estarse masificando otro sistema indebido de captación con el cual estamos menos familiarizados y que se conoce técnicamente como esquema de Ponzi, nombre que obedece al célebre estafador Charles Ponzi. Las pirámides y los esquemas de Ponzi tienen en común un elemento esencial, se trata de mecanismos financieros insostenibles. Es decir, con el tiempo es inevitable su colapso. Normalmente un esquema de Ponzi colapsa más rápido que una pirámide, pero ninguno de los dos puede tener un desenlace diferente.

El esquema piramidal funciona cuando una persona convence a otras de que le entreguen dinero y, a su vez, ellas convencen a otras de hacer lo mismo y así sucesivamente. Es decir, en el esquema piramidal no hay en realidad una inversión ni una actividad financiera como tal, sino que las ganancias se obtienen por la mera actividad de introducir más participantes al juego. Claro está, a medida que se desciende en los niveles de la pirámide, es necesario que el número de personas que

ingrese a ella sea cada vez mayor. Cuando el reclutamiento de nuevos participantes disminuye, ya sea por desconfianza, por exposición pública del esquema o simplemente porque el número que se requiere es ya demasiado grande, la estructura colapsa y las personas que están en la base de la pirámide, es decir, el mayor número, pierden el dinero invertido y no ganan nada.

El esquema de Ponzi es más riesgoso y agresivo, consiste en que una persona o una empresa ofrecen al público una oportunidad de inversión que paga rendimientos desmesurados en muy corto plazo. Atraídos por la perspectiva de grandes ganancias, algunos se apresuran a depositar dineros. Llegado el plazo, reciben las ganancias prometidas. Satisfechos y orgullosos de su astucia, hacen saber esto a otras personas, algunas de las cuales corren a aprovechar la oportunidad. De boca en boca, muchos van llegando al sistema.

Pero, a diferencia de lo que haría una entidad financiera normal, el administrador de un esquema de Ponzi no invierte los dineros que le llegan, sino que los utiliza para pagar los elevados rendimientos que ha prometido. Es decir, los rendimientos de los primeros inversionistas salen directamente del dinero que han llevado quienes llegaron después. Las ganancias se pagan para dar la impresión de que el sistema sí funciona y sí cumple con lo prometido, cosa que atrae más gente. Pero como esto no puede hacerse más que por un tiempo muy limitado, algún día el

administrador se esfumará con el dinero que tenga en su poder, bien sea porque el mecanismo ya se ha hecho insostenible o porque levanta sospechas y atrae la atención de medios y autoridades. La mayoría de los participantes pierde todo lo que entregó.

Varios indicios muestran que, en los recientes escándalos de captación de dinero, muchos casos pueden corresponder al esquema de Ponzi. Se habla de empresas que, ofreciendo gigantescas rentabilidades, atraen a personas que depositan sumas pequeñas. Luego llegan otras que depositan sumas más altas. Hasta que un día todos encuentran cerrada la oficina que les prometía riquezas. Otro indicio, es que muchas personas afirman haber recibido las ganancias prometidas, que son del 30 o 40% mensual, en tiempos en que una entidad del sistema financiero nacional ofrece, si acaso, una rentabilidad cercana al 9% anual. Además, en muchos casos, el promotor del negocio es quien recibe los dineros. Cosa que no sucede en una pirámide, donde el promotor inicial rápidamente se pierde de vista, oculto tras la multitud de nuevos participantes que van llegando en cada nivel. Pero lo dramático de estas captaciones ilegales de dinero es el respaldo que siguen dando a estos negocios muchos de sus participantes, pese al evidente e inexorable peligro que conlleva. Dicen algunos que esta es la única forma de que los pobres puedan acceder a una inversión. Otros culpan a los medios de comunicación de precipitar el colapso de estos esquemas por haberlos expuesto, cosa que lamentan, pese a que de todos modos el desplome iba a suceder tarde o temprano.

Charles Ponzi nació en Italia en 1882 y emigró a Estados Unidos en 1903, a donde llegó con tan sólo dos dólares en el bolsillo. Antes de poner en marcha su célebre esquema, ya había estado en prisión dos veces por fraudes diversos. Valiéndose de su encanto personal, en 1920 empezó a reclutar inversionistas para un negocio que ofrecía ganancias del 50% en 45 días, y que funcionaba según el sistema que hoy lleva su nombre. Pagó los primeros rendimientos. La voz corrió por toda Nueva Inglaterra y, en un sólo día, Ponzi llegó a recibir un millón de dólares en fondos nuevos. Ganó millonadas y vivió con lujos hasta que el Boston Post investigó y expuso el fraude. Ponzi fue a prisión. Tras salir, fue nuevamente condenado, pero huyó, realizó más estafas, fue deportado y murió en 1949 en medio de la pobreza, luego de intentar sin éxito otros fraudes en Italia y Brasil.

Ya sea a través de las pirámides o por medio del sistema de Ponzi que en realidad se asocian, lo cierto es que lo único que se busca con estos procedimientos fraudulentos, es lograr en el menor tiempo posible, la captación y acumulación de capitales, para luego huir en detrimento del patrimonio de muchas personas.

3.3.1.2.4. FALTA DE AUTORIZACIÓN Y CONTROL DE LAS AUTORIDADES.

El Art. 308 de la Constitución de la República del Ecuador, que trata sobre la actividad, finalidad, prohibiciones y responsabilidad del sistema financiero, señala que: ***“Las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financiera intermediaran de forma eficiente los recursos captados para fortalecer la inversión productiva nacional, y el consumo social y ambientalmente responsable”***⁷³. Entendemos que las políticas estatales están orientadas a proteger el dinero de los ciudadanos en un sistema confiable, que garantice el rendimiento de las inversiones, pero para ello se necesita la supervisión de las entidades públicas creadas para el efecto, que originalmente deben ser organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Lamentablemente tratándose del caso de la captación ilegal de dineros, poco o nada se ha hecho para

⁷³Constitución de la República del Ecuador.

evitar que se cometan estos actos ajenos a la ley, que han perjudicado, a miles de familias ecuatorianas a lo largo y ancho del territorio nacional.

Con éste propósito, se ha diseñado un cuerpo normativo que se compila en la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero nacional, encargada de regular 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.

Por lo tanto se encuentran bajo el control de la ley y de la Superintendencia de Bancos y Seguros todas las instituciones financieras públicas, las compañías de seguros, y de reaseguros que en relación a su creación, actividades, funcionamiento, y organización deberán sujetarse a la aplicación de normas de solvencia y prudencia financiera y al control y vigilancia que realicen las autoridades dentro del marco legal según su naturaleza jurídica.

De igual forma las asociaciones, mutualistas de ahorros y crédito para la vivienda, las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público, así como las instituciones de servicios financieros, entendiéndose por estas a los almacenes generales de

depósitos, compañías de arrendamiento mercantil, compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, casas de cambio, corporaciones de garantía y retro-garantía, corporaciones de desarrollo de mercados secundarios de hipotecas que deberán tener como objeto social exclusivo la realización de esas actividades, quedan sometidas a la aplicación de normas de solvencia y prudencia financiera y al control que realice la superintendencia dentro del marco legal que regula a dichas instituciones, en base a las normas que se expiden para el efecto.

Las instituciones de servicios auxiliares del sistema financiero, tales como: transporte de especies monetarias y de valores, servicios de cobranza, cajeros automáticos, servicios contables y de computación, fomento a las exportaciones e inmobiliarias propietarias de bienes destinados exclusivamente a uso de oficinas de una sociedad controladora o institución financiera; y, otras que fuesen calificadas por la superintendencia de bancos y seguros, en la órbita de su competencia serán vigiladas por dicha entidad estatal que dictará normas de carácter general aplicables a este tipo de instituciones. Como podemos observar a simple vista, ninguna persona o entidad que no cuente con la autorización expresa y el control de las autoridades correspondientes, pueden realizar actividades de captación de recursos en nuestro país, sin embargo, parecería ser que las autoridades solamente ejercen control en las entidades a su cargo, y no en las que se encuentran al margen de la ley tal como lo requiere la lógica y el sentido común. Es por ello que en

nuestro país han proliferado los casos de captadoras de fondos que bajo cualquier nombre, figura o mecanismos tienen el mismo propósito ilícito de despojar de sus recursos a la gente; es más, la propia ley prevé que estos casos sean tratados como una simple estafa, sin tener en cuenta la real magnitud del problema que determina el perjuicio de cientos y miles de ecuatorianos.

El Art. 121 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, señala: ***“Las personas naturales o jurídicas que no forman parte del sistema financiero y no cuentan con el respectivo certificado expedido por la Superintendencia de Bancos y Seguros en la órbita de su competencia, quedan expresamente prohibidas de realizar operaciones reservadas para las instituciones que integran dichos sistemas, especialmente la CAPTACIÓN DE RECURSOS DEL PÚBLICO.... Tampoco podrán hacer propaganda o uso de avisos, carteles, recibidos, membretes, títulos o cualquier otro medio que sugiera que el negocio de dicha persona es de giro financiero o de seguros... las violaciones de lo preceptuado en el inciso anterior serán sancionadas de acuerdo a lo prescrito en el Art. 563 del Código Penal”***⁷⁴. Como se observa, si bien es cierto existe una norma legal que imposibilita a cualquier persona natural o jurídica realizar actividades de captación de recursos del público sin tener autorización, el incumplimiento de ésta norma señala que debe sancionarse como un

⁷⁴Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.- Quito-Ecuador.- 2010.- Pág. 43.

delito de estafa. Personalmente me mantengo en mi postura inicial y convicción, respecto a que la figura de la captación ilegal de fondos tiene una mayor connotación y por lo tanto requiere un tratamiento diferente a la estafa.

La Superintendencia de Bancos y Seguros, cuenta con la potestad discrecional para actuar, cuando se pueda presumir que existe una infracción a la ley, teniendo respecto a los infractores, las mismas facultades de inspección que existe respecto a las instituciones controladas. Además la Superintendencia de Bancos y Seguros, puede ordenar la suspensión de las operaciones financieras que se realicen en contravención a la ley, pudiendo aplicar a las personas que las efectúen una multa equivalente al 10% de las operaciones de captación de fondos del público que éstas hayan realizado, la cual no podrá ser inferior en ningún caso, al equivalente a 10.000 UVCs, o unidades de valor constante. Según lo prescrito en la norma antes invocada, los responsables deberán ser 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 suspensión de las operaciones financieras o la reincidencia se consideran delito de estafa, reprimida con prisión correccional de seis meses a dos años y una multa equivalente al 15% de las operaciones de captación de fondos del público que éstas hayan realizado, la cual no podrá ser inferior, en ningún caso al equivalente a

20.000 UVCs. Considero que ni siquiera la sanción agravada es suficiente, ya que subsidiariamente debería disponer la devolución íntegra de todos los valores recibidos, más el interés legal vigente desde la fecha de captación.

4. MATERIALES Y MÉTODOS.

4.1. MATERIALES UTILIZADOS.

Los materiales utilizados que coadyuvaron a la estructura del informe de tesis, fueron esencialmente los libros y leyes que me permito enunciarlos de la siguiente manera: la Constitución de la República del Ecuador, leyes ecuatorianas como el Código Civil, Código de Procedimiento Civil, el Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Ley para la transformación Económica del Ecuador, Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. En cuanto a los Diccionarios como una herramienta para clarificar conceptos utilicé el Diccionario de “Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales” del Dr. Néstor Darío Rombolá, el Diccionario “Enciclopédico de la RAE”; Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico Océano Uno Color; y, obras doctrinales de gran trascendencia tales como: “Delitos contra la propiedad” de autoría del Dr. Jorge Zabala Baquerizo; las obras denominadas “La Estafa” y “La Tentativa-El Dolo” ambas obras publicadas por la Editorial Jurídica Bolivariana; “Breves Comentarios al Código Penal” del Dr. Efraín Torres Chávez; “Sociología Criminal de la Usura” de autoría del Dr. Luis Humberto Abarca. También fue de mucha ayuda para facilitar la obtención de información que por condiciones geográficas, el tiempo requerido, así como por el tipo y la calidad del estudio hubieran resultado imposibles recabar con un bajo presupuesto, la Internet en las páginas o

direcciones electrónicas de varios medios de comunicación social local e internacional, sitios web de información y publicaciones como la Enciclopedia Microsoft ENCARTA 2009; www.eltiempo.com; www.hoy.com; www.diariocritico.com.ec; www.equinoxio.org; www.ultimasnoticias.ec; www.ecuadorinmediato.com; www.wikipedia.org; www.my.opera.com; www.eltiempo.com, donde no podía faltar la página principal de búsqueda para encontrar la información requerida como es <http://www.google.com.org>, que sirvió como elemento fundamental para la constitución del marco conceptual, jurídico y doctrinario; además de haberme servido para entender mucho más a fondo la problemática investigada.

De igual forma tuve que utilizar materiales de oficina, como hojas de papel bond, esferográficos, lápices, sacapuntas, borradores, computadora, CD's, impresora, flash memory, modem de internet, etc. etc. los cuales me sirvieron de mucho para estructurar el informe final de tesis.

4.2. MÉTODOS.

Para alcanzar un óptimo desarrollo metodológico de la presente tesis, utilicé el método de investigación científica de carácter jurídico, dentro del cual la observación, el análisis y la síntesis se constituyen en procesos lógicos y sistemáticos que permiten obtener un conocimiento veraz y puro.

La concreción del método científico, hipotético-deductivo me permitió seguir el camino en la investigación socio jurídica propuesta, pues partiendo de la hipótesis generatriz, y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, analicé en forma concreta la manifestaciones objetivas de la realidad respecto a la problemática de investigación para finalizar con la verificación de los objetivos y la contrastación de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

Por lo tanto, el método científico aplicado a las ciencias jurídicas, permitió determinar el tipo de investigación a desarrollarse y que en el presente caso tiene la calidad de socio jurídica, por su vinculación con sus caracteres sociológicos y connotación en el sistema jurídico penal.

4.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.

Los procedimientos utilizados de observación, análisis y síntesis fueron los que me permitieron realizar la presente investigación jurídica, auxiliado de técnicas específicas para el acopio teórico que resultó voluminoso, como el fichaje bibliográfico o documental, y las técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista.

La investigación de campo se concretó en obtener consultas de opinión de jurisconsultos de la ciudad de Loja, personas que por su directa vinculación y conocimiento sobre la problemática planteada resultaron ser

fuentes fidedignas de información sobre todo por haber sido seleccionados como parte del muestreo poblacional en un número de treinta personas para las encuestas, y de tres funcionarios judiciales de la H. Corte Provincial de Justicia de Loja para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearon cuestionarios derivados de la hipótesis general. Los resultados de la investigación empírica se presentan en cuadros y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos que sirvieron para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis, para finalmente arribar a las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma correspondiente conforme se planteó en el proyecto de tesis.

5. RESULTADOS.

5.1. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

Una vez ejecutada en su totalidad la investigación de campo, es decir, en lo concerniente a las tres entrevistas, así como en lo referente a las treinta encuestas aplicadas a funcionarios judiciales y profesionales del derecho respectivamente, me corresponde efectuar el análisis e interpretación de todos y cada uno de los datos y respuestas vertidas tanto por los entrevistados como por los encuestados de conformidad con el pliego de preguntas que como anexo consta al final de éste trabajo; en tal virtud, por ser procedente me permito exponerlos a continuación, acotando el correspondiente comentario personal del autor, como aporte al trabajo, que consta adjunto al análisis e interpretación de cada pregunta:

PREGUNTA Nro.1

¿Considera usted, que existe un vacío jurídico en el Código Penal ecuatoriano, por cuanto aún no se ha tipificado como delito la captación indebida de fondos?

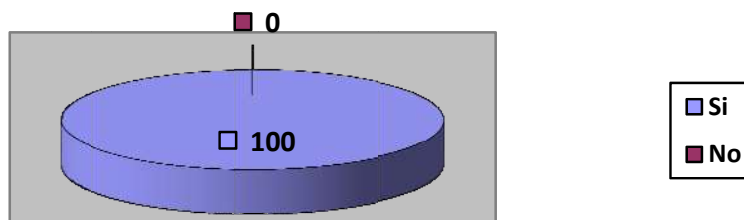
CUADRO Nro.1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
SI	30	100,00 %
NO	00	00,00 %
TOTAL	30	100,00 %

Autor: José I. Coronel C.

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales del Derecho

GRÁFICO Nro. 1



ANÁLISIS.

Del análisis de la primera interrogante se desprende que el 100 % de los encuestados; es decir, un número de 30 jurisconsultos de la ciudad de Loja, manifestaron, que a su criterio, si existe un vacío legal en el Código Penal ecuatoriano, ya que no se encuentra aún tipificada como un delito y por ende tampoco está penalizada la captación indebida de fondos.

Consecuentemente no existieron respuestas en el sentido contrario que analizar. Personalmente comparto el criterio expuesto por los encuestados, y precisamente esa fue mi principal inquietud antes de realizar el presente trabajo de investigación, puesto que a mi entender la captación ilegal de dinero tiene elementos propios que deberían permitir concebirla como una figura jurídica autónoma y evitar que se siga asimilando a delitos como la estafa y el abuso de confianza que aunque parecerían similares en realidad no lo son como hemos podido establecer.

PREGUNTA Nro. 2

¿Cree usted, qué el Estado ecuatoriano, acatando los preceptos constitucionales respecto a la seguridad jurídica y el derecho a la propiedad; debe expedir reformas al Código Penal, tipificando nuevas conductas delictivas y estableciendo sanciones para quienes realicen captación indebida de fondos ilegítima, sin tener el control, ni contar con la autorización de la Superintendencia de Bancos?

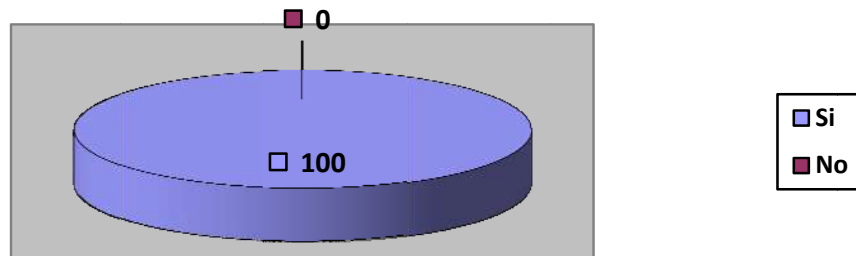
CUADRO Nro. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100,00 %
NO	00	00,00 %
TOTAL	30	100,00 %

Autor: José I. Coronel C.

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales del Derecho

GRÁFICO Nro. 2



ANÁLISIS.

En la segunda interrogante, se repitió la respuesta obtenida en la pregunta que antecede, por lo tanto, podemos establecer que el 100 % de los preguntados que equivale a los 30 profesionales del derecho, de forma unánime manifestaron mostrarse de acuerdo, en que es el Estado ecuatoriano a través del poder legislativo, debe expedir reformas al Código Penal, tipificando nuevas conductas delictivas y estableciendo sanciones, especialmente para quienes realicen captación indebida de fondos ilegítima, sin tener el control, ni contar con la autorización de la Superintendencia de Bancos y Seguros, ya que es un fenómeno que se ha reproducido en todo el país, y ha causado graves perjuicios a la economía y a la sociedad.

Por mi parte considero que desde hace muchos años, varias de nuestras leyes especialmente las relacionadas a la materia penal, han permanecido como letra muerta en el papel, conteniendo normas anacrónicas, caducas e inaplicables, ya que los legisladores muchas veces, solamente han realizado copias de otras legislaciones, o un simple maquillaje superficial de las normas, limitándose a cambiar la numeración y la equivalencia monetaria de las multas entre otras cosas insustanciales, pero no se han detenido a pensar que por el inexorable devenir del tiempo, la sociedad exige cambios estructurales que permitan atender las reales necesidades modernas, en la cual se observa día a día el surgimiento de nuevas conductas delictivas, que si no están debidamente tipificadas como infracciones punitivas, no podrán jamás ser sancionadas, pero en nuestro medio donde reina el acomodo y el conformismo, nos hemos acostumbrado a utilizar como mecanismo para el juzgamiento de hechos semejantes que aún no están regulados, la adecuación de una conducta que se asimila a otra preexistente, lo que de alguna manera trata de frenar la perpetración de otras infracciones, pero lamentablemente no es suficiente, pienso que las cosas deben ser llamadas por su nombre y cada acto penal debe tener su propia sanción porque las repercusiones son diferentes; es tan así, que ciertos delitos pese a ser similares no son tratados de igual forma tales como el robo y el hurto ó el asesinato y el homicidio; ó la estafa y el abuso de confianza ya que cada figura tiene su propia peculiaridad que la caracteriza. Además que en Derecho penal, por

disposición constitucional, legal y doctrinaria está prohibida la analogía y la interpretación extensiva.

PREGUNTA Nro. 3

¿Tomando en cuenta que se trata de un problema de gran connotación social, cuál cree usted, debería ser la pena que se tendría que aplicar a las personas que capten fondos de manera ilegítima en perjuicio de la economía y patrimonio particular?

CUADRO Nro. 3.1.
(Sanción pecuniaria)

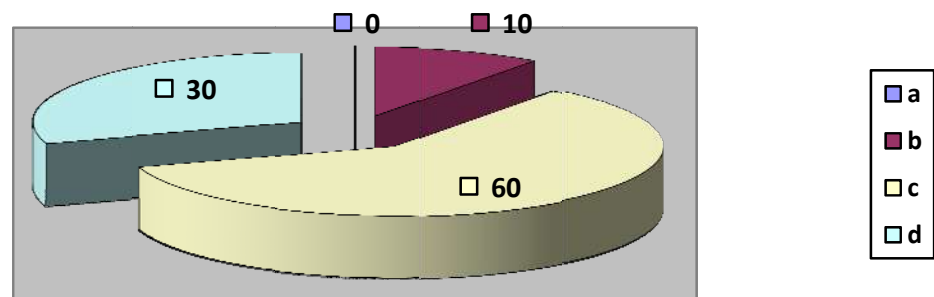
INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
a) MULTA de 8 a 16 dólares (igual que el abuso de confianza)	00	00,00 %
b) MULTA de 8 a 156 dólares (igual que la estafa)	03	10,00 %
c) MULTA de 500 a 1000 dólares (igual que la estafa agravada)	18	60,00 %
d) Otra.	09	30,00 %
TOTAL	30	100,00 %

Autor: José I. Coronel C.

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales del Derecho

GRÁFICO Nro. 3.1.

(Multa)



ANÁLISIS.

En la tercera pregunta a efecto de poder configurar una posible sanción para la captación indebida de fondos, solicité el criterio de los encuestados en lo que respecta a la sanción pecuniaria, así como a la pena privativa de la libertad o de carácter personal, en tal virtud, encontramos una doble interrogante que en su análisis determina en cuanto a la multa: un 0 % o lo que es lo mismo, ninguna aceptación a la primera posibilidad de aplicar la misma multa prevista en el Código Penal para el delito de abuso de confianza de ocho a dieciséis dólares; en cambio un 10 % de los encuestados se mostró de acuerdo en que para la captación ilegal de fondos, se aplique la misma sanción pecuniaria establecida para el delito de estafa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares; un porcentaje mayor del 60 % considera que la multa que tiene

que aplicarse debe ser mayor oscilando entre los quinientos a mil dólares al igual que la sanción aplicable a la estafa agravada cuando las víctimas son migrantes o se utilizan medios informáticos, además tomando en cuenta la mayor repercusión y gravedad de este acto en relación a la estafa simple; por último, un 30 % de los preguntados, emitieron su criterio en el sentido de que se aplique una multa ejemplarizadora que de conformidad con los datos recabados podría ir de diez mil a veinte mil dólares. Es mi criterio, que la multa debería ser proporcional a la cantidad de dinero resultante de las operaciones de captación ilegítimas de fondos del público, que bien podría ser del 10% al 20% del monto cuantificado.

CUADRO Nro. 3.2.

(Sanción personal)

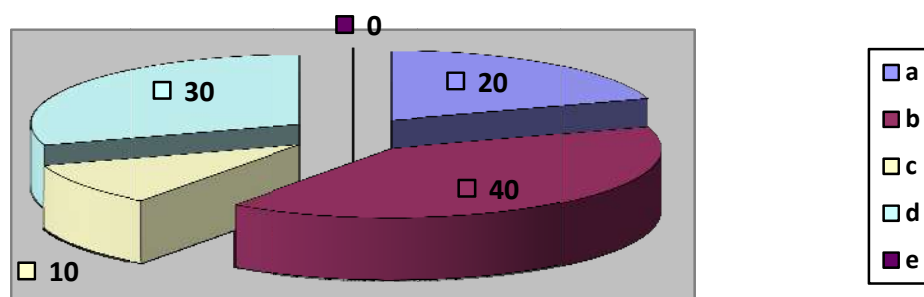
INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
a) PRISIÓN de 1 a 5 años (igual que el abuso de confianza)	06	20,00 %
b) PRISIÓN de 6 meses a 5 años (igual que la estafa)	12	40,00 %
c) RECLUSIÓN Menor ordinaria de 3 a 6 años (igual que la estafa a migrantes)	03	10,00 %
d) RECLUSIÓN Mayor de 8 a 12 años (igual que el robo agravado)	09	30,00 %
e) Otra.	00	00,00 %
TOTAL	30	100,00 %

Autor: José I. Coronel C.

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales del Derecho

GRÁFICO Nro. 3.2.

(Sanción personal)



ANÁLISIS.

En la segunda parte de la tercera pregunta, que hace referencia a la sanción de carácter personal que se podría aplicar a quienes capten dinero del público sin tener autorización del organismo competente, de los treinta encuestados, un grupo de seis personas que representan el 20 %, opinan que se debería aplicar una pena de prisión de uno a cinco años al igual que la sanción prevista para el delito de abuso de confianza; otros doce abogados que conforman el 40 % de los encuestados creen que la sanción debería ser de seis meses a cinco años al igual que el delito de estafa; en cambio solamente tres de los treinta encuestados que representan porcentualmente el 10 %, se muestran de acuerdo en la aplicación de una pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años,

al igual que la estafa perpetrada en contra de migrantes; un 30 % de los preguntados que se integra de nueve personas del total de la población tomada como muestra, opinaron que la sanción que se tiene que aplicar a quienes capten dinero, es de reclusión menor de ocho a doce años igual que el delito de robo agravado; por ultimo ninguno de los encuestados propuso una sanción alternativa a las mencionadas por lo tanto se representan en un 0% en la variable de otra, con lo que se totaliza el 100% de la población encuestada.

Alejándome un poco del criterio de la mayoría de los encuestados, me muestro de acuerdo con que se apliquen sanciones que sean proporcionales a la magnitud del perjuicio ocasionado a la sociedad, más aún si en nuestro sistema procesal penal no se ha previsto la acumulación de penas, por lo tanto esto permite a los infractores perpetrar delitos concurrentes, en multiplicidad de víctimas, sin que sea posible sancionar más de un solo delito, que en todo caso será el más grave. Entonces a mi entender, la sanción más adecuada para quien capte fondos sin tener autorización ni control de autoridad competente, sería la pena de reclusión mayor de ocho a doce años al igual que el robo agravado; no obstante para efectos del presente trabajo investigativo, por respeto, acogeré el criterio brindado por la mayor parte de los encuestados que opinaron que se debería aplicar la pena de prisión de seis meses a cinco años, como la estafa; pero acotando que se trata de dos delitos diferentes, con sus propias peculiaridades y connotación social y económica, ya que la

captación afecta a mayor número de víctimas contrario a lo que sucede con la estafa; no obstante ambos son delitos de carácter financiero.

PREGUNTA Nro. 4

¿Cree usted que la captación indebida de fondos, debería ser un delito de acción pública o privada?

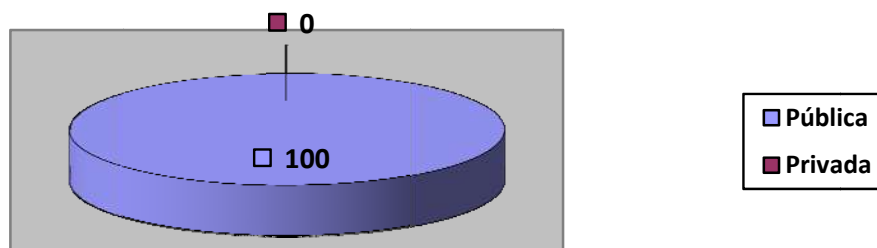
CUADRO Nro. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
ACCIÓN PÚBLICA	30	100,00 %
ACCIÓN PRIVADA	00	00,00 %
TOTAL	30	100,00 %

Autor: José I. Coronel C.

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales del Derecho

CUADRO Nro. 4



ANÁLISIS.

El 100 % de los encuestados, que son la totalidad de los treinta profesionales del derecho requeridos, respondieron que a su criterio en base a la experiencia ganada en el ejercicio de su profesión, la captación indebida de fondos debería ser considerado como un delito de acción penal pública, lo que significaría que por cualquier medio que se llegare a tener conocimiento de un delito de captación ilegal de recursos del público, la fiscalía debe intervenir en defensa de los intereses de la sociedad, sobre todo cuando las víctimas son múltiples y los perjuicios millonarios. En este sentido, en lo que a mí respecta, por el momento no sería necesaria ninguna reforma en el Código de Procedimiento Penal, que podría mantenerse tal cual, a efecto de que la conducta de captar capitales sea sustanciada como cualquier otro delito de acción penal pública, comenzando con la indagación previa, la instrucción fiscal, la etapa intermedia, la etapa de juicio y finalmente la etapa de impugnación. El ejercicio de la acción penal pública corresponde exclusivamente a la fiscal o al fiscal.

PREGUNTA Nro. 5

¿A efecto de evitar la impunidad por la evasión del infractor, cree usted que la captación indebida de fondos, debería ser un delito prescriptible?

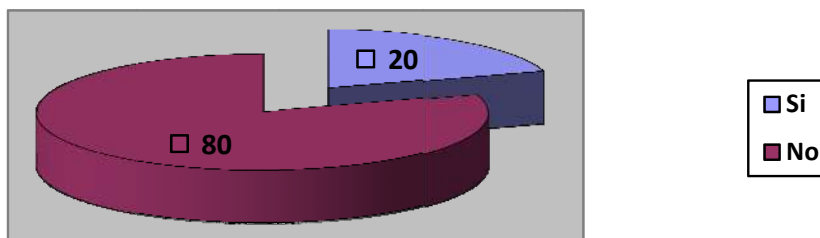
CUADRO Nro.5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100,00%
NO	00	00,00%
TOTAL	30	100,00%

Autor: José I. Coronel C.

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales del Derecho

GRÁFICO Nro.5



ANÁLISIS.

En la quinta interrogante podemos observar que la totalidad de las 30 personas encuestadas que equivale al 100% de la muestra, indicaron que la captación de dinero pese al grave perjuicio que puede ocasionar, debería ser un delito que prescriba por el transcurso del tiempo, ya que en el propio Código Penal se establece claramente, que inclusive delitos mucho

más graves y que son sancionados con pena de reclusión, pueden ser susceptibles del beneficio de la prescripción en atención al in-dubio pro reo.

Solamente los delitos de genocidio, tortura, crímenes de Estado, muerte y desaparición forzada, y peculado no son susceptibles de la prescripción.

Existen criterios diversos y contrapuestos, entre los que cuentan el de las personas que consideran que el delincuente conociendo que no puede ser sancionado, por haberse prescrito la acción o la pena, después de un tiempo vuelve a delinquir, por lo cual no debería ser prescriptible para evitar la reiteración del acto.

Por mi parte, creo que debería prescribir, pero en un tiempo de por lo menos quince años desde la perpetración de la infracción, es decir, desde que es punible el acto.

PREGUNTA Nro. 6

¿Cree usted, que la falta de normatividad legal que tipifique la captación indebida de fondos como delito autónomo, limita el ejercicio de la acción penal de las víctimas?

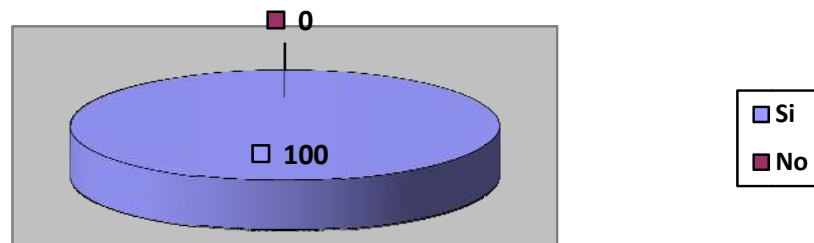
CUADRO Nro. 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	00	00%
TOTAL	30	100%

Autor: José I. Coronel C.

Fuente: Encuesta aplicada a profesionales del Derecho

GRÁFICO Nro.6



ANÁLISIS.

Del análisis de la sexta pregunta se logra establecer que 30 personas que equivale el 100% del total de los encuestados; considera de manera incuestionable que la falta de normatividad legal que tipifique la captación indebida de fondos como delito autónomo, limita el ejercicio de la acción

penal de las víctimas, toda vez que deben presentar denuncias como si se tratase de un delito de estafa.

Como ya lo he sostenido a lo largo de este trabajo, no es lo mismo la estafa que la captación de fondos del público, aunque pudieran tener ciertas similitudes sobre todo por la concurrencia del engaño y el ánimo de apropiación, tiene otros elementos, connotación y repercusión, por ejemplo que se afecta un número mayor de víctimas, se utilizan mecanismo diversos pero bien definidos orientados al mismo propósito delictivo, por lo cual debería existir una norma especial que sancione de forma específica a esta conducta.

5.2. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENTREVISTAS.

A continuación presento un análisis sobre las respuestas obtenidas en las entrevistas concedidas por tres jurisconsultos de la localidad.

a. En la primera entrevista realizada al Dr. WALTER RAMIRO CUENCA ORTIZ, abogado en libre ejercicio profesional del foro lojano, se pudo recabar lo siguiente:

A la primera pregunta: *¿Conoce si se encuentra tipificada en el catalogo de delitos del Código Penal ecuatoriano, la captación indebida de fondos?*

Respuesta: En el Código Penal no se encuentra tipificada tal figura jurídica en los términos referidos, pero hay otra figura similar en cuanto a sus efectos, como es el Peculado.

A la segunda pregunta: *¿Cree usted, qué se debería tipificar como una nueva conducta delictiva captación indebida de fondos y por ende establecer sanciones para quienes reciban dineros o bienes sin tener el control, ni contar la autorización de la Superintendencia de Bancos?*

Respuesta: Se debería tipificar, pero entendiendo concretamente las causas y los efectos legales y relacionarlos en que tipos de actos consideraríamos ilegales, por ejemplo en lo referente a los montos.

A la tercera pregunta: *¿Cree usted que la captación indebida de fondos, debería ser un delito de acción pública o privada?*

Respuesta: Tendría que ser un acto público, en el que intervenga un representante del Estado en defensa de la sociedad, en este caso de un Fiscal Penal competente.

A la cuarta pregunta: *¿A efecto de evitar la impunidad por la evasión del infractor, cree usted que la captación indebida de fondos, debería ser un delito prescriptible?*

Respuesta: Tendría que fijarse un tiempo, porque sus efectos también son sociológicos, con efectos que quebrantan incluso en vínculo familiar, laboral, etc.

A la quinta pregunta: *¿Cree usted, que la falta de normatividad legal que tipifique la captación indebida de fondos como delito autónomo, limita el ejercicio de la acción penal de las víctimas que deben recurrir a otras figuras análogas como la estafa?*

Respuesta: Es necesario que se tipifique porque sus consecuencias son graves, pero como delito tendría que fijarse con una pena o sanción penal severa, ya que no puede quedar la víctima o afectado en indefensión.

b. En la segunda entrevista, realizada a la Dra. TERESA BEATRIZ RIOFRÍO JIMÉNEZ, funcionaria del Juzgado Cuarto de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, se pudo recabar lo siguiente:

A la primera pregunta: *¿Conoce si se encuentra tipificada en el catalogo de delitos del Código Penal ecuatoriano, la captación indebida de fondos?*

Respuesta: Luego de haber realizado una minuciosa revisión del cuerpo de ley referido en la interrogante, puedo manifestar que no existe una figura jurídica que comprenda la captación indebida de fondos, por lo

tanto me parece oportuno y necesario realizar un estudio tendiente a con-
figurar dicha conducta como delictiva, mejorando nuestras leyes y
llenando vacios que muchas veces provocan la impunidad y dan una
imagen de insatisfacción en las víctimas y la sociedad.

A la segunda pregunta: *¿Cree usted, qué se debería tipificar como una
nueva conducta delictiva captación indebida de fondos y por ende
establecer sanciones para quienes reciban dineros o bienes sin tener el
control, ni contar la autorización de la Superintendencia de Bancos?*

Respuesta: Es importante diseñar una norma punitiva que sancione la
captación indebida de fondos, ya que no solo se contraria a la ley de
Instituciones del Sistema Financiero, sino que también se afecta a
muchas personas a los cuales se despoja de su patrimonio, incluso
debería agregarse en el capítulo del Código Penal dedicado a la estafa y
otras defraudaciones, por encontrar directa relación.

A la tercera pregunta: *¿Cree usted que la captación indebida de fondos,
debería ser un delito de acción pública o privada?*

Respuesta: Al verse afectados bienes patrimoniales de gran parte de la
sociedad, al afectarse al sistema financiero nacional, al contravenir las
regulaciones y las políticas de control estatal considero imperativo que

debe intervenir la Fiscalía, entidad llamada a velar por la defensa de los intereses de la sociedad ecuatoriana.

A la cuarta pregunta: *¿A efecto de evitar la impunidad por la evasión del infractor, cree usted que la captación indebida de fondos, debería ser un delito prescriptible?*

Respuesta: Considero que si debería prescribir, ya que la tendencia mundial en cuanto a la configuración del Derecho Penal, tiene siempre presente los beneficios que se pueden dar a los infractores, en procura del proceso de rehabilitación y reinserción social; lamentablemente en nuestro medio, el sistema es inoperante, quedando estas aspiraciones quiméricas en simples enunciados. No solo se debe cambiar la ley, también se debe cambiar las formas de hacer política criminal y la forma de pensar de la sociedad, muchas de las veces el delincuente no nace malo, sino que es el producto del medio en el que se desarrolla, por eso la delincuencia en todo nivel, es un fenómeno que atañe e incumbe a todos los estamentos que conformamos el Estado.

A la quinta pregunta: *¿Cree usted, que la falta de normatividad legal que tipifique la captación indebida de fondos como delito autónomo, limita el ejercicio de la acción penal de las víctimas que deben recurrir a otras figuras análogas como la estafa?*

Respuesta: Efectivamente es lo que sucede en la realidad jurídica, pero debemos pensar que por lo menos existe una norma que permita aplicar sanciones, aun que sea equiparando las figuras delictivas como a la de la estafa; aunque en realidad eso no debería ser admisible y legalmente no es procedente porque no se puede usar la analogía ni hacer interpretación extensiva en el Derecho Penal que se rige por el texto literal de la norma; pero tampoco se puede dejar en estado de indefensión a las víctimas, que bien o mal, deben recurrir a cualquier figura para tratar de hacer valer sus derechos y obtener un resarcimiento del daño causado, aunque sea con la amenaza del juicio penal que en última instancia de determinará su procedencia o no. Pero con cambios como el que usted propone, seguramente se aplicaría a cada delito la sanción o pena que le corresponda, sin tener que recurrir a figuras similares, paralelas o conexas. Por el momento así es como se manejan las cosas en nuestro medio y no podemos hacer mayor cosa que esperar un cambio en el menor tiempo posible.

c. En la tercera entrevista realizada al Dr. OSCAR EFRÉN HIDALGO LUDEÑA secretario del Tribunal Tercero de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, se pudo recabar lo siguiente:

A la primera pregunta: *¿Conoce si se encuentra tipificada en el catalogo de delitos del Código Penal ecuatoriano, la captación indebida de fondos?*

Respuesta: La captación indebida de fondos no se encuentra tipificada en el Catalogo de delitos de nuestro Código Penal ecuatoriano.

A la segunda pregunta: *¿Cree usted, qué se debería tipificar como una nueva conducta delictiva captación indebida de fondos y por ende establecer sanciones para quienes reciban dineros o bienes sin tener el control, ni contar la autorización de la Superintendencia de Bancos?*

Respuesta: Si se debe tipificar esta conducta delictiva por cuanto es una conducta actual para nuestra sociedad, que se ha venido presentando, ocasionando vulnerabilidad en las personas que han sido afectadas por este tipo de delitos, ya que lesionan el patrimonio personal de cada ciudadano y no existe hasta el momento una ley que los proteja.

A la tercera pregunta: *¿Cree usted que la captación indebida de fondos, debería ser un delito de acción pública o privada?*

Respuesta: Creo que debe ser un delito de acción pública, porque todos llegamos a ser afectados en la economía de nuestra sociedad, ocasionando inseguridad en toda la ciudadanía.

A la cuarta pregunta: *¿A efecto de evitar la impunidad por la evasión del infractor, cree usted que la captación indebida de fondos, debería ser un delito prescriptible?*

Respuesta: Si debería ser imprescriptible, por cuanto muchas personas valiéndose de la falta o vacío en la ley, van haciendo daños económicos, desaparecen por un tiempo, y luego vuelven para seguir cometiendo este tipo de delito aún no tipificado en nuestro país, pese a que en otras legislaciones ya ha sido considerado como tal y se encuentra debidamente penalizado.

A la quinta pregunta: *¿Cree usted, que la falta de normatividad legal que tipifique la captación indebida de fondos como delito autónomo, limita el ejercicio de la acción penal de las víctimas que deben recurrir a otras figuras análogas como la estafa?*

Respuesta: Si por cuanto al no estar tipificado este tipo de delito, tampoco puede ser sancionado y en el mejor de los casos se pesquisa y sanciona como delito de estafa aunque en realidad esto no corresponda.

Una vez obtenidas las valiosas respuestas de los entrevistados, debo dejar constancia de mi sincero agradecimiento a las personas jurisconsulto y funcionarios judiciales que colaboraron con su tiempo para brindar su criterio en torno a las preguntas formuladas; ya que pese a los múltiples intentos no fue posible obtener la colaboración necesaria de jueces penales o fiscales de ésta localidad, quienes por sus múltiples ocupaciones y a decir, por la falta de tiempo, se mostraron renuentes en aceptar la entrevista solicitada. Sine embargo las opiniones expuestas son

de mucha valía ya que son emitidas por personas ente entendidas en la materia por su vinculación laboral directa con el Derecho Penal.

En lo que tiene que ver con las contestaciones, con algunos criterios me muestro de acuerdo y con otros difiero, así por ejemplo a la primera interrogante la totalidad de los entrevistados concuerdan en que no existe la en el Código Penal ecuatoriano, la conducta anotada como fenómeno de estudio, por mi parte esa fue la mayor motivación, al percatarme de la falencia jurídica, que no establecía de manera clara y precisa la captación indebida de fondos por lo cual se asimila a la estafa.

En la segunda interrogante, todos los entrevistados asintieron en forma favorable que se debe tipificar penalmente la captación indebida de fondos ya que se trata de un procedimiento que se está volviendo constante en nuestro medio y amenaza seriamente en seguir en auge si no se hace nada por controlarlo a tiempo, para el efecto es necesario que exista el sustento legal correspondiente actualizando leyes y creando normar para este loable propósito, de tal suerte que la sociedad pueda contar con un respaldo y se evite la impunidad.

En la tercera interrogante, de la misma manera los tres entrevistados coinciden en que la captación ilegal de fondos, debe ser un delito de acción penal pública, por lo cual comparto el mismo criterio, así como quedó expuesto en el análisis de la cuarta pregunta del pliego principal de

la encuesta, donde se obtuvo las mismas repuestas. La razón de que intervenga la fiscalía en el proceso y en la investigación tiene una gran connotación, pues la sociedad siente que cuenta con el respaldo del Estado para velar por la protección de sus derechos y garantías, no obstante que además se cuenta con la defensoría pública y la defensoría del pueblo que bien pueden propiciar la defensa integral de las víctimas, sin perjuicio de que se pueda contar con la defensa de un abogado particular contratado para el efecto.

En la cuarta interrogante, dos de los tres entrevistados opinan que la captación de fondos debería ser un delito prescriptible, es decir que después de cierto tiempo se extinga la responsabilidad del infractor; por el contrario el tercer y último encuestado, opinó que no es conveniente establecer la prescripción de la pena y de la acción, ya que eso determina que el infractor después de un tiempo vuelva a delinquir. En la quinta interrogante de la encuesta se obtuvo una abrumadora respuesta en el sentido de que este tipo de infracción, si se llega a tipificar y por ende a penalizar, debería ser prescriptible, personalmente me muestro conforme con las respuestas obtenidas y expongo mi apreciación de que debería estimarse un plazo prolongado de por lo menos quince años para que opere la prescripción, caso contrario, sería hacer las cosas muy sencillas para los infractores, que por lo menos durante este tiempo deberán cuidarse de no exponerse ni seguir cometiendo los mismos actos.

En la última interrogante, obtuvimos respuestas similares y los entrevistados considera que la falta de norma legal que tipifique la conducta objeto de estudio, efectivamente limita el accionar de las víctimas y de las autoridades que no les queda más que seguir aplicando el procedimiento y tratar de configurar como si fuese un delito de estafa. Es necesario implementar cambios estructurales que permitan diferenciar e identificara a cada conducta y en consecuencia se adopten sanciones proporcionales al daño causado no bastando aplicar una pena prevista para un delito en el que usualmente las víctimas con una cuantas, contrario a lo que sucede en la captación de fondos, donde los perjudicados pueden ser miles y el dinero perdido incluso puede llegar a millones de dólares que afecta la economía nacional, y las finanzas públicas por la reducción del circulante y disminución de la capacidad del poder adquisitivo y de pago de los perjudicados.

No obstante a los criterios expuestos, entre los que cuentan el criterio personal del autor, no pretendo que se nos considere dueños de la verdad, pero dejó sentadas nuestras argumentaciones lógicas, y forma de pensar muy particular, de la que quizás algunos se muestren de acuerdo y otros en cambio se opongan, pero lo importante es aportar por lo menos con ideas consensuadas para tratar de verificar un cambio trascendental en nuestra sociedad.

6. DISCUSIÓN.

6.1. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROBLEMÁTICA.

Agotada el acopio de información doctrinaria y normativa, así como la investigación de campo tal como ha quedado expuesta, ahora es necesario efectuar la discusión del trabajo elaborado, enmarcándonos al enfoque plasmado en el proyecto de investigación, en lo referente a los objetivos tanto general como específicos y a la hipótesis configurada inicialmente, en la forma como expongo a continuación:

6.2. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

Para el estudio de la presente problemática me he planteado un objetivo general y dos objetivos específicos que a continuación los detallo, procediendo a la verificación de los mismos en base a la doctrina y acopio empírico desarrollado durante este trabajo de tesis:

OBJETIVO GENERAL.- El objetivo general planteado en mi proyecto de tesis, se orienta a: ***“Realizar un estudio crítico, objetivo y doctrinario sobre los delitos contra la propiedad en el régimen penal ecuatoriano”***, para lo cual emprendí en el estudio sistemático y analítico de todos los aspectos particulares y generales de relevante importancia enmarcados en el campo del Derecho punitivo, específicamente en lo

referente a los delitos contra la propiedad y el patrimonio particular, recurriendo al enfoque de normas Constitucionales, de derecho procedimental penal y penal en su parte pertinente, de forma particular dedique espacio al análisis de los delitos de estafa, el abuso de confianza, la usura, el enriquecimiento ilícito y el testaferrismo.

Acogiendo además los aspectos más sobresaliente de varias obras doctrinarias de autores muy entendidos en la materia, así como de los cuerpos legales contentivos de toda la normatividad jurídica enfocada a tipificar dichas conductas en especial la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Para reforzar mis conocimientos, me enfoqué al tratamiento expositivo y analítico de cada una de las referidas figuras jurídicas relacionándolas con la captación indebida de fondos, cuya percepción me permitió forjar críticas y apreciaciones personales en torno a la aplicabilidad y deficiencia de cada norma en particular, y del Código Penal en su conjunto, en procura de cimentar posibles soluciones a corto y mediano plazo siempre que medien las condiciones necesarias para el efecto, y de manera especial, que me permita elaborar la configuración de una nueva conducta penal hasta el momento inexistente, y que por la vigencia y actualidad del tema se hace necesario plantear reformas en el Código Penal ecuatoriano.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.-Por otra parte, plenamente consciente que los objetivos específicos formulados en el antes referido proyecto de investigación, eran parte secuenciadas del objetivo general y por tanto

exigían una mayor concreción y que además debían guardar coherencia lógica con la hipótesis, razones por las cuales éstos fueron redactados con claridad para permitir su comprensión y formulados para concretar paso a paso las actividades desarrolladas en cada etapa de la investigación, a efecto de conseguir los resultados previstos y deseados.

En este sentido, con la aplicación sistemática de un total de treinta encuestas dirigidas a igual número de profesionales del derecho de foro de abogado lojanos, así como con las tres entrevistas personalizadas, brindadas por un abogados en libre ejercicio profesional y dos funcionarios de la Corte Provincial de Justicia de Loja, quienes, por encontrarse inmersos con el desarrollo de actividades vinculadas a la temática planteada, cuentan con una vasta experiencia en el campo del Derecho Penal; y pude ver cristalizar mis dos objetivos específicos, que se planteaban de la siguiente manera:

EL PRIMER OBJETIVO ESPECÍFICO, en el sentido de poder: ***“Establecer si es necesario la tipificación de nuevas conductas autónomas, que atenten contra el patrimonio ajeno a fin de precautelar los intereses sociales y particulares”***; efectivamente por intermedio del análisis crítico y objetivo de normas vigentes del Código Penal, con relación a la tipificación de delitos, al igual que el aporte doctrinal en los cuales abordé directamente y de manera minuciosa este tópico; y de manera conjunta, gracias a las valiosos respuestas obtenidas

en la segunda interrogante del pliego de encuestas aplicadas a los profesionales del Derecho, e igualmente a la segunda pregunta del cuestionario de las entrevistas formuladas a los funcionarios públicos ante referidos, de las cuales se desprende que la totalidad de los requeridos, coincidieron con el criterio del investigador, al establecer de manera cierta e irrefutable que es necesario realizar reformas al Código Penal ecuatoriano, tipificando nuevas conductas delictivas y estableciendo sanciones para quienes realicen captación indebida de fondos, sin tener control ni contar con la autorización de la Superintendencia de Bancos. Quedando en evidencia, la inquietud y preocupación de la comunidad en general, por la falta de normas que se ajusten a las reales necesidades sociales, a efecto de evitar la multiplicación sistemática de actos que atentan directamente contra la propiedad y el patrimonio particular, que en el presente caso puede afectar la economía de muchas familias e incluso del sistema financiero nacional.

EL SEGUNDO OBJETIVO ESPECÍFICO, se orienta a: ***“Diseñar una propuesta de reforma legal al Código Penal ecuatoriano, que permita tipificar la captación indebida de fondos, como un delito contra la propiedad de tipo autónomo”***; para la verificación de este objetivo, me respaldo en las respuestas dadas a las interrogantes tres, cuatro y cinco del cuestionario de preguntas de la encuesta, por las cuales se pudo recabar la perspectiva personal y el razonamiento de cada uno de los profesionales del derecho que colaboraron en el presente trabajo, quienes

en su mayoría conciertan en el criterio de que es necesario establecer sanciones de multa y prisión a quienes capten dinero del público de manera ilegal; sosteniendo además que debe ser un delito de acción penal pública para que medie la intervención de la fiscalía en representación de la sociedad; y de la misma manera se obtuvo el pronunciamiento favorable de la mayoría, para que la captación de dinero se catalogue dentro de los delitos susceptibles del beneficio de la prescripción.

Así mismo, fue de trascendental importancia el aporte locuaz de los profesionales del Derecho entrevistados, con las respuestas de las preguntas y de las preguntas tres y cuatro del pliego formulado para tal efecto, pues me brindaron información suficiente para diseñar una posible reforma a la ley, de tal suerte que como corolario, al final del presente trabajo, por haber destinado este ítem para la configuración de la reforma legal, me pronunciaré y expondré de forma clara y precisa las posibles alternativas de cambio en la ley penal, que a mi criterio, se deben implementar en la parte diseñada para establecer la tipificación y sanciones de los delitos de estafa y otras defraudaciones, por la connotación económica del fenómeno materia del presente estudio.

6.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

La hipótesis general planteada por el postulante en el proyecto de investigación, se presentó como una simple conjetura o suposición de una

verdad no establecida y desconocida, por lo cual tuve, que vincular la teoría con la práctica, a fin de descubrir la realidad del fenómeno de estudio; teoría que literalmente refiere que: **“La falta de normatividad legal que tipifique la captación indebida de fondos como delito autónomo, limita el ejercicio de la acción penal de las víctimas”**; por lo tanto, a consecuencia del íntegro desarrollo del proceso investigativo, la cimentación del marco teórico, la aplicación de las encuestas en la pregunta seis y de las entrevistas en la pregunta número cinco, he podido contrastar y verificar mi teoría, quedando confirmada en todas sus partes; ya que resultó categórica la aceptación de todos los entrevistados y encuestados, al señalar que la falta de normas claras y precisas en el Código Penal ecuatoriano, por la poca efectividad y accionar de los legisladores, ha determinado que hasta el momento no se haya podido tipificar como delito autónomo la captación indebida de dinero del público, lo que restringe el accionar de las víctimas y de las propias autoridades, ya que se ven obligados a recurrir a la aplicación de normas penales que se asemejen a la conducta tipo y que en la mayoría de los casos se asimila a la estafa, pero que ha quedado demostrado que son dos conductas diametralmente opuestas en cuanto a los elementos que las configuran y sobre todo a la connotación y repercusión social.

7. CONCLUSIONES.

Concretando los aspectos fundamentales de la realidad investigada, a través del análisis minucioso, la observación y verificación directa de toda la información recopilada, procedente de datos, resultados, contenidos teóricos y el trabajo de campo, he podido arribar a las siguientes **conclusiones:**

Primera: El Derecho al patrimonio y a la propiedad, entendidos como el conjunto de bienes susceptibles de valoración económica que posee una persona, encuentra su origen en los albores de la misma humanidad, y ha ido evolucionado a la par del desarrollo social, por lo tanto en la actualidad, está legalmente reconocido en el marco constitucional, de tal manera que en el campo del Derecho Penal como cuerpo normativo sancionador, se ha diseñado para su protección como bien jurídico, un capítulo exclusivo donde se tipifica las conductas ilegítimas, tales como la estafa y otras defraudaciones.

Segunda: El Estado ecuatoriano ha diseñado un cuerpo normativo penal tendiente a resguardar los bienes jurídicos protegidos, sancionando a quienes infrinjan la ley, pero por el inexorable devenir del tiempo, se ha tornado caduco, ya que no siempre puede ser aplicable a todos los casos, que a diario se evidencian en el medio circundante, lo que hace necesario tener que recurrir a normas que en realidad no fueron

diseñadas para sancionar dichas conductas nuevas, y que por consiguiente, antes ni siquiera eran conocidas.

Tercera: En la praxis, se hace necesario incluir en el catalogo de infracciones penales, nuevas conductas atípicas, como la captación irregular de dinero del público, sin contar con la autorización de la entidades estatales correspondientes, que posee sus propios elementos constitutivos, y repercusión de orden social y económico.

Cuarta: En el Código Penal ecuatoriano, no se encuentra establecida de forma expresa como infracción, la captación indebida de fondos como un delito contra la propiedad de tipo autónomo; y por ende tampoco existe ningún tipo de sanción pecuniaria y de orden personal para las personas que incurran en dichos actos anómalos que transgreden garantías constitucionales y legales.

Quinta: Que la capacidad intelectual del ser humano no tiene límites, lo que ha propiciado el desarrollo de varios mecanismo, métodos, técnicas y procedimientos utilizados para disfrazar la captación indebida de fondos, en las llamadas ventas multinivel, pirámides abiertas o cerradas paralelas al el sistema de Ponzi, o a través de las seudo casas de empeño, o emisión de tarjetas prepago o cédulas de la abundancia, establecimiento de negocios de inversiones y prestamos con altos intereses etc., pero que en contexto general, tienen como única propósito, a mediano plazo,

apropiarse de los bienes patrimoniales de gran cantidad de personas que confían en la licitud de los supuestos negocios.

Sexta: Que entre la estafa y la captación indebida de fondos, se encuentra como elemento disímil, los procedimientos utilizados, la multiplicidad de víctimas y el cuantioso perjuicio económico, que en el caso que nos ocupa, bien puede llegar a afectar la economía de miles de personas y en forma directa o indirecta incluso al sistema financiero nacional.

Séptima.- Que en la sociedad moderna debido a la inadecuada formación recibida en los hogares y centros de estudios, así como a la falta de valores éticos y morales, cada vez más, las personas tienen a formar parte de la denominada “cultura del dinero fácil”, que significa conseguir grandes cantidades de dinero sin trabajarlo, y sin esforzarse para conseguirlo, lo que los vuelve presa fácil de personas desaprensivas que sacan provecho de la ingenuidad, ambición e incluso necesidad de quienes invierten en negocios aparentemente rentables pero inminentemente riesgosos.

Octava.- Pese a existir varias disposiciones de orden legal, que establecen facultades discrecionales de vigilancia y supervisión a las autoridades de control como la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Fiscalía, la Defensoría del Pueblo, e inclusive a las Intendencias y

Comisarías de Policía, se nota un evidente accionar displicente y apático de muchos funcionarios, que se limitan a esperar el cobro del cheque de su sueldo mensual, observándose una reacción tardía frente a casos de captación de fondos del público, que han degenerado en grandes perjuicios en todo el territorio nacional.

8. RECOMENDACIONES.

En base a los resultados obtenidos y habiendo expuesto con claridad las conclusiones correspondientes; con el fin de plantear posibles soluciones a la problemática estudiada, me permito efectuar las **recomendaciones** pertinentes:

Primera: El Estado ejerciendo deber ineludible para con la sociedad, de cumplir y hacer cumplir las leyes y velar por el respeto de los derechos y garantías reconocidas en la Constitución, en especial del derecho al patrimonio personal, debe propiciar por intermedio del poder legislativo, la creación de normas legales de carácter punitivo, tendientes a tipificar como delito la captación indebida de fondos del público sin autorización de los organismos y autoridades de control, diseñado sanciones que ejemplarizadoras que impidan la impunidad de dichos actos lesivos .

Segunda: Las Universidades deben propiciar la realización de estudios críticos y objetivos del Código Penal ecuatoriano en todo su conjunto, a efecto de proponer cambios alternativos para mejorar su contenido y normatividad, en atención de las reales necesidades sociales contemporáneas, tanto en la tipificación de nuevas conductas atípicas, como en el establecimiento de sanciones acordes a las infracciones perpetradas y al perjuicio ocasionado a las víctimas, siempre pensando en la posible reinserción a la sociedad y rehabilitación integral del reo.

Tercera: Que el Ministerio de Educación del Ecuador, y las entidades educativas de todo el país, fomenten procesos formativos e integrales para la adquisición, formación y enriquecimiento de valores éticos y morales desde el nivel de educación inicial; de tal forma que le permita a la comunidad desechar modelos y costumbres que no son propias de nuestra sociedad, y que a corto plazo amenazan con enraizarse y perpetuarse, en detrimento de los intereses personales y colectivos, tal como acontece con la denominada cultura del dinero fácil.

Cuarta: Que se fortalezca y garantice los procesos de inversión y operaciones crediticias en las instituciones del sistema financiero nacional, tornando más flexibles los procedimientos para la obtención de créditos destinados a la pequeña y mediana producción a efecto de generar más y mejores fuentes de trabajo y riqueza, combatir el desempleo y la desocupación habitual; tomando en cuenta para el efecto, que nos desarrollamos en un sistema monetario dolarizado y como tal las tasas de intereses que se cobran, y que se pagan deben regularse en base a parámetros técnicos, para evitar el abuso, el enriquecimiento ilegítimo, las crisis sociales y económicos y la inflación.

Quinta: Que se ejerza un mayor y mejor control por parte de todas las autoridades gubernamentales, llamadas a supervigilar y estar atentas a los procesos irregulares de manejo y captación de dineros del público, para lo cual se debe planificar y ejecutar efectivos planes de trabajo interinstitucional de forma permanente, que permitan detectar a tiempo

posibles amenazas o focos de operaciones delictivas, que podrían tener vinculación con delitos igualmente reprochables como el lavado de activos, la usura y el narcotráfico que son considerados como un cáncer social.

Sexta: Que toda la sociedad, o en su defecto la mayoría, cumpliendo con las obligaciones ciudadanas impuestas por la Constitución y las leyes de la República, se despoje del egoísmo y la desidia, entrando a jugar un rol activo, participativo y oportuno en la identificación, detección, captura y sanción de todas las personas u organizaciones dedicadas a la captación indebida de fondos en nuestro país, denunciando a tiempo y facilitando la información necesaria respecto a los hechos punitivos que sean de su conocimiento, de tal forma que forme parte fundamental de la solución y no del problema que amenaza en perjudicar a gran parte de la colectividad que es despojada de sus bienes, recursos, dinero y patrimonio personal.

9. PROPUESTA JURÍDICA.

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA LEGISLATIVA

CONSIDERANDO:

Que es obligación del Estado ecuatoriano por mandato constitucional expreso, garantizar la vigencia plena y la protección integral de todos los derechos y bienes jurídicos protegidos de las personas como el patrimonio.

Que el Código Penal debe establecer de manera clara e individualizadas todas y cada una las conductas tipificadas como delitos, reñidas con la ley, la moral y las buenas costumbres; así como las sanciones por la vulneración de éstos derechos.

Que la captación indebida de fondos, pese a tener sus propios elementos constitutivos que la diferencian plenamente de otros delitos relacionados como la estafa y el abuso de confianza, debido a la multiplicidad de las víctimas y al enorme perjuicio económico causado a cientos y miles de ciudadanos ecuatorianos, aún no ha sido tipificada como infracción y es necesario crear el marco jurídico que evite la impunidad de estos actos.

En ejercicio de sus facultades legales y constitucionales contempladas en el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.

Art. 1.- En el Art. 563 del Código Penal, agréguese el siguiente: “Art. 563.1.- CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS.- Quien capte dineros del público en forma masiva, sin tener control ni contar con la previa autorización de la Superintendencia de Bancos y Seguros, a través de cualquier sistema piramidal cerrado o abierto, o a través de mecanismos de inversión no regulados, o casas de empeño y préstamos, o a través de la emisión de tarjetas de compras y adhesiones a programas multinivel, o entrega de cédulas de la abundancia, o recepción de dineros a cambio de pago de intereses por encima de las tasas porcentuales reguladas por el Banco Central del Ecuador o cualquier mecanismo similar creado para la recepción de dineros de más de diez personas, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años, y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Además será condenado al pago de la multa equivalente al 10 % de las operaciones de captación de fondos del público que éstas hayan realizado; así como a la devolución íntegra de los valores recibidos, más el interés legal vigente desde la recepción del dinero liquidado a la fecha de pago.

Es dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano,
en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los dos días del mes
de octubre del año dos mil diez.

f. _____ f. _____

Arq. Fernando Cordero

Presidente de la Asamblea Nacional Secretario de la Asamblea Nacional

10. BIBLIOGRAFÍA.

Obras Doctrinarias:

1. ABARCA Luis Humberto.- “Sociología Criminal de la Usura”.
2. Editorial Jurídica Bolivariana.- “La Estafa”.
3. Editorial Jurídica Bolivariana.- “La Tentativa-El Dolo”.
4. TORRES Chávez, Efraín.- “Breves Comentarios al Código Penal”.
5. ZABALA Baquerizo, Jorge.- “Delitos contra la propiedad”.

Diccionarios:

1. CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Jurídico Elemental.- Buenos Aires-Argentina.- 2006.
2. Diccionario Enciclopédico Océano Uno Color.
3. Diccionario Enciclopédico de la RAE.

4. ROMBOLÁ, Néstor y REBOIRAS, Lucio.- **Diccionario RUY DÍAZ de Ciencias Jurídicas y Sociales.**- DISELI.- Buenos Aires- Argentina 2004.

Códigos y Leyes:

1. **Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.**- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2010.
2. **Código Civil.**- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2010.
3. **Código de Procedimiento Civil.**- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2010.
4. **Código Penal.**- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2010.
5. **Código de Procedimiento Penal.**- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2010.
6. **Constitución de la República del Ecuador.**- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2009.

7. **Ley para la Transformación económica del Ecuador.-**

Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.

Software PC:

1. Diccionario Enciclopédico de la RAE.- Microsoft® Encarta® 2009.-
© Microsoft Corporation.

2. Biblioteca Premium Microsoft® Encarta® 2009. © Microsoft
Corporation.

Páginas web y buscadores:

1. www.diariocrítico.com.ec
2. www.equinoxio.org
3. www.ecuadorinmediato.com
4. www.eltiempo.com
5. www.google.com.
6. www.hoy.com.
7. www.miopera.com
8. www.ultimasnoticias.ec
9. www.wikipedia.org

11. ANEXOS.

ENCUESTA



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

Respetable señor(a) jurisconsulto(a), me permito solicitarle de la manera más cortés, se sirva brindarme su valiosa colaboración, contestando el pliego de preguntas que precede; cuyas respuestas serán de gran utilidad para el desarrollo de mi trabajo de tesis de doctorado intitulado la: “NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS, COMO UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD DE TIPO AUTÓNOMO”.

1. ¿Considera usted, que existe un vacío jurídico en el Código Penal ecuatoriano, por cuanto aún no se ha tipificado como delito la **captación indebida de fondos?**

Si () No ()

¿Por qué?.....
.....

2. ¿Cree usted, que el Estado ecuatoriano, acatando los preceptos constitucionales respecto a la seguridad jurídica y el derecho a la

propiedad; debe expedir reformas al Código Penal, tipificando nuevas conductas delictivas y estableciendo sanciones para quienes realicen captación indebida de fondos ilegítima, sin tener el control, ni contar la autorización de la Superintendencia de Bancos?

Si () No ()

¿Por qué?.....
.....

3. ¿Tomando en cuenta que se trata de un problema de gran connotación social, cuál cree usted, debería ser la pena que se tendría que aplicar a las personas que capten fondos de manera ilegítima en perjuicio de la economía y patrimonio particular?

3.1. SANCIÓN PECUNIARIA:

- a. MULTA de 8 a 16 dólares () igual que el abuso de confianza.
- b. MULTA de 8 a 156 dólares () igual que la estafa.
- c. MULTA de 500 a 1000 dólares () igual que la estafa agravada.
- d. Otra:.....
.....

3.2. SANCIÓN PERSONAL:

- a. PRISIÓN de 1 a 5 años () igual que el abuso de confianza.
- b. PRISIÓN de 6 meses a 5 años () igual que la estafa.

- c. RECLUSIÓN menor ordinaria de 3 a 6 años () igual que la estafa a migrantes.
 - d. RECLUSIÓN mayor de 8 a 12 años () igual que el robo agravado.
 - e. Otra:.....
4. ¿Cree usted que la captación indebida de fondos, debería ser un delito de acción pública o privada?

Pública () Privada ()

¿Por qué?.....

5. ¿A efecto de evitar la impunidad por la evasión del infractor, cree usted que la captación indebida de fondos, debería ser un delito prescriptible?

Si () No ()

¿Por qué?.....

6. Cree usted, que la falta de normatividad legal que tipifique la captación indebida de fondos como delito autónomo, limita el ejercicio de la acción penal de las víctimas?

Si () No ()

¿Por qué?.....

Gracias por su valiosa colaboración

ENTREVISTA



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA CARRERA DE DERECHO

Respetable señor(a) entrevistado(a), me permito solicitarle de la manera más cortés, se sirva brindarme su valiosa colaboración, contestando el pliego de preguntas que precede; cuyas respuestas serán de gran utilidad para el desarrollo de mi trabajo de tesis de doctorado intitulado la: “NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS, COMO UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD DE TIPO AUTÓNOMO”.

1. ¿Conoce si se encuentra tipificada en el catalogo de delitos del Código Penal ecuatoriano, la **captación indebida de fondos**?
2. ¿Cree usted, qué se debería tipificar como una nueva conducta delictiva **captación indebida de fondos** y por ende establecer sanciones para quienes reciban dineros o bienes sin tener el control, ni contar la autorización de la Superintendencia de Bancos?

3. ¿Cree usted que la captación indebida de fondos, debería ser un delito de acción pública o privada?

4. ¿A efecto de evitar la impunidad por la evasión del infractor, cree usted que la captación indebida de fondos, debería ser un delito prescriptible?.

5. ¿Cree usted, que la falta de normatividad legal que tipifique la captación indebida de fondos como delito autónomo, limita el ejercicio de la acción penal de las víctimas que deben recurrir a otras figuras análogas como la estafa?

Gracias por su valiosa colaboración

ESQUEMA DE PIRÁMIDES DE DINERO

Gráfico Nro. 1

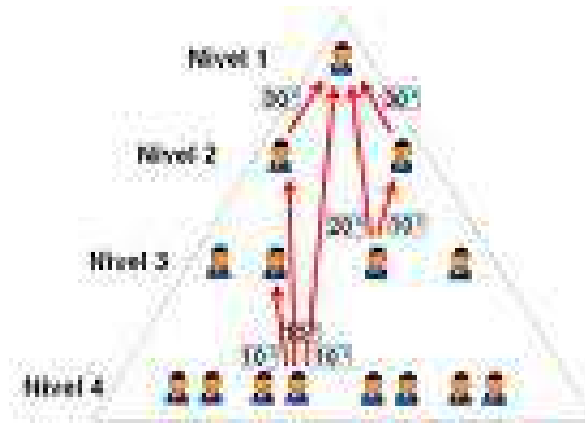
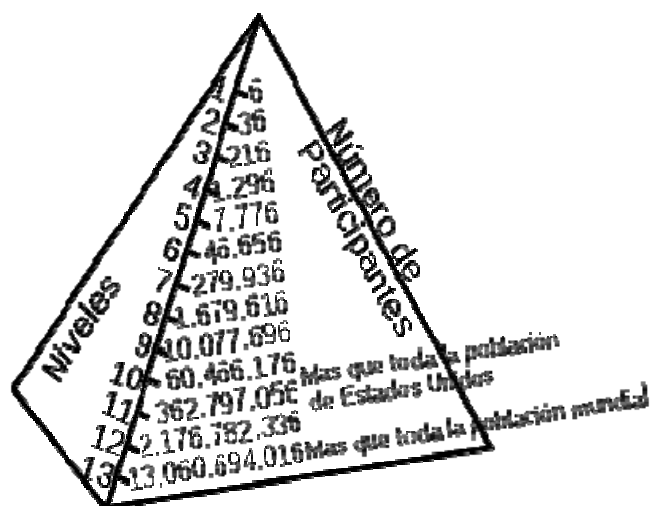


Gráfico Nro. 2



Gráfico Nro. 3

La insostenibilidad geométrica del progreso de un esquema clásico de pirámide.



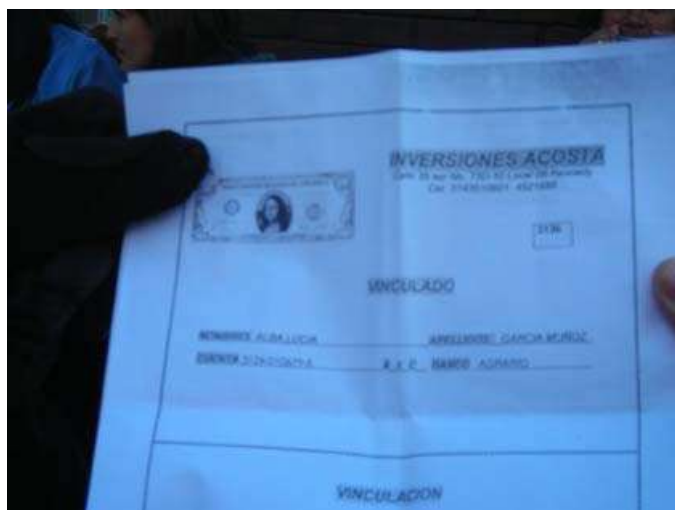
Local donde funcionaba la empresa INTERFEDER en la ciudad de Quito, y que fue allanado en un operativo desplegado por la Fiscalía.



Clientes aglomerados a las afueras de los locales, después del cierre de las captadoras de fondos.



Esquema de formulario utilizados por las captadoras defondos.



Local cerrado, donde funcionaba una empresa captadoras defondos.





UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS, COMO UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD DE TIPO AUTÓNOMO”

Proyecto de Tesis para optar por el grado de doctor en jurisprudencia.

Postulante:

Lic. José Ismael Coronel Coronel.

Director de Tesis:

Dr. Wilson Ramiro Condoy Hurtado Mg. Sc.

Loja-Ecuador

2010

1. TEMA.

“NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS, COMO UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD DE TIPO AUTONOMO.”

2. PROBLEMA.

El principio de *legalidad* previsto como una garantía básica del debido proceso dentro del marco normativo de la Constitución Política de la República del Ecuador, establece que: ***“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 a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento”***⁷⁵, reconocimiento fundamental que también encuentra asidero en el Artículo 2 del Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

En este sentido el profesor Francisco Carrara, enfáticamente afirma: ***“Ningún acto del hombre puede ser reprobado si una ley no lo***

⁷⁵ Constitución Política de la República del Ecuador.- Art. 24 num 1, pág. 8.

prohíbe⁷⁶, y por consiguiente tampoco se le podrá aplicar sanción alguna como consecuencia de dicho acto.

Debemos entender por lo tanto que cualquier conducta o acto humano pernicioso, jamás podrá ser reprobado como infracción, si una ley penal⁷⁷ no lo prohíbe y reprime en debida forma. Por lo tanto para que se pueda establecer como una nueva figura delictiva, la captación indebida de fondos ajenos, es requisito sine qua non que el Código Penal ecuatoriano, determine de manera clara y precisa cada uno de los elementos constitutivos de la conducta lesiva y por ende se establezca la sanción correspondiente cuando se haya podido determinar conforme a derecho, la existencia de la infracción, el grado de participación y la responsabilidad del reo.

Si nos remitimos a las concepciones filosóficas del Derecho Romano, que han sido la base de la estructuración del derecho contemporáneo, nos encontramos con el axioma: **NULLUM CRIMEN SINE LEGE; NULLA POENA SINE LEGE** que en nuestro idioma significa: **NO HAY CRIMEN SIN LEY, NO HAY PENA SIN LEY**, fórmula que deja entrever la necesidad racional de que exista una norma penal en la cual encaje una conducta humana negativa para que de acuerdo a su gravedad y al grado

⁷⁶ TORRES, Efraín.-Breves Comentarios al Código Penal. Tomo 1. Pág. 7

⁷⁷ “Leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena” Art. 1 Código Penal ecuatoriano. En éste contexto el autor Bernardino Alimena, sostiene que: “No solo el Código Penal es una ley penal sino aquellas otras leyes que, entre disposiciones de diversa índole, encierra algún mandato sancionado con la amenaza de una pena”.

de participación delictiva del ente activo, se apliquen las medidas punitivas que el caso amerite.

El Dr. Néstor Darío Rombolá, en su obra Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales, nos enseña que: ***“A través de la tipicidad en materia de derecho penal se encuadra las conductas delictivas definiendo de manera concreta las infracciones posibles. La ley prevé los elementos que forman parte de las conductas delictivas e impone las sanciones correspondientes. El concepto de tipicidad en materia penal determina que para cada conducta delictiva puede encuadrarse en un tipo y así determinar los elementos que lo configuran y las sanciones aplicables, recordando que en materia penal no ésta permitida la analogía, con lo cual las conductas que no se encuentran tipificadas como delito o infracción, no pueden ser encuadradas en la ley penal”***⁷⁸. Ante esta realidad jurídica, no podemos más que aceptar con cierto grado de indignación, que la falta de normatividad legal que tipifique conforme a derecho como una nueva figura delictiva del Código Penal ecuatoriano a la captación indebida de fondos ajenos por parte de personas que no están facultadas legalmente para desarrollar ésta actividad, entraña un grave conflicto socio jurídico que limita el ejercicio de la acción penal de las víctimas que no encuentran norma alguna que prohíba y sancione dicha conducta, y por lo tanto inevitablemente se promueve la impunidad, ya que las personas

⁷⁸ ROMBOLÁ, Néstor.- Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales.- Pág. 894.

afectada por éste lacerante fenómeno social que se encuentra en pleno apogeo en nuestro medio, colmados de incertidumbre deben recurrir ante los órganos de la administración de justicia, bajo el amparo de otras normas legales que no han sido creadas para este fin concreto, tal es el caso de la figura penal del abuso de confianza, el enriquecimiento ilícito o la estafa, las cuales difícilmente pueden ser plenamente determinadas, ya que en la mayoría de los casos, por el hecho de la suscripción y aceptación de una simple letra de cambio por parte de la persona que acopia los recursos, se pone fin a la acción penal y se da origen a la acción civil, en la cual una sentencia condenatoria jamás puede ser ejecutada, debido a la falta pago o dimisión de bienes suficientes y saneados para embargo por parte del supuesto “deudor” quien oculta su real condición tras esta figura, ya que en realidad se trata de un captador de recursos que elude una acción penal, pese a haber dispuesto arbitrariamente de los capitales recibidos, llegando incluso a poner en nombre de terceros sus propios bienes y aquellos bienes adquiridos con el dinero captado, con el fin de evadir el pago.

Esta conducta atípica, tal como se viene desarrollando, presenta todos los elementos constitutivos para su configuración como infracción penal. En primer lugar se encuentra el **SUJETO ACTIVO** que es el individuo que fraudulentamente capta dinero de particulares bajo el ofrecimiento de pagar intereses superiores a los legales, sin estar autorizado en debida forma para desarrollar ésta actividad, sin llevar contabilidad, ni sujetarse a

ningún control estatal; en segundo lugar se encuentra el **SUJETO PASIVO** representado por todas aquellas personas que sin ser usureros, de buena fe han entregado sus capitales de trabajo y subsistencia a éstos facinerosos que les ofrecen una mejor rentabilidad y ganancias por su inversión o “préstamo”; y, por último el **BIEN JURÍDICO PROTEGIDO** lo constituye el patrimonio particular que se ve afectado por el incumplimiento en la devolución de los valores recibidos, situación que también puede llegar a afectar a la economía nacional que inesperadamente entra en una etapa de recesión que congela el flujo de capitales y normal producción e inversión. Además, elemento común es la concurrencia de varias víctimas y el dolo con que actúa el ente activo.

3. MARCO REFERENCIAL.

En nuestra cultura popular se ha llegado a concebir y cimentar la idea de que **“NO HAY CÁRCEL PARA LAS DEUDAS”**, y, es que en realidad desde el punto de vista eminentemente legalista, mantener obligaciones impagas o en mora, no es ningún delito y por consiguiente tampoco puede ser reprimido al deudor con alguna pena o sanción, a excepción del caso de los comerciantes judicialmente declarados en quiebra si ésta ha sido culpable o fraudulenta, y tratándose de las demás personas que no desarrollan actividades de comercio, cuando han sido de la misma manera declarados insolventes culpables o fraudulentos.

Si tratamos de encontrar una explicación lógica al respecto, se podría decir que esto se debe al hecho innegable de que el ser humano desde sus orígenes se ha desarrollado en un régimen clasista, determinado por el poder político y sobre todo económico que detentan un grupo de personas sobre la mayoría de desposeídos de clase media y baja, situación que se mantiene hasta la actualidad; es por éste motivo que se han promulgado leyes que propenden a establecer un ambiente solidario, equitativo y justo de todos quienes viven en sociedad; como consecuencia de ello, si una persona legalmente capaz necesita dinero para consumo, producción o inversión, puede pedir prestado, a cambio de cumplir con la obligación contraída en un plazo determinado y con las condiciones contractuales acordadas entre las partes, específicamente con la regulación de la tasa de interés y la entrega de garantías que aseguren el pago. Caso contrario ante el incumplimiento y encontrándose la obligación de plazo vencido, el deudor debe sujetarse a las acciones legales que se inicien en su contra, lo que podría conllevar al inminente embargo y remate de sus bienes, para poder pagar con el producto que se obtenga, las acreencias existentes.

En consecuencia, pedir dinero prestado no es delito ni tampoco lo es mantener una deuda impaga; en éste contexto, vale hacer referencia a la siguiente reflexión: ***“El dinero en sí no es malo, ya que solo representa valores de cambio producidos por el trabajo y acumulados por el ahorro, que denota un sistema de vida sobrio, prudente y***

disciplinado del que lo acumula a costa de su trabajo. El mal reside en la persona que lo obtiene a costa del esfuerzo de los demás, sin que sea fruto de su trabajo, o el que lo obtiene a cambio de perjudicar el interés social, o en el que lo usa, para corromper al prójimo, o como fuente de poder para dominar y explotar a los pobres o necesitados⁷⁹. Empero, la concurrencia de factores determinantes como: la falta de fuentes de trabajo, producción, inversión social, flujo de capitales para la generación de riqueza, el alto costo de la vida, la corrupción, la falta de formación profesional, artesanal y ocupacional en general, la elevada fijación de intereses bancarios para créditos, excesiva imposición de impuestos, tasas y aranceles, la poca rentabilidad que ofrecen las instituciones del Sistema Financiero Nacional e inclusive el régimen económico de la dolarización, se convierten en razones suficientes y de peso, para que el común denominador de las personas, sumergidos en un estado absoluto de desesperación e incertidumbre, sucumba ante la tentación, la necesidad racional de superación e inclusive la ambición que es parte de la naturaleza del ser humano, y busque formas alternativas que les permitan incrementar de manera rápida sus capitales y mejorar su calidad de vida, aunque esto, de una u otra forma determine un riesgo del que están concientes y aceptan correrlo, ya que usualmente las actividades que ofrecen estas posibilidades se encuentran al margen de la ley, tal es el caso de la usura, la especulación y los juegos de azar. Sin embargo en los últimos años, en

⁷⁹ ABARCA, Humberto.- Sociología Criminal de la Usura.-Pág.7

el Ecuador a proliferado de manera desmedida una nueva forma de obtener dinero rápido y fácil, consistente en la entrega de capitales a terceras personas que supuestamente requieren hacer inversiones considerables y muy lucrativas, por lo cual, sin pedir ningún tipo de garantía más que la suscripción de un título de crédito, como letra de cambio o pagare, e inclusive cheques post-fechaos, a cambio se ofrece el pago de tasas de interés superiores a las fijadas por el Banco Central del Ecuador.

Esto se pudo evidenciar en la ciudad de Machala, Provincia de El Oro, con el tan bullado y conocido caso “Cabrerá”, que emergió a la palestra pública, con el deceso repentino de un funcionario que se desempeñaba como Notario Público Segundo del Cantón Machala, quién durante mucho tiempo, lejos de cumplir con las funciones a él encomendadas, se dedicaba a la captación indebida de dinero a cambio del pago de elevadas tasas de interés, sin que hasta la fecha se halla podido determinar con precisión absoluta en que se invirtió estos dineros, ni el número de personas afectadas que únicamente recibieron una letra de cambio con la imposición de un sello que hacía las veces de la firma y rúbrica del notario, ni mucho menos se ha podido establecer el monto real que le fue entregado. A raíz de este terrible drama humano que vivieron miles de ecuatorianos de las cuatro regiones del país, entre los que contaban militares, policías, jueces, alcaldes, funcionarios públicos, profesores, abogados, comerciantes, jubilados, emigrantes, amas de casa

y en fin personas de toda edad, sexo, raza, nivel educativo y clase social, se han ido presentando varias replicas con iguales consecuencias nefastas, como el caso “Benavides” en la Provincia del Guayas y otros casos más suscitados en las provincias de Loja, Zamora, Azuay, y Pichincha.

Este problema no solo que afectó a la economía nacional, que vio caer inusitadamente el poder adquisitivo por la falta de circulante, sino que implicó un atentado directo contra la propiedad y patrimonio de miles de ciudadanos que vieron desaparecer de la noche a la mañana los recursos que con mucho esfuerzo y sacrificio habían logrado obtener, incluso a costa de hipotecar sus casas, preñar sus vehículos, tomar las remesas de dinero que sus familiares enviaban del exterior o entregar los valores percibidos por concepto de su jubilación; y en el peor de los casos inclusive conllevó a la pérdida de vidas humanas de quienes no pudieron soportar la idea de perder toda su fortuna y sufrieron fulminantes paros cardiorrespiratorios o encontraron en el suicidio la única puerta de salida a sus problemas. En determinado momento en el proceso “Cabrera”, se trató de hacer parecer que el deudor fue la víctima, por tener que pagar un interés superior al legal ya que el había suscrito letras de cambio y lo único que se podía hacer era efectivizar la obligación a través de la vía ejecutiva, verbal sumaria u ordinaria según el caso; en consecuencia las personas que entregaron su dinero, eran simplemente usureros que se aprovechaban de la situación. Es más, por parte de instituciones estatales

inclusive se planteó la posibilidad de sancionar y cobrar multas a los acreedores. En fin ante esta serie de anomalías y falencias legales, resulta evidente la necesidad imperiosa de regular esta actividad atípica de manera autónoma, para que nuestro Código Penal reprima en debida forma a quienes incurran en esta atrocidad que vulnera el integres social y particular, de tal suerte que ya no sea necesario buscar otras figuras jurídicas diferentes.

4. JUSTIFICACIÓN.

Como ente activo y participativo de la sociedad contemporánea, substancialmente atendiendo los postulados y fines inherentes del Alma Máter Universitaria, acertadamente concebidos por la Universidad Nacional de Loja, respecto a la enseñanza, aprendizaje y extensión; consiente además de la realidad socio-jurídica de nuestro país respecto a la necesidad de propiciar estudios de carácter legalistas que promuevan un cambio estructural y formal del sistema jurídico y por ende el perfeccionamiento de leyes y normas que por el devenir del tiempo se han tornado caducas, ineficientes e insuficientes, me encuentro interesado en efectuar un aporte válido a través de la presente tesis de doctorado, encaminada principalmente a lograr una transformación trascendental dentro del ordenamiento legislativo del Derecho Penal ecuatoriano; razón por la cual, luego de una serie de consideraciones previas; seguro de poder contar con el suficiente contingente bibliográfico y doctrinario sobre

la temática excogitada. Evaluada por otra parte la factibilidad económica, metodológica y técnica, en procura de la acertada y eficaz conducción del señor docente que me sea designado como director de tesis; y, en vista de la evidente pertinencia, relevancia, vigencia e importancia del tema, he resuelto poner en marcha cronológicamente el desarrollo de una exhaustiva investigación sobre la: “NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS, COMO UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD DE TIPO AUTONOMO.”

Convencido además de que los resultados que obtenga al finalizar la presente tesis de doctorado me permitirán presentar alternativas viables y válidas para solucionar el conflicto jurídico antes enunciado.

Para finalmente, sobre la base de estos criterios y por contar con la segura colaboración de las personas a las cuales les aplicaré los instrumentos de investigación; así, como por la factibilidad económica y material para desarrollar en su totalidad este trabajo, pongo a consideración de las Autoridades Universitarias correspondientes el presente proyecto.

5. OBJETIVOS.

5.1. Objetivo General.

- ✓ Desarrollar un estudio crítico, objetivo y doctrinario sobre los delitos contra la propiedad en el régimen penal ecuatoriano.

5.2. Objetivos Específicos.

- ✓ Establecer si es necesario la tipificación de nuevas conductas delictivas autónomas, que atenten contra el patrimonio ajeno a fin de precautelar los intereses sociales y particulares.
- ✓ Diseñar una propuesta de reforma legal al Código Penal ecuatoriano, que permita tipificar la captación indebida de fondos, como un delito contra la propiedad de tipo autónomo.

6. HIPÓTESIS.

- ✓ La falta de normatividad legal que tipifique la captación indebida de fondos como delito autónomo, limita el ejercicio de la acción penal de las víctimas.

7. METODOLOGÍA.

Para alcanzar un óptimo desarrollo metodológico de la presente tesis doctoral, emplearé el método de investigación científica de carácter jurídico, dentro del cual la observación, el análisis y la síntesis se constituyen en procesos lógicos y sistemáticos que permiten obtener un conocimiento veraz y puro.

La indagación bibliográfica y documental me posibilitará conocer mucho más a fondo el problema socio-jurídico a investigarse, acopiando para el efecto la información teórica pertinente, efectuando el análisis de expedientes y aquellas bases de datos confiables con directa relación al fenómeno expuesto.

Para obtener información fehaciente, real y práctica, en la investigación de campo aplicaré encuestas a treinta abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad de Loja, a efecto de obtener su percepción jurídica sobre el problema planteado; de igual manera efectuaré entrevistas un representante del Ministerio Fiscal, un señor agente de la policía judicial y un juez penal la H. Corte Superior de Justicia de Loja, quienes por estar inmersos y en contacto directo con la problemática planteada son las personas más idóneos para brindar una adecuada información; la

encuesta será planteada con preguntas abiertas y de significativa vinculación con los objetivos e hipótesis de tal modo que pueda recabar sus impresiones respecto al problema.

En el desarrollo mismo de la tesis me vincularé de manera directa con el objeto de estudio, conjugando a la vez la teoría con la práctica y relacionando el acopio científico extraído de las fuentes bibliográficas con la información recogida en las fuentes empíricas.

El análisis será empleado para ordenar los datos a través de resúmenes, cuadros y gráficos cimentados sobre los resultados vertidos en las encuestas, mismos que me servirán para proceder a la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis. La síntesis la utilizaré junto al método inductivo al final de la tesis para realizar las abstracciones y generalizaciones sobre el objeto de estudio, para sobre la base de ello formular las conclusiones y las recomendaciones pertinentes y que el caso amerite.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

Nro	Fases de desarrollo	Cronograma de Trabajo Año 2008																							
		Marzo				Abril				Mayo				Junio				Julio				Agosto			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1	Problematización.	X	X	X																					
2	Diseño del Proyecto de Tesis					X	X	X																	
3	Trámite para la aprobación del proyecto									X	X	X													
4	Acopio de información para desarrollo del marco teórico										X			X	X	X									
5	Investigación de campo													X			X	X	X						
6	Presentación y análisis de resultados de la investigación de campo																X								
7	Redacción del borrador de tesis																				X	X			
8	Redacción del informe final																						X	X	

9. PRESUPUESTO.

Para el desarrollo del presente proyecto de tesis de licenciatura se necesitaran los siguientes recursos:

9.1. Recursos humanos:

- Investigador: Lic. José Ismael Coronel Coronel.
- Profesor de pertinencia.
- Director de tesis.
- Entrevistados.
- Encuestados.

9.2. Recursos Técnicos:

- √ Computadora
- √ Impresora
- √ Copiadora
- √ Diskettes, CD, Flash memory.
- √ Grabadora de audio
- √ Cintas de audio (cassettes)

9.3. Recursos Materiales:

➤ Materiales de escritorio	\$.	100.00
➤ Materiales para instrumentos de investigación	\$.	100.00
➤ Movilización	\$.	150.00
➤ Bibliografía	\$.	300.00
➤ Redacción y presentación del informe final	\$.	500.00
➤ Internet	\$.	100.00
➤ Imprevistos		\$125.00
		<hr/>
TOTAL	USD.	\$1,375.00

Son: Mil trescientos setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Financiamiento:

Los gastos que erogue el desarrollo del presente trabajo serán financiados con recursos propios del autor.

10. SUMARIO.

TEMA:

“NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS,
COMO UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD DE TIPO AUTONOMO.”

- i. Certificación
- ii. Autoría
- iii. Agradecimiento
- iv. Dedicatoria
- v. Esquema del Sumario
- vi. Introducción.

CAPÍTULO PRIMERO

1. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO PARTICULAR.

- 1.1. Antecedentes históricos.
- 1.2. Realidad social contemporánea en el Ecuador.
- 1.3. La Estafa.
- 1.4. El abuso de confianza
- 1.4. La Usura.
- 1.5. Enriquecimiento ilícito y testaferrismo.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. CONFIGURACIÓN DE LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS.

2.1. Circunstancias.

2.2. Elementos.

2.2.1. Objetivos.

2.2.1.1. Acto

2.2.1.2. Resultado

2.2.1.3. Situaciones materiales

2.2.2. Subjetivos.

2.2.2.1. Dolo.

2.2.2.2. Premeditación.

2.2.3. Normativos.

2.2.3.1. Manejos fraudulentos.

2.2.3.2. Multiplicidad de víctimas.

2.2.3.2.1. Calidad de la víctima

2.2.3.3. Apropiación ilícita.

2.2.3.4. Acumulación de capitales.

2.2.3.5. Falta de autorización y control de las autoridades.

CAPÍTULO TERCERO

3. INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

3.1. Análisis de resultados.

3.1.1. Resultados obtenidos de las entrevistas.

- 3.1.2. Resultados obtenidos de las encuestas.
- 3.1.3. Casuística.
- 3.2. Verificación de objetivos.
- 3.3. Contrastación de hipótesis.

CAPÍTULO CUARTO

4. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

- 4.1. Conclusiones.
- 4.2. Recomendaciones.
- 4.3. Presentación del proyecto de reforma al Código Penal ecuatoriano.

Bibliografía

Anexos

Índice

11. BIBLIOGRAFÍA.

2. ABARCA, Luis.- ***La protección jurídica del cheque.***- Primera Edición.- Editorial Jurídica del Ecuador.- Quito-Ecuador.- 1998.
3. ABARCA, Luis.- ***Lecciones de Procedimiento Penal.***-Corporación de Estudios y Publicaciones.- Tomo I.-Primera Edición.- Quito-Ecuador.- 2006.
4. ABARCA, Luis.- ***Sociología criminal de la usura.***- Quito-Ecuador.- 2006.
5. BALBUCA, William.- BENITEZ, Edison.- ***Manual práctico para el desarrollo de proyectos de investigación y tesis.***- SURGRAFIC.- Loja-Ecuador.- 1998.
6. CABANELLAS, Guillermo.- ***Diccionario Jurídico Elemental.***- Editorial Heliasta, Buenos Aires- Argentina 1.997.
7. ***Código Penal ecuatoriano.***- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2.006.

8. **Código de Procedimiento Penal ecuatoriano.**- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2.006.
9. **Código Tributario.**- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2.008.
10. **Constitución Política de la República del Ecuador.**- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2.006.
11. **Diccionario de Sinónimos y Antónimos.**- Océano Conciso.- Grupo Editorial Océano S.A. Barcelona-España.
12. FERNÁNDEZ, Pedro.- **APUNTES DE FILOSOFIA DEL DERECHO.**- Segunda Edición.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito Ecuador.-2001.
13. GARCIA, Ramón.- **Pequeño LAROUSSE Ilustrado.**- Ediciones LAROUSSE.- Buenos Aires-Argentina.- 1988.
14. **Ley General de Instituciones del Sistema Financiero Nacional.**- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2.007.
15. **Ley de Cooperativas.**- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2.006.

16. LÓPEZ, Willan.- ***El juicio ejecutivo.***-Editorial Jurídica del Ecuador.-
Primera Edición.- Quito-Ecuador.- 2007.
17. MENDOZA, José.- ***LA ESTAFA.***- Editorial Jurídica Bolivariana.-
Primera reimpresión.- Quito-Ecuador.- 2005.
18. OSSORIO, Manuel.- ***Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.***- 33ª Edición.- Editorial ELIASTA S.R.L.- Buenos Aires-
Argentina.- 2006.
19. POMA, Rafael.- ***Crítica del desarrollo social desde las concepciones filosóficas del idealismo y materialismo.***- Tomo I.-
1.- Imprenta de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad
Nacional de Loja.- Loja-Ecuador.-2002.
20. ROMBOLA, Néstor.- ***Diccionario RUY DIAZ DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.***- Editorial RUY DIAZ S.A.E.I.C.- Impreso
Leograf S.R.L.- DISELI.- Buenos Aires-Argentina.- 2004
21. SALTOS, Napoleón.- ***Ecuador: su realidad.***- Tercera Edición.-
Gráficas Lituma.- Cuenca-Ecuador.- 2000.

22. SIERRA, Enrique.- ***Ecuador crisis y crecimiento.***- Primera Edición,
Grupo EDIDAC.- Quito-Ecuador- 1996.
23. TORRES CHAVES, Efraín.- ***Breves Comentarios al Código Penal.***-
Tomo III.- 14 Vol. 1.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito
Ecuador.-2001.
24. TORRES CHAVES, Efraín.- ***La premeditación no es agravante de
Responsabilidad.***- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito
Ecuador.-2003.
25. Valdivieso, Carlos.- ***Tratado de las obligaciones y contratos.***-
Primera Edición.- GRAFIMUNDO.- Loja-Ecuador.-2005.
26. Valdivieso, Simón.- ***Derecho Procesal Penal.***- Primera Edición.-
Ediciones "CARPOL".- Cuenca-Ecuador.-2007.
27. Villalobos, Ignacio.- ***La Tentativa – El Dolo.***- Editorial Jurídica
Bolivariana.- Quito-Ecuador.-2003.
28. Sigüenza Marco.- ***Derecho Penal*** Parte Especial.- Tomo I.- Apuntes
Jurídicos Nro. 10.-Primera Edición.- Editorial SIGMAR.- Cuenca-
Ecuador.-2003.

Páginas Web:

1. <http://www.editorialjuridicadelecuador.com>
2. <http://www.eliasta.com.ar>
3. <http://www.geogle.com>
4. <http://www.lahora.con.ec>
5. <http://www.yahoo.com>

Archivos magnéticos y programas de PC:

1. Biblioteca de consulta Microsoft ENCARTA 2008.
2. Diccionario Jurídico ESPASA LEX.- CD-Rom.

.....
Lic. José Ismael Coronel Coronel

12. ÍNDICE.

TÍTULO:

**“NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS
COMO UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD, DE TIPO AUTÓNOMO”**

	Páginas
CERTIFICACIÓN	i
AUTORÍA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
DEDICATORIA	iv
TABLA DE CONTENIDOS	v
ABSTRACT	viii
1. RESUMEN	x
2. INSTRODUCCIÓN	xii

PRIMERA SECCIÓN.

CUERPO DEL INFORME FINAL.

3. REVISIÓN DE LITERATURA	1
3.1 MARCO CONCEPTUAL	1
3.1.1.1 DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO PARTICULAR	1
3.1.1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	1
3.1.1.3 REALIDAD SOCIAL CONTEMPORÁNEA EN EL ECUADOR	6
3.1.1.4 LA ESTAFA	10
3.1.1.5 EL ABUSO DE CONFIANZA	20

3.1.1.6 LA USURA	25
3.1.1.7 ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y TESTAFERRISMO	32
3.2 MARCO DOCTRINAL	40
3.2.1 CONFIGURACIÓN DE LA CAPTACIÓN INDEBIDA DE FONDOS	43
3.2.1.1 CIRCUNSTANCIAS	56
3.2.1.2 ELEMENTOS.....	62
3.2.1.2.1 OBJETIVOS.....	63
3.2.1.2.1.1 ACTO.....	63
3.2.1.2.1.2 RESULTADO.....	67
3.2.1.2.1.3 SITUACIONES MATERIALES	71
3.2.1.2.2 SUBJETIVOS	75
3.2.1.2.2.1 DOLO.....	75
3.2.1.2.2.2 PREMEDITACIÓN.....	77
3.3 MARCO JURÍDICO.	80
3.3.1 NORMATIVOS.....	80
3.3.1.1 MANEJOS FRAUDULENTOS.....	80
3.3.1.2 MULTIPLICIDAD DE VÍCTIMAS	84
3.3.1.2.1 CALIDAD DE LA VÍCTIMA.....	88
3.3.1.2.2 APROPIACIÓN ILÍCITA	92
3.3.1.2.3 ACUMULACIÓN DE CAPITALES	95
3.3.1.2.4 FALTA DE AUTORIZACIÓN Y CONTROL DE LAS AUTORIDADES.....	99
4. MATERIALES Y MÉTODOS.....	105
MATERIALES UTILIZADOS.....	105

4.2 MÉTODOS.....	106
4.3 PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS	107
5. RESULTADOS.....	109
5.1 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.....	109
5.2 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENTREVISTAS.....	124
6. DISCUSIÓN.....	135
6.1 ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROBLEMÁTICA.....	135
6.2 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.....	135
6.3 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	139

SEGUNDA SECCIÓN.

Síntesis del informe final

7. CONCLUSIONES.....	141
8. RECOMENDACIONES	145
9. PROPUESTA JURÍDICA	148

Referencias Finales.

10. BIBLIOGRAFÍA.....	151
11. ANEXOS	154
12. INDICE.....	189